

DANIEL WUNDER HACHEM
DAVID CAPITANT
Coordenadores



DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE

Diálogos Franco-Brasileiros



EDITORA ÍTHALA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Godoy Dotta – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

Ana Claudia Santano – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D598 Direitos fundamentais e igualdade: diálogos franco-brasileiros [recurso eletrônico] / coordenação de Daniel Wunder Hachem, David Capitant – 1.ed. - Curitiba: Íthala, 2020.
683p.: il.; 22,5cm
Vários colaboradores
ISBN: 978-65-5765-042-4

1. Direitos fundamentais. 2. Igualdade (Direito) – França. 3. Igualdade (Direito) – Brasil. I. Hachem, Daniel Wunder (coord.). II. Capitant, David (coord.).

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Raro de Oliveira
Diagramação: Luana Julião Weldt



Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

DANIEL WUNDER HACHEM
DAVID CAPITANT
Coordenadores

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE

Diálogos Franco-Brasileiros



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2020

Apresentação

No ano de 2018, foi realizado nas dependências do TUCA – Teatro da Pontifícia Universidade Católica do Paraná o *Congresso Franco-Brasileiro de Direitos Fundamentais e Igualdade*, promovido pela Escola de Direito da PUCPR, pelo NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR, pela École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), pelo Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba, pelo IPDA – Instituto Paranaense de Direito Administrativo e pelo CASP – Centro Acadêmico Sobral Pinto.¹

Na oportunidade, foi lançado o Convênio de Cooperação Científica entre a Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e a PUCPR, em especial entre a École de Droit de la Sorbonne e a Escola de Direito da PUCPR, com previsão de intercâmbios de docentes e discentes de graduação, mestrado e doutorado e atividades conjuntas de investigação científica entre as duas instituições.

O evento foi realizado em homenagem à grande jurista Jacqueline Morand-Deville, Professora Emérita da Sorbonne, autora de numerosas e importantes obras na área do Direito Público, e grande responsável por uma integração amistosa entre juristas franceses e brasileiros, tendo possibilitado a celebração do convênio anunciado no congresso. A ela, com profunda gratidão, dedicamos também esta obra.

Foram convidados juristas franceses e brasileiros de grande destaque para debaterem temas relevantes envolvendo a questão dos direitos fundamentais e da igualdade em diferentes searas do Direito Público e do Direito Privado, tratando dos principais desafios relativos a essa temática na França e no Brasil a partir de uma perspectiva comparada.

Participaram do evento 6 conferencistas de universidades francesas (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e Le Mans Université), 15 palestrantes de 8 universidades brasileiras (USP, FGV-RIO, UNISC-RS, UNIFBV-PE, UFPR, PUCPR, UniBrasil-PR, UNICURITI-

¹ O evento contou também com o apoio do CNPq (Chamada MCTI/CNPQ n. 01/2016 – Universal, Processo: 428398/2016-2), do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, da Le Mans Université, do NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR e da Editora Íthala.

BA-PR) de 5 Estados da federação e 6 presidentes de mesa de universidades de Curitiba (PUCPR e UNICURITIBA), além de mais de 1000 inscritos, entre estudantes de graduação, especialização, mestrado, doutorado, pós-doutorado e professores de diversas instituições de ensino superior do país e do exterior.

Foi aberta chamada para apresentação de comunicados científicos por pesquisadoras e pesquisadores da área. Foram apresentados perante bancas examinadoras mais de 110 comunicados científicos de pesquisadores de graduação, especialização, mestrado, doutorado, pós-doutorado e professores, de 22 instituições de 12 cidades diferentes. As bancas avaliadoras conferiram prêmio de menção honrosa para os melhores trabalhos.

A presente obra reúne artigos científicos resultantes das pesquisas apresentadas no referido Congresso Internacional. É composta por 6 partes: (I) Direitos fundamentais e igualdade no Direito francês; (II) Direitos sociais, igualdade e controle judicial de políticas públicas; (III) Direitos fundamentais, igualdade e Administração Pública; (IV) Direitos fundamentais, cultura e democracia; (V) Artigos vencedores do concurso de artigos jurídicos; (VI) Resumos dos comunicados científicos apresentados.

Agradecemos efusivamente a todos os autores e autoras que contribuíram para a construção deste livro; à PUCPR, à UNICURITIBA e ao IPDA pelo apoio institucional e financeiro imprescindíveis para tornar esse evento realidade; aos membros do NUPED-PUCPR e do NINC-UFPR por todo o auxílio proporcionado na organização do evento e do livro; e à Editora Íthala, na pessoa de sua dirigente, Eliane Peçanha, por mais uma vez acreditar em um projeto editorial proposto pelo PPGD-PUCPR.

Daniel Wunder Hachem

Professor da Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).

David Capitant

Professor de Direito Público da Escola de Direito da Sorbonne – Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, França).

SUMÁRIO

PARTE I

DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE NO DIREITO FRANCÊS

ÉGALITÉ ET LIBERTÉ CHEZ ALEXIS DE TOCQUEVILLE25

Jacqueline Morand-Deville

L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION POLITIQUE.....35

Marie-Anne Cohendet

**LA CONFUSION DES CIRCONSTANCES (OBSERVATIONS SUR LA DÉCISION DU
CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU 26 MARS 2020 SUR LA LOI ORGANIQUE
D'URGENCE SANITAIRE)49**

Pierre Brunet

**L'ÉVOLUTION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE
L'ADMINISTRATION PUBLIQUE.....57**

Pierre Bourdon

**Y A-T-IL UN RECOURS POUR RENFORCER L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX?
LES ACTIONS DE GROUPE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS71**

Bertrand-Léo Combrade

PARTE II

DIREITOS SOCIAIS, IGUALDADE E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

**DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E SUA EFETIVAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL:
TENTANDO IDENTIFICAR ALGUNS PARÂMETROS87**

Luiz Henrique Diniz Araujo

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DA REGIÃO SUL QUANTO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO MAIS DEMANDADOS..... 99

Vivian Lima López Valle, Daniel Castanha de Freitas, Bianca Sanches Lopes

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS – POSSIBILIDADE AO APRIMORAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E À CONCRETIZAÇÃO ISONÔMICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 117

Fernanda Schuhli Borges

POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS: IGUALDADE, SOLIDARIEDADE, ALTERIDADE – LIMITES 139

Regina Maria Macedo Nery Ferrari

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM PROL DA IGUALDADE 157

Diogo Kastrup Richter, Eduardo Oliveira Agostinho

A “TRIDIMENSIONALIDADE” DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AFINAL, IGUALDADE DE QUÊ? 173

Natália Brasil Dib

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM SISTEMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL “INTEGRACIONAL” 199

Mateus Bertoncini, Leonardo Luís da Silva

PARTE III

DIREITOS FUNDAMENTAIS, IGUALDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IGUALDADE..... 221

Odete Medauar

PASSADO, PRESENTE E FUTURO: ENSAIO SOBRE A HISTÓRIA DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL..... 227

Eduardo Jordão

A TARIFA SOCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL. 245

Luiz Alberto Blanchet, Eduardo Iwamoto

**ACESSO A CARGOS PÚBLICOS NÃO ELETIVOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL
DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE.....267**

Cynthia Gruending Juruena, Renan Guedes Sobreira

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE QUOTAS RACIAIS NO BRASIL E O DIREITO
ADMINISTRATIVO INCLUSIVO.....287**

Luciano Elías Reis

PARTE IV

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CULTURA E DEMOCRACIA

**CULTURA E SOCIEDADE BRASILEIRA DA CONTEMPORANEIDADE E DIREITO
ADMINISTRATIVO SOCIAL: CAMINHOS DA DESIGUALDADE DA ELITE DO ATRASO
BRASILEIRA.....321**

Caroline Muller Bitencourt, Janriê Rodrigues Reck

**PLURALISMO COMO CONECTIVO CULTURAL ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E
IGUALDADE341**

José Osório do Nascimento Neto

**A PROTEÇÃO DOS PATRIMÔNIOS CULTURAIS E O DIREITO À MEMÓRIA NO BRASIL E
NA FRANÇA.....359**

Julia de Mello Bottini, Karlo Messa Vettorazzi

DEMOCRACIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM RESGATE TEÓRICO DOS CONCEITOS. 371

Dione Jesabel Wasilewski, Alexandre Godoy Dotta

**ALGUNS ASPECTOS SOBRE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E IGUALDADE DENTRO DO
MARCO JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: AVANÇOS E
RETROCESSOS.....389**

Ana Cláudia Santano

**DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: A RELAÇÃO ENTRE A DEGRADAÇÃO DO MEIO
AMBIENTE LABORAL E A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA.....407**

Lucas Reis da Silva

PARTE V

ARTIGOS VENCEDORES DO CONCURSO DE ARTIGOS JURÍDICOS

O ENSINO CONFSSIONAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS SEGUNDO A ADI 4.439: DESAFIOS À ISONOMIA	425
---	------------

Daniel Machado Gomes, Robson César Durão

NOVAS TECNOLOGIAS COMO UMA AMEAÇA A DEMOCRACIA	445
---	------------

Lucas Gabriel Troyan Rodrigues, Nicolli Souza Ienzen

GOVERNANÇA GLOBAL E AUTORIDADE LÍQUIDA: OS “NOVOS” CAMPOS DO DIREITO E A MANUTENÇÃO DA DESIGUALDADE ENTRE OS ESTADOS	461
---	------------

João Pedro Ruppert Krubniki

PARTE VI

RESUMOS DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DE SEUS LIMITES	483
--	------------

Adrian Mohamed Nunes Amaral, Angelina Colaci Tavares Moreira

HERMENÊUTICA JURÍDICA EM CRISE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	485
---	------------

Aicha de Andrade Quintero Eroud, Paula Yurie Abiko

A APROPRIAÇÃO CORRUPTA DO ESTADO COMO DANO MULTIDIMENSIONAL AOS DIREITOS HUMANOS	486
---	------------

Alejandro Sanabria Rodelo

O PAPEL DA MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA NA PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO AO LONGO DA HISTÓRIA REPUBLICANA	488
---	------------

Alexandre Germano Benito Martins, Paulo Ribeiro da Glória

O IMPACTO ÀS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS PELA LEI 13.467/2017 FRENTE À CONVENÇÃO 98 DA OIT – UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO.....	489
---	------------

Amanda Carolina Buttendorff R. Beckers, Cíntia de Almeida Lanzoni

DIGNIDADE HUMANA E OS LIMITES AO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE CIENTÍFICA FRENTE À MANIPULAÇÃO GENÉTICA HUMANA E AOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS.....491

Amanda Marcondes Caldas, Caroline Janaina Mendes

A PROTEÇÃO SOCIAL DO MIGRANTE VENEZUELANO NO BRASIL: A INEFETIVIDADE DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS DO PODER EXECUTIVO À LUZ DA LEI DA MIGRAÇÃO493

Amanda Cristina Botelho

DIREITOS POLÍTICOS DE MIGRANTES: NACIONALIDADE, CIDADANIA E REFLEXÕES SOBRE A IGUALDADE.....495

Amr Houdaifa, Taís Vella Cruz

O ALUNO, A AULA E O DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM NEUROLÓGICA, PSICOLÓGICA E MOTIVACIONAL.....497

Ana Maria de Araújo Martins

DISTRIBUIÇÃO DE RENDA NO BRASIL499

Analu Nicolau Galvao Bonetes

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÁRCERE: ACESSIBILIDADE E IGUALDADE.....501

André Luiz Pereira Spinieli

A GOVERNANÇA INTERNACIONAL DA SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS503

Ane Elise Brandalise Gonçalves

O DIREITO DE LIBERDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA505

Anelize Pantaleão Puccini Caminha

CRÍTICAS À FORMA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA A COMPOSIÇÃO DOS MEMBROS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)507

Antônio Cláudio Kozikoski Júnior, Lucas Hinckel Teider

IGUALDADE DE GÊNERO E A LICENÇA PATERNIDADE509

Ariê Scherreier Ferneda, Maria Caroline Amaral

O COMPLIANCE ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO511

Arlei Costa Junior, Felipe Santos Ribas

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS: OBRIGATORIEDADE DE INSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE.....513

Arthur Passos El Horr

O JUDICIÁRIO TÃO PERTO E TÃO LONGE: OS ENTRAVES PARA UM ACESSO IGUALITÁRIO AO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO515

Bárbara Mendonça Bertotti, Tailaine Cristina Costa

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E IGUALDADE: UMA ANÁLISE DA INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA PELA UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE517

Bárbara Mendonça Bertotti

A COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVO E PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA519

Bruno Henrique Aibara

DIREITO DO TRABALHO E DESIGUALDADE DE CLASSES NO BRASIL521

Bruno Moreno Carneiro Freitas, Priscila Moreira Borges

CRISES ESTRUTURAIS: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA.....523

Bruno de Almeida Passadore, Camille Vieira da Costa

ANTINOMIAS E PROPOSTAS NO MICROSSISTEMA DE COMBATE A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA525

Camila de Azevedo Antunes, Gabriel Morettini e Castella

MOBILIDADE URBANA COMO MECANISMO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE.....527

Camila de Paula, Davi Bremgartner da Frota

UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS NO CASO DO HOLOCAUSTO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS APÓS OMISSÃO ESTATAL529

Camila Machado Quadros, Rafael Corrêa de Oliveira

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO, UMA ANÁLISE COMPARADA DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL (LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011) E NA FRANÇA (LEI Nº 78.753, DE 17 DE JULHO DE 1978).531

Camile Wiederkehr

FRONTEIRAS ABERTAS: A IMIGRAÇÃO E O DIREITO NATURAL.....533

Carlos Frederico Gurgel Calvet da Silveira, Thiago Leite Cabrera Pereira da Rosa

O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA, A CONDENAÇÃO MUDIÁTICA E A LIBERDADE DE IMPRENSA: UM PARADIGMA DA JUSTIÇA.....535

Carolina Cantero Gusson, Nicolas Addor

O VILIPÊNDIO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE DOS DADOS DE USUÁRIOS NAS REDES SOCIAIS537

Charles Emmanuel Parchen

PINK TAX E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO A PARTIR DA APLICAÇÃO DE TÉCNICAS DE PROFILING539

Cynthia Obladen de Almendra Freitas, Luiza Parolin

A TUTELA COLETIVA COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.....540

Cristina Borges Ribas Maksym

PRESCRIÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.542

Cynthia Mara de Paula Schuhli Revers, Fabiane de Souza

A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA PROIBIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL.544

Daiane Corrêa da Cruz, Márcia Sarubbi Lipmann

A UTILIZAÇÃO DE CONSTELAÇÕES FAMILIARES NA CASA DE ALBERGADO IRMÃO ULIANO, EM FLORIANÓLIS-SC, COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.546

Daiane Corrêa da Cruz, Márcia Sarubbi Lipmann

A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E O RETROCESSO AOS DIREITOS HUMANOS: UM CAMPO ABERTO PARA VIOLAÇÕES E AUTORITARISMO 548

Devilson Sousa, Clovis Gorczewski

O DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO FRENTE ÀS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER 550

Edison Luiz Rodrigues Junior, Juliana Martinato Gonzales

O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL..... 552

Eduardo Augusto Fernandes, Daiane Corrêa da Cruz

POLÍTICAS PÚBLICAS E PODER JUDICIÁRIO: PREENCHIMENTO DE LACUNAS EM PROL DA APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS? 554

Eduardo Brugnolo Mazarotto, Doacir Gonçalves de Quadros

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DO SUJEITO COM DEFICIÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO: O DIREITO POLÍTICO DE SUFRÁGIO PASSIVO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELLECTUAL, OU MENTAL, SOB REGIME DE CURATELA..... 556

Elizabeth Aparecida Pereira

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA PARCERIA PÚBLICA COM O SETOR PRIVADO..... 558

Fabiana Baptista Silva Caricati

AVALIAÇÃO QUALIS PARA REVISTAS ESTRANGEIRAS NO DIREITO: A CAPES CUMPRE OS SEUS PRÓPRIOS CRITÉRIOS? 560

Felipe Gonçalves de Oliveira

MECANISMOS ADMINISTRATIVO-DIALÓGICOS DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO ISONÔMICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS 562

Fernanda Schuhli Bourges

O DIREITO À SAÚDE E A EC 95/2016 AUSTERIDADE, TECNOCRACIA E AUTORITARISMO 564

Fernanda Lage Alves Dantas, Vitor Jorge Gonçalves Vasconcelos

DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DELIBERATIVA DE HABERMAS COMO FONTE PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS IGUALITÁRIAS NO ESTADO BRASILEIRO565

Fernando de Oliveira Torres

A DESIGUALDADE NO ACESSO À JUSTIÇA566

Flávio Mirza Maduro, Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

CLÁUSULA PÉTREA: MEDO OU ALICERCE DA DEMOCRACIA?568

Gabriel Johann Corveto de Azevedo, Thais Hadlich

O DESAFIO DA PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE EM TEMPOS DE BIG DATA570

Giovanna Michelato Almada

O DIREITO DO CONSUMIDOR E A UTILIZAÇÃO DE *NUDGES* PELO PATERNALISMO LIBERTÁRIO571

Giovanni Vidal Guaragni

OS DESAFIOS DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO573

Giulia de Rossi Andrade

A AUTONOMIA CORPORAL DA MULHER FRENTE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE.....575

Gloria Maria Pereira Funes

RELACIONAMENTO INSTITUCIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E IGUALDADE MATERIAL NO DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO: A CIDADANIA NA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA A PARTIR DO PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL GARANTISTA576

Gustavo M. Krelling

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO É O QUE O STF QUER QUE SEJA578

Hellen Caroline Pereira Fernandes, Paulo Silas Taporosky Filho

“TODA A SUA HISTÓRIA”: O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL580

Heloisa Santana Figueiredo

O PAPEL DO CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA.....581

Henrique Delavi Daum

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE *VERSUS* A EXPANSÃO TECNOLÓGICA ..583

Igor Cardoso de Lima Rocha

POLÍTICAS AFIRMATIVAS PARA A IGUALDADE DE GÊNERO E ETNIA NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO.....585

Isabela Moreira do N. Domingos, Guislayne A. Carlotto

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E TEORIAS DA JUSTIÇA.....587

Isadora Beatriz Teixeira Carlos

BRASIL, UM PAÍS CONTINENTAL: O TRANSPORTE ESCOLAR COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO BÁSICA.....589

João Felipe Lehmen, Caroline Müller Bitencourt

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POLÍTICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS591

Julia Maurer dos Santos Bosch

EM BUSCA DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER E DA DEMOCRACIA DE QUALIDADE: A NECESSIDADE DE NOVAS VISÕES LEGISLATIVAS SOBRE OS DIREITOS POLÍTICOS FEMININOS NO BRASIL.....592

Juliana Bertholdi

AS FAKE NEWS NO CAMPO ELEITORAL E A VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....593

Juliano Gliński Pietzack, Leonardo Santos de Araújo

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA AO CONSENTIMENTO DE TERCEIRO595

Kamila Maria Strapasson

TAXA COR DE ROSA: IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES BRASILEIRAS.....597

Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira

OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E O HABEAS CORPUS 124.306 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL598

Larissa Tomazoni, Estefânia Maria de Queiroz Barboza

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CARACTERIZAÇÃO DOS RETROCESSOS SOCIAIS FRENTE À ORDEM CONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL PARA A GARANTIA DE OUTRO 600

Laura Vaz Bitencourt

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA COMO MANIFESTAÇÃO DE SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO..... 602

Leandro Souza Rosa

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO PELO MODELO DE DEMOCRACIA SUBSTANCIAL DE LUIGI FERRAJOLI: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA LEI DE MEIOS..... 604

Lenon Oliveira Horbach

DO DIREITO AO ERRO À DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA..... 606

Leonardo Augusto Gulka Rivas

ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O ESTADO TEM O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)?..... 608

Leonardo Felipe Marques Tiradentes

O SERVIÇO PÚBLICO DE RÁDIO-DIFUSÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO LAZER 609

Lucas Bossoni Saikali

ANÁLISE DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO PARANÁ EM RELAÇÃO AOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS NAÇÕES UNIDAS – ODS/ONU..... 611

Lucas José Ramos Lopes, Cezar Bueno de Lima

SOLTA-NOS BARRABÁS: OS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA SUSPENSÃO POR CONDENAÇÃO CRIMINAL 613

Luiz Carlos Wandratsch II

A TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA E O DIREITO À IGUALDADE: VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR 614

Luiz Eduardo Gunther, Leonardo Sanches Ferreira

A OMISSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO NA GESTÃO EXECUTIVA QUE CONDENOU SEUS NACIONAIS A PENAS CRUÉIS – UMA ABORDAGEM À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA..... 616

Luiz Felipe de Lima Rodelli

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E NORMAS CONSTITUCIONAIS: CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E NORMAS..... 618

Luiz Eduardo Gunther, Gustavo Afonso Martins

O DESASTRE AMBIENTAL NO VALE DO RIO DOCE: IMPACTOS NA EXTINÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO..... 619

Luiz Henrique Santos da Cruz

A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS 621

Luiza Moreira Leite Catão

DIREITO AO TRABALHADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE RESISTÊNCIA..... 623

Marcia da Silveira Moreira

DE VÍTIMAS A FEMINISTAS: MULHERES DA AMÉRICA LATINA E SUA LUTA POR IGUALDADE..... 624

Prof. Dra. Maria Sara de Lima Dias, Paula Caldas Brognoli

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: UMA DIALÉTICA EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE..... 626

Maria Giulia Gaede Senesi

FASHION LAW SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL 628

Mariele Cristina de Abreu Zoratto

MULHERES ENCARCERADAS E O DIREITO SOCIAL À MATERNIDADE..... 629

Marília Soares de Mattos, Patricia Almeida de Moraes

ANÁLISE DA ADI Nº 5.617/DF E A IGUALDADE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA..... 631

Mateus Vivan Dória

CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: OS IMPACTOS DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INTERNA 633

Milena Augustin

A VIRADA HERMENÊUTICA E O ENSINO JURÍDICO 635

Milena Moraes Lima

GRAVIDEZ E ADOÇÃO NO TRABALHO: DA AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO A LEGITIMAÇÃO DO RISCO NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA 636

Miriam Olivia Knopik Ferraz, Amanda Luiza da S. Oliveira Pinto

RAZÃO PRÁTICA, ARGUMENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL..... 638

Mônica Micaela de Paula, Rodrigo Cerqueira Cunha

A BUSCA PELO RESPEITO E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DOS MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL 640

Nicole Marie Trevisan

O DIREITO À VIDA NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS DO RIO DE JANEIRO: UMA RELEITURA DO PLURALISMO JURÍDICO À LUZ DO CONCEITO DE EFETIVIDADE NORMATIVA 642

Pablo Ademir de Souza

A PARTICIPAÇÃO DA POPULAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO DA CIDADE DE ARAUCÁRIA-PR..... 644

Paula Alves Barros, Silvana Vidal Fernandes

CECI N'EST PAS UNE PIPE: DA INADEQUAÇÃO SEMÂNTICA À EXTRAFISCALIDADE DAS ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS NO TEMPO NO IPTU (IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA) 646

Paula Tatyane Cardozo Stemberg

TRATAMENTO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E CRÍTICA..... 648

Pedro Henrique Machado da Luz

CORRUPÇÃO NO REGIME MILITAR: PRINCIPAIS CASOS – REALIDADE E MITOS..... 650

Penélope Costa e Silva, Gabrielle Santos Pessoa

A OPERAÇÃO LAVA JATO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... 652

Peterson Custódio Jacon, Eduardo Alves Borin de Oliveira

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DO DIREITO À SAUDE 654

Priscila Beppler Santos

DIREITOS FUNDAMENTAIS AO ACESSO À JUSTIÇA E À IGUALDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E INTEGRIDADE: O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO A PARTIR DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO..... 656

Rafael Osvaldo Machado Moura, Gustavo Marques Krelling

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 658

Rafaela Souza

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: A ATUAÇÃO ESTATAL INTERVENTISTA PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO 659

Rafaella Brustolin

O DESCASO ESTATAL COM A IGUALDADE MATERIAL DOS FILHOS ADOTIVOS REJEITADOS..... 661

Renata Carvalho Kobus

AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS..... 663

Renata Brindaroli Zelinski

AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A SUA INFLUÊNCIA NA BUSCA DE UM TRABALHO DECENTE COMO FATOR DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS 664

Rodrigo Thomazinho Comar

A IGUALDADE COMO FUNDAMENTO PRECÍPUO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA REFUGIADOS NO BRASIL 666

Rodrigo Maciel Cabral

LIMITAÇÕES A DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS *SENTENCES GUIDELINES* COMO FONTE DE PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA.....668

Samuel Ebel Braga Ramos

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ANTROPOLOGIA DO SUJEITO CAPAZ DE PAUL RICOEUR.....670

Sergio de Souza Salles, João Antônio Johas Marques da Silveira Leão

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO MERCADO DE TRABALHO E DIREITO672

Silvia Regina Souza

A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL.....674

Soraia Paulino Marchi, Carina Pescarolo

A VOZ FEMININA PERANTE O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - IMBRICAÇÕES DE CLASSE E RAÇA.....676

Thaís Helena dos Reis Moura

IGUALDADE, IMPACTO DESPROPORCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL.....677

Thimotie Aragon Heemann, Victor Hugo Anyzewski dos Santos

AUTONOMIA PRIVADA E A NÃO SUBMISSÃO À TRATAMENTO DE SAÚDE: O CASO DA NÃO ADMISSÃO DE TRANSFUÇÃO DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ A PARTIR DA LITERATURA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....679

Vinícius Rafael Presente

EFETIVIDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO “COMITÊ DE OLHO NA TRANSPARÊNCIA”681

Viviane Duarte Couto de Cristo

PARTE I



**DIREITOS
FUNDAMENTAIS
E IGUALDADE
NO DIREITO FRANCÊS**

ÉGALITÉ ET LIBERTÉ CHEZ ALEXIS DE TOCQUEVILLE*

JACQUELINE MORAND-DEVILLER**

SOMMAIRE

1. Introduction. **2.** L'égalité, ce «fait providentiel» et ses maux redoutés. **2.1.** Le «fait providentiel». **2.2.** Les menaces pour la démocratie. **3.** La liberté au secours de l'égalité. **3.1.** La liberté contre poison de l'égalité. **3.2.** L'égalité par des institutions libres.

1. INTRODUCTION

Lorsque Daniel Wunder Hachem m'a proposé de participer à ce Colloque en m'en donnant le thème – un thème ambitieux, universel et éternel : l'égalité – il m'est tout de suite venu à l'esprit l'idée de revisiter Alexis de Tocqueville et de proposer une réflexion sur ses analyses célèbres confrontant égalité et liberté.

Je renouais avec le passé alors que j'étais familière des enseignements sur les Idées politiques, d'abord comme étudiante à l'IEP de Paris, «Science po» comme on disait alors, avec des maîtres comme le merveilleux Jean-Jacques Chevallier, qui plus tard préfacera ma thèse, puis comme enseignante d'un des cours que j'ai préféré donner et que j'ai ensuite délaissé pour des domaines plus austères.

Et je savais que j'allais éprouver un grand plaisir à relire cet observateur remarquable des hommes et des sociétés, historien, sociologue, moraliste, *le plus grand libéral de son époque*, dont les analyses fines et perspicaces – notamment sur l'égalité – peuvent occuper une place de choix dans les débats contemporains. Et quelle lucidité, quelle élégance de style, quel sens de la démonstration !

* Cet article correspond au texte utilisé comme base pour la conférence d'ouverture du *Colloque franco-brésilien de droits fondamentaux et égalité*, tenu à l'Université Pontificale Catholique du Paraná en juin 2018.

** Professeur émérite de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, France). Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université Paris XII. Docteur en Droit Public et Science Politique (Faculté de Droit de Paris). Fondatrice et présidente de l'Association internationale de droit de l'urbanisme (AIDRU). E-mail: ja.morand@hotmail.fr.

Il fut un peu oublié en France après sa mort en 1859, puis connu un regain de faveur dans les années 1930, époque si riche pour les débats d'idées, il est à nouveau un peu délaissé et le voici donc *invité à Curitiba* où ses analyses sociologiques autant que politiques, non usées par le temps, alimenteront ce débat sur l'un des problèmes les plus aigus des sociétés contemporaines, la difficulté étant de réduire à l'essentiel une oeuvre aussi dense et volumineuse.

Rappelons-nous. En 1831 deux jeunes magistrats français Alexis de Tocqueville (il a 25 ans) et son ami Gustave de Beaumont obtiennent du ministre de l'Intérieur une mission pour étudier le système pénitentiaire aux Etats-Unis où ils resteront près d'une année écrivant un rapport qui rassemble les problèmes à régler et les solutions à apporter pour réformer ce système. Les rédacteurs des textes actuellement en préparation en France pourraient s'en inspirer.

Au retour, Alexis de Tocqueville démissionne de la magistrature, s'enferme pour écrire un ouvrage de réflexion sur la système politique américain qui deviendra le tome I de «La démocratie en Amérique» où les Etats Unis ne sont qu'un cadre, un prétexte à une *réflexion beaucoup plus large sur la démocratie*.¹ Publié en 1835, l'ouvrage connaît un grand succès, il est traduit en de nombreuses langues et vaut à son auteur le titre de «*Montesquieu du XIXème siècle*». Il mettra plus de temps pour écrire le second tome publié en 1841 qui est plus abstrait, «des idées sur les idées», et il accompagne le tout d'une Introduction et d'une conclusion intitulée «Vue générale du sujet» qui ont le mérite de rassembler l'essentiel de ce volumineux travail écrit «avec la préoccupation constante d'une seule pensée: l'avènement prochain, irrésistible, universel de la démocratie dans le monde».²

Il écrira plus tard un livre d'historien sur «*L'Ancien régime et la Révolution*»,³ réquisitoire sur la Révolution de 1789 et surtout sur les erreurs de l'Ancien Régime qui l'a préparée en maintenant la centralisation et les privilèges aristocratiques, ainsi qu'un livre de «*Souvenirs*»⁴ à la fin d'une vie bien remplie. Bien que d'aucun parti, il fut député et même ministre des affaires étrangères durant 5 mois en 1849, mais il préservera fermement son indépendance à l'égard du pouvoir auquel il préférerait la réflexion et l'écriture.

A la différence des partis politiques il dira vouloir s'occuper non du lendemain mais de l'avenir, « équilibré entre le passé et l'avenir » et « *n'ayant pas eu besoin de grands efforts pour jeter des regards tranquilles des deux côtés* ». « On me donne des passions », écrira-t-il, « et je n'ai que des opinions, l'amour de la liberté et de la dignité humaine ».

¹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1835. t. I.

² TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1841. t. II.

³ TOCQUEVILLE, Alexis de. **L'Ancien Régime et la Révolution**. Paris: Michel Lévy Frères, 1856.

⁴ TOCQUEVILLE, Alexis de. **Souvenirs**. Paris: Calmann Lévy Editeur, 1893.

Il n'est pas facile de traiter en si peu de temps les riches analyses d'Alexis de Tocqueville sur l'égalité, simples en la forme, complexes quant au fond, et je me contenterai – en limitant l'étude à l'ouvrage « *De la démocratie en Amérique* » – de présenter l'essentiel de sa démonstration qui, à partir de son observation de l'organisation politique et sociale des Etats Unis, dresse un *diagnostic*: l'irrésistibilité de l'avènement de la démocratie et de l'égalité en établissant un bilan des avantages et des risques de cette promotion (2), puis présente les *remèdes* à apporter pour que les menaces ne se réalisent pas et que coexistent harmonieusement égalité et liberté (3). L'actualité de ces observations au regard des enjeux contemporains ne manquera pas d'apparaître.

2. L'ÉGALITÉ, CE «FAIT PROVIDENTIEL» ET SES MAUX REDOUTÉS

2.1 Le «fait providentiel»⁵

Alexis de Tocqueville, comme beaucoup de ses contemporains, éprouve le sentiment de vivre la fin d'une époque, celle de la monarchie et de l'aristocratie et le début d'une ère nouvelle et inquiétante: la démocratie. Même s'il est «aristocrate par instinct», il a pour les institutions démocratiques «un goût de tête». Fait social et régime politique, celle-ci répond à l'exigence de liberté de l'ensemble des citoyens Elle correspond à la nature de l'homme elle est légitime et dans le dessein de Dieu créant des hommes libres.⁶

Nulle passion politique et sociale n'est aussi puissante, nulle n'est aussi générale, l'Introduction de l'ouvrage s'ouvre sur cette révélation qui, plus que tout autre objet, l'a frappée lors de son séjour aux Etats Unis. C'est le désir d'égalité qui a dressé les hommes contre l'aristocratie et ses privilèges et qui a précipité leur chute. Tocqueville, l'aristocrate qui gardera toujours la nostalgie des qualités de sa caste, justifie l'égalité et l'irréversibilité de sa progression par la haine des privilèges.

Il soutiendra, par ailleurs, que l'aspiration à l'égalité est plus forte que l'aspiration à la liberté et que marche vers la démocratie repose moins sur l'aspiration des hommes à leur libération que sur leur désir d'égalité pour laquelle les peuples ont «*une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible*».

⁵ «Le développement graduel de l'égalité des conditions est donc un fait providentiel, il en a les principaux caractères il est universel, il est durable, il échappe chaque jour à la puissance humaine tous les événements comme tous les hommes servent à son développement».

⁶ «La nation prise en corps sera moins brillante, moins glorieuse, moins forte peut-être; mais la majorité des citoyens y jouira d'un sort plus prospère, et le peuple s'y montrera paisible; non qu'il désespère d'être mieux, mais parce qu'il sait être bien».

Passion insatiable même si l'égalité progresse, la plus petite dissemblance paraît choquante au sein de l'uniformité générale ce qui entretient les rebondissements des révolutions égalitaires.

Pour démontrer que l'égalité a encore plus de force que la liberté dans les aspirations des hommes il dira que si la liberté donne de temps en temps à un certain nombre de citoyens de «sublimes plaisirs», l'égalité fournit à tous une multitude de jouissances quotidiennes. A tous, ce qui le conduit à des visions prophétiques sur «*l'âge des masses*».

Mais il va donner à la liberté la place qui lui revient, car si l'égalité est une aspiration plus profonde, sans la liberté elle conduit à des périls redoutables pour la démocratie. Et il constate que si la France de son époque a vu, avec la Révolution de 1789 l'abolition de nombreux privilèges la centralisation, mal français traditionnel, s'est à nouveau installée et que l'une des explications est à rechercher dans les conséquences sournoises de l'égalité.

Ce sont ces conséquences et ces menaces qu'il va s'attache à présenter dans son livre, démonstration jamais entreprise avec une telle originalité et subtilité.

2.2. Les menaces pour la démocratie

La passion de l'égalité sociale et politique a des conséquences contrastées. Elle peut être bénéfique et inciter les hommes se dépasser pour à être « forts et estimés ». Mais elle peut aussi pousser les faibles à vouloir « attirer les forts à leur niveau, à les faire leurs égaux dans l'aviissement et la servitude », perversion hélas fréquente.

Elle conduit alors à l'aliénation de l'homme en l'immobilisant dans un bien être qui lui ôte tout désir de progresser. «*L'amour du bien-être est devenu le goût national et dominant; le grand courant des passions humaines porte de ce côté, il entraîne tout dans son cours*». Pourquoi rechercher autre chose que sécurité et tranquillité, pourquoi entreprendre au risque de perturber un confort matérialiste médiocre mais rassurant⁷. L'égalité qui le rend indépendant de chacun de ses concitoyens en particulier, le livre alors isolé et sans défense à l'action du plus grand nombre.

Elle risque de conduire aussi à une uniformité préjudiciable à la personnalité de chacun et à ses dispositions à l'innovation. Le conformisme est une forme de servitude Elle encourage enfin l'individualisme sentiment réfléchi et paisible bien différent de l'égoïsme, amour passionné et exagéré de soi-même. L'individualisme dispose le citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables, ne se souciant que de lui-même et de ses affaires privées

⁷ «Je tremble qu'ils ne se laissent si bien posséder par un lâche amour des jouissances présentes que l'intérêt de leur propre avenir et celui de leur descendance disparaisse et qu'ils aiment mieux vivre mollement le cours de leur destinée que de faire au besoin un soudain et énergique effort pour le redresser».

après s'être « créé une petite société à son usage en abandonnant volontiers la société à elle-même ». Alors que l'égoïsme est un vice aussi ancien que le monde, l'individualisme est d'origine démocratique et se développe à mesure que les conditions s'égalisent. Il devient la « rouille des sociétés ».

Il va alors tirer des conclusions qui, à première vue, peuvent paraître trop radicales. Etant entendu que deux systèmes d'égalité politique peuvent se concevoir: la souveraineté de tous ou le pouvoir absolu d'un seul sur tous, l'égalité risque de conduire soit à l'anarchie, soit au despotisme. La France semble préservée de l'anarchie mais connaîtrait le risque de despotisme avec retour de la centralisation dont il a horreur. Et il ne manque pas d'expliquer ce phénomène par l'intervention croissante de l'Etat qui, en Europe se mêle de tout y compris ce qui était autrefois réservé à l'initiative privée, l'Etat qui devient industriel, marchand, banquier⁸.

Ce despotisme est dangereux car d'une part il n'a rien à voir avec la tyrannie traditionnelle d'un seul ou d'une minorité et, d'autre part, il se présente sous des aspects en apparence bienveillants.

L'observation de la société américaine lui a appris que pouvoir absolu n'est ni celui d'un seul, ni celui de tous et que despote c'est la majorité, puissance de fait et de droit, « *de telle sorte qu'après avoir brisé toutes les entraves que lui imposaient jadis des classes ou des hommes, l'esprit humain s'enchaînerait aux volontés générales du plus grand nombre* ». A lire de tels propos, il semble que les vertus du « contrat social » de Rousseau et celles du régime représentatif de Montesquieu semblent en prendre un coup mais il s'agit moins d'un rejet que d'une refondation, comme nous le verrons plus loin.

L'autre danger de cette dictature de la majorité vient des risques que ce bienfaisant « Etat-Providence » fait peser sur le comportement des hommes. Aveuglés par un pouvoir en apparence bienveillant et « doux », ils s'y soumettent, perdant tout désir de résistance. Sa description est restée célèbre qui évoque ce

pouvoir immense et tutélaire, qui se charge seul d'assurer leurs jouissances et de veiller sur leur sort. Il est absolu, détaillé, régulier prévoyant et doux. Il ressemblerait à la puissance paternelle si, comme elle, il avait pour objet de préparer les hommes à l'âge viril, mais il ne cherche, au contraire, qu'à les fixer irrévocablement dans l'enfance... Il pourvoit à leur sécurité, prévoit et assure leurs besoins, facilite leurs plaisirs, conduit leurs principales affaires, dirige leur industrie, règle leur succession, divise leur héritage; que ne peut-il leur ôter entièrement le trouble de penser et la peine de vivre!

⁸ « Isolés, servant leurs affaires particulières plus que les affaires communes, les citoyens des âges égalitaires vont donner des pouvoirs de plus en plus grands au pouvoir central. Ils haïront souvent les dépositaires de ce pouvoir mais aimeront ce pouvoir lui-même ».

Comment ne pas se projeter dans nos sociétés contemporaines et constater le caractère prophétique des craintes d' Alexis de Tocqueville : repli sur soi, isolement encore aggravés par l'avènement des réseaux informatiques créant des liens souvent artificiels, globalisation qui conduit au rejet de l'identité des hommes et des territoires, promotion du consumérisme, recherche de bien-être , individu roi et subjectivité de ses droits. Comment ne pas admirer la prémonition qu'il eût de la nouvelle aristocratie celle-ci «manufacturière», des grands patrons de l'industrie et des banques encouragées par la mondialisation et créant des inégalités encore plus criantes que celle de l'aristocratie d'Ancien régime. Mais l'oligarchie des riches lui semble moins dangereuse car elle est plus fragile et périssable et doit prendre garde à la force du sentiment d'égalité, «universel et durable».

Ce réquisitoire contre les dérives de l'égalité ne risque-t-il pas de tourner à sa condamnation? Il n'en est rien car un autre sentiment va venir à son secours, celui de liberté.

3. LA LIBERTÉ AU SECOURS DE L'ÉGALITÉ

La liberté écrira-t-il, est «*la passion de ma vie*» et il y a interaction entre égalité et liberté, car celle-ci, la liberté, corrige les dérives de l'égalité, et celle là, l'égalité, conduit à des institutions libres.

3.1 La liberté contre poison de l'égalité

Individualisme, conformisme, soumission à la loi du nombre autant de maux dont l'homme doit et peut se libérer. Il faut opposer à ces tendances spontanées des limites en donnant aux citoyens le goût de l'action collective et aux sociétés la possibilité de s'organiser librement ce qui suppose l'éducation morale et intellectuelle du peuple: «*c'est par l'action en commun au sein d'institutions collectives bien vivantes que la liberté que l'on aura appris à aimer pourra victorieusement résister à toutes les formes de l'oppression sociale*».

«Pour combattre les maux que l'égalité peut produire, il n'y a qu'un remède efficace, c'est la liberté politique». Il faut choisir de se laisser niveler par la liberté plutôt que par un despote. La démocratie fondée sur la souveraineté du peuple doit devenir «l'empire paisible du plus grand nombre», construit par des citoyens libres et responsables et le goût de la liberté poussera l'homme à s'élever et à participer à la vie collective. Encore faut-il que le pouvoir souverain soit modéré par des contre-pouvoirs.

Ces contre-pouvoirs Alexis de Tocqueville les a observés lors de son séjour aux Etats Unis où il a pu admirer la force de la légalité et celle de la presse. La promotion des droits individuels est assurée par l'amour et le respect de la loi aussi bien chez les gouver-

nants que chez les gouvernés, tous «regardant la loi comme leur ouvrage» et se soumettant librement à des règles élaborées selon des formes et procédures qui garantissent facteur la sécurité juridique.

Il rend hommage au corps des légistes et au pouvoir (l'autorité, comme l'on dit en France) judiciaire mis au service pour des particuliers trop faibles et isolés pour se protéger eux-mêmes et il admire les immenses pouvoirs des sept juges fédéraux de la Cour suprême dont dépendent la paix et l'existence même de l'Union.

Alors qu'elle n'existe pas encore en France, la liberté dont jouit la presse aux Etats Unis l'impressionne. Elle corrige les méfaits de l'égalité dans la mesure où l'individu, souvent privé de l'appui de ses proches, pourra par la voie de la presse, informer l'ensemble de ses concitoyens et demander leur participation pour régler un problème qu'ils auraient ignoré. Et s'il ne pouvait prévoir la révolution de l'internet on peut imaginer les espoirs qu'il aurait fondé sur ce nouvel outil de communication qui, bien utilisé rapproche les hommes et leur permet de s'informer, débattre, participer à la chose publique.

3.2 L'égalité par des institutions libres

On a souvent reproché à Alexis de Tocqueville de ne pas avoir fait suivre ses critiques de propositions précises sur le système de pouvoir qui aurait sa préférence. Mais s'il n'a pas cherché à construire un système, il a fait un très grand nombre de propositions concrètes concernant les institutions à mettre en place. Il est, à cet égard, plus proche de Jean-Jacques Rousseau que de Montesquieu car comme le premier sa préférence va vers la souveraineté populaire plutôt que nationale.

La démocratie qui a ses faveurs est, en effet, davantage semi directe que représentative. Son souci de donner à l'homme égalitaire le sens de la chose publique et de la solidarité auprès de ses semblables, son horreur de la centralisation le conduit à mettre en valeur deux institutions au sein desquelles la liberté se mettra au service de l'égalité: les institutions locales et les associations.

Il défendra avec passion le système communal tel qu'il l'a vu aux Etats Unis, c'est-à-dire une démocratie de proximité, multipliant les occasions d'un combat pour les « petites affaires » qui mobiliseront davantage les citoyens que les grandes affaires de l'Etat et réconcilieront effectivement intérêts particuliers et intérêt général. Ses propos sur les vertus de la commune sont célèbres:

Les institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science: elle la mettent à la portée du peuple, elles lui en font goûter l'usage paisible,

et l'habitué à s'en servir. Sans institutions communales, une nation peut se donner un gouvernement libre mais elle n'a pas l'esprit de liberté.

Mais au-delà de la décentralisation, il va défendre une autre forme d'institution libre dont la diversité, le nombre et la pratique quotidienne aux Etats Unis l'a «stupéfait»: les associations dont il décrit longuement les activités. Parce que l'homme des démocraties égalitaires est à la fois indépendant et faible, il a besoin de s'unir pour agir⁹ et c'est au sein d'une association qu'il pourra user de ses droits et prendre conscience de ses devoirs. Dans les démocraties, privées souvent de corps intermédiaires, les associations sont indispensables pour empêcher le despotisme des partis ou l'arbitraire du prince. Sa préférence va aux associations intellectuelles et morales telles qu'il les a vues aux Etats-Unis qui lui semblent beaucoup plus porteuses d'avenir que les associations professionnelles et politiques auxquelles la France donne sa préférence.

Plus d'un siècle avant la consécration de la «participation» de citoyens à la vie publique et à la prise de décision Alexis de Tocqueville annonçait cette mutation irréversible et cette montée en puissance de la démocratie participative qui a bien du mal à s'installer.

Sa pensée fut toujours soutenue par des intuitions fulgurantes comme c'est le cas lorsqu'il prévoit dans l'avenir l'Amérique et la Russie appelés à se partager le monde , lorsqu'il analyse la situation dans les colonies lors d'un voyage en Algérie , lorsqu'il traite de l'esclavage certes plus développé dans les Etats du Sud ce qui ne doit pas cacher la politique fortement ségrégationniste des Etats d Nord, lorsqu'il traite de l'égalité homme femme , lorsqu'il décrit la nouvelle aristocratie industrielle¹⁰ et la lutte des classes: «On est avant tout de sa classe avant d'être de son opinion...je parle des classes ; elles seules doivent occuper l'histoire».

La réflexion sur l'égalité sera au centre des débats qui se succéderont durant ces deux journées.

On entendra dire que si sa consécration officielle est assurée, faisant l'objet d'une surenchère de proclamations, leur effectivité reste fragile et la globalisation n'a pas encore atteint les sanctions à apporter à leur méconnaissance. On évoquera sans doute l'égalité formelle et l'égalité réelle, la liberté des Anciens et des Modernes. Le droit positif aura une place de choix et on dira que l'égalité admet les différences, les ajustements, les discrimi-

⁹ Pour que les hommes restent civilisés ou le deviennent, il faut que parmi eux l'art de s'associer se développe et se perfectionne.

¹⁰ L'aristocratie manufacturière de nos jours, après avoir appauvri et abruti les hommes dont elle se sert, les livre en temps de crise à la charité publique pour les nourrir. Entre l'ouvrier et le maître, les rapports sont fréquents, mais il n'y a pas d'association véritable. (...) c'est de ce côté que les amis de la démocratie doivent sans cesse tourner avec inquiétude leurs regards ; car, si jamais l'inégalité permanente des conditions et l'aristocratie pénètrent de nouveau dans le monde, on peut prédire qu'elles y entreront par cette porte.

nations positives. Un nombre impressionnant de réglementations sera présenté, lestées de bonnes intentions et consciencieusement élaborées.

Et il semblait juste et utile d'ouvrir ces débats en donnant la parole à un sage, pour qui la morale avait le primat sur la politique et qui replissait son devoir de lanceur d'alerte et de conclure en lui donnant encore la parole avec l'avertissement qui clôt son ouvrage : « *Il dépend (des nations) que l'égalité conduise (les peuples) à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou à la misère* ».

BIBLIOGRAPHIE

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1835. t. I.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1841. t. II.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **L'Ancien Régime et la Révolution**. Paris: Michel Lévy Frères, 1856.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Souvenirs**. Paris: Calmann Lévy Editeur, 1893.

L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

MARIE-ANNE COHENDET*

« C'est précisément parce que la force des choses
tend toujours à détruire l'égalité
que la force de la législation doit
toujours tendre à la maintenir ».

Jean-Jacques Rousseau
Contrat social, II, 11, 1762

SOMMAIRE

I. Les enjeux de l'égalité dans la représentation politique. **A.** L'égalité dans la représentation au cœur de l'idée démocratique. **1.** Une représentation longtemps considérée comme inégalitaire. **2.** Une représentation démocratique désormais nécessairement égalitaire. **B.** L'égalité abstraite et les inégalités concrètes. **1.** Représentation égale des individus et catégories de personnes. **2.** Égalité ou non de la représentation par différentes institutions. **II.** Les moyens de renforcer l'égalité dans la représentation. **A.** Les facteurs déterminant l'égalité dans la représentation. **1.** Les facteurs déterminants extra-juridiques. **2.** Les règles juridiques favorisant cette égalité. **B.** Les mécanismes visant à compenser les inégalités dans la représentation.

Jean-Jacques Rousseau énonçait ainsi l'un des piliers d'un droit constitutionnel perçu comme devant être au service de la démocratie : assurer l'égalité des citoyens pour garantir leur autonomie. Mais Rousseau n'était pas favorable à la représentation. Il s'en méfiait comme de la peste, constatant qu'elle ne garantit pas l'égalité. Et pourtant, la plupart des démocraties de nos jours ont un régime représentatif. Mais l'égalité y est-elle bien assurée ? Daniel Wunder Hachem, ici chaleureusement remercié pour l'organisation de

* Professeure à l'École de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, France).

ce magnifique colloque, a souhaité que l'on s'interroge sur l'égalité *dans* la représentation politique. Égalité et représentation politique sont-elles antinomiques ou complémentaires ? L'égalité peut-elle être garantie par la représentation politique ?

La représentation *politique* doit seule être évoquée ici, ce qui semble exclure toute réflexion sur les autres formes de représentation, religieuse, syndicale, corporatiste etc... et cependant, la notion de la représentation politique pose la question de savoir si cette représentation doit être seulement celle d'individus isolés, ou si ces individus doivent aussi être représentés en tant que membres d'un groupe, de genre, religieux, économique etc... Il est très délicat de traiter de ce sujet aux côtés du grand théoricien de la représentation politique qu'est Pierre Brunet. Nous renvoyons donc à son beau livre pour une réflexion approfondie sur la théorie de la représentation¹. Il y souligne notamment que les représentants du peuple sont exclusivement les auteurs de la loi, à savoir les parlementaires. Cette étude sera donc centrée sur eux, même si nous les comparons ici et là à d'autres élus du peuple. Il s'agit ici surtout d'évoquer de manière générale, dans tous les temps et tous les pays, les principaux enjeux de l'égalité dans la représentation politique (I) et les moyens de la renforcer (II).

I. LES ENJEUX DE L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION POLITIQUE

Le principe d'égalité dans la représentation semble être au cœur de l'idée démocratique (A), mais il convient de préciser de quelle égalité on parle exactement (B)

A. L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION AU CŒUR DE L'IDÉE DÉMOCRATIQUE

Il convient de préciser quelle conception de la démocratie résulte de la représentation politique (1) et, réciproquement, quelle sorte de représentation la démocratie implique nécessairement (2).

¹ BRUNET, Pierre. **Vouloir pour la Nation**. Le concept de représentation dans la théorie de l'État. Rouen/Paris/Bruxelles : Publications de l'Université de Rouen/ L.G.D.J./Bruylant, 2004, 396p. V. aussi MANIN, Bernard. *Principes du gouvernement représentatif*. 1^{ère} éd. Paris : Calmann-Lévy, 1995 (Collection Champs Essais).

1. Une représentation longtemps considérée comme inégalitaire

Depuis la Grèce antique puis pendant des siècles, l'idée même de représentation a été perçue comme étant antinomique à celle de démocratie. Seule la démocratie directe est conçue comme étant démocratique, dans l'Athènes de Périclès comme chez Rousseau. Dès 508 avant Jésus-Christ, Clisthène souligne la place centrale de l'égalité, mise en place par l'isonomie à savoir l'égalité (*isos*) devant la loi (*nomos*). Elle exige notamment l'iségorie, à savoir l'égalité de parole, d'expression (*logos*), comme l'a souligné Périclès². Le principe d'égalité devant la loi peut se décliner en égalité dans l'élaboration de la loi et aussi dans son application. En fait, l'un et l'autre sont liés. C'est bien parce que nous sommes égaux dans l'application de la loi que, dans la fabrication de la loi, les citoyens égaux adopteront des lois justes pour tous. Pour que les lois soient justes il faut qu'elles soient adoptées par tous les citoyens, nécessairement égaux. L'objectif de Rousseau est de « trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant »³. L'autonomie, qui est au cœur de l'idée démocratique, ne peut, pour Rousseau, être assurée en principe que par la démocratie directe (il infléchira plus tard sa position sur ce point dans ses considérations sur le Gouvernement de Pologne). Pour lui, la souveraineté du peuple serait affectée par la représentation politique, car la souveraineté ne se délègue pas. Elle doit être également partagée entre tous les citoyens. « Supposons que l'Etat soit composé de dix mille Citoyens (...) chaque membre de l'Etat n'a pour sa part que la dix-millième partie de l'autorité souveraine »⁴. Notons au demeurant que l'égalité ainsi évoquée est seulement politique et qu'elle est réservée aux citoyens. Elle s'accommode fort bien de l'esclavage à Athènes et de l'infériorité des femmes dès lors privées de droits politiques chez Rousseau. Aujourd'hui de telles restrictions de la citoyenneté sont radicalement incompatibles avec l'idée même de démocratie.

Dans le droit fil de ces pensées, on continua pendant des siècles à regarder la représentation politique et la démocratie, donc l'égalité dans l'autonomie, comme étant antinomiques. En effet, les représentants du peuple risquent à tout instant de confisquer sa souveraineté. « Le peuple anglais pense être libre, il se trompe fort ; il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement ; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien ». Seule la démocratie directe était considérée comme étant une véritable démocratie. Cette idée refait surface ces dernières années avec la crise de la représentation politique.

² Elle est surtout soulignée par Périclès, vers 450 avant J.-C.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou principes du droit politique. In : **Collection complète des œuvres**. Genève, 1780-1789. L. I, chap. VI.

⁴ *Ibidem*.

L'idée selon laquelle la représentation politique est compatible avec l'égalité est donc assez récente. C'est pourquoi la notion de démocratie représentative est relativement récente. Voyons comment elle s'est formée.

2. Une représentation démocratique désormais nécessairement égalitaire

De nos jours, quasiment toutes les démocraties ont un régime représentatif, c'est-à-dire une démocratie indirecte, ou semi-directe. C'est un régime dans lequel le peuple se gouverne non pas ou pas seulement directement par les lois qu'il adopte lui-même, mais par le biais de représentants. Nulle part le peuple ne se gouverne lui-même directement dans tous les domaines, même si dans certains pays, comme en Suisse, le référendum occupe une place importante.

La théorie de la représentation a très longtemps été distincte de l'idée démocratique et elle était donc jugée comme compatible avec l'inégalité. Observant l'histoire, Montesquieu constate que « l'esprit d'égalité extrême conduit au despotisme d'un seul »⁵. Il fonde la théorie de la représentation sur l'incompétence du peuple. Pour lui, il n'est pas apte à se gouverner mais il est tout à fait capable de choisir ceux qui sauront le mieux le gouverner.⁶ A l'heure de la Révolution, comme la plupart des français sont encore très attachés au Roi, Sieyès conçoit la théorie de la souveraineté nationale, qui permet de regarder le Roi comme étant un représentant de la nation, bien qu'il ne soit pas élu. Craignant la soumission des plus pauvres et des plus faibles à leurs maîtres, les révolutionnaires de 1789 réservent le droit de suffrage à ceux qui paient un cens, un impôt. Le suffrage censitaire est aboli par la République de 1793, avant d'être rétabli plus tard. Pendant très longtemps, l'inégalité dans la représentation politique a perduré, qu'elle soit fondée sur l'idée d'incompétence du peuple, de nécessité de réserver cette représentation aux plus riches, d'infériorité de certaines catégories de personnes, comme les femmes, les esclaves, les indigènes colonisés etc... Ce sont essentiellement les Républiques qui ont, dans l'histoire de France, consacré le suffrage universel, indispensable à l'égalité face à la représentation politique.

Fasciné par la jeune démocratie américaine, régime représentatif qu'il décrit avec un véritable esprit critique, Tocqueville conclut son étude⁷ en soulignant que « les nations de nos jours ne sauraient faire que dans leur sein les conditions ne soient pas égales ; mais il dépend d'elles que l'égalité les conduise à la servitude ou à la liberté, aux lumières ou à la barbarie, à la prospérité ou aux misères ».

⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'Esprit des lois**. 1748.

⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'Esprit des lois**. 1748.

⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1841. t. II.

De nos jours, on peut considérer avec Kelsen que la représentation politique n'est pas fondée sur l'inégalité des hommes mais simplement sur la division du travail.⁸ Dans les démocraties contemporaines, la démocratie n'est reconnue que si le principe d'égalité devant le suffrage donc devant la représentation politique est affirmé. Le principe « un homme – une voix » est unanimement exigé dans les démocraties représentatives contemporaines, étant entendu que la femme est un Homme comme les autres. Pour Kelsen, la démocratie est la synthèse de la liberté et de l'égalité. Ainsi, le concept de « démocratie illibérale » est un oxymore. Toute théorie ou tout régime qui nie l'égalité ou la liberté ne saurait être qualifié de démocratique. La liberté, notamment d'expression est d'ailleurs indispensable à ce que l'égalité ne soit pas un vain mot.

La représentation politique dans les démocraties est donc désormais nécessairement égalitaire.

B. L'ÉGALITÉ ABSTRAITE ET LES INÉGALITÉS CONCRÈTES

Même si l'égalité des citoyens qui désignent leurs représentants est affirmée, des inégalités de fait persistent généralement (1), dont certaines peuvent être favorisées par certaines institutions (2)

1. Représentation égale des individus et catégories de personnes

Dans le cadre des démocraties contemporaines, plusieurs acceptions d'une représentation égalitaire peuvent être envisagées. On peut notamment vouloir une représentation-miroir, dans laquelle les élus représentant le peuple au Parlement pour voter les lois soient une image fidèle du peuple, dans sa diversité sociologique. On peut au contraire rejeter cette vision pour considérer, comme on le fait traditionnellement, que des représentants du peuple ou de la nation peuvent parfaitement assurer l'égalité dans la représentation politique sans pour autant être un miroir du peuple⁹. Ainsi, il ne serait pas nécessaire que le Parlement comprenne des femmes ou des personnes issues de l'immigration par exemple pour pouvoir assurer leur égalité et défendre leurs intérêts. Des politistes renommés considèrent en France que, le plus souvent, le Parlement est chez nous une assemblée « de vieux mâles blancs bourgeois ». Même si la théorie politique nous permet de considérer qu'une telle composition assure tout de même l'égalité dans la représentation politique, il est possible que cela contribue à des inégalités de fait.

⁸ KELSEN, Hans. **La démocratie, sa nature, sa valeur**. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

⁹ En ce sens v. not. MANIN, Bernard. **Principes du gouvernement représentatif**. 1^{ère} éd. Paris : Calmann-Lévy, 1995 (Collection Champs Essais).

Certaines catégories de personnes sont traditionnellement sous-représentées dans bon nombre de démocraties.

Il en va ainsi, notamment, de plus de la moitié de la population, à savoir les femmes. Pendant des siècles, les femmes ont été écartées du droit de suffrage et du droit d'être élues. Le fait est que les Parlementaires n'ont alors pas brillé par le caractère féministe de leur législation. Des progrès considérables ont été réalisés ces dernières années, tout autour de la planète, mais ils restent insuffisants.

En outre, de nombreuses minorités sont sous-représentées dans les parlements. Il en va ainsi des minorités ethniques, des plus basses castes en Inde, des personnes les plus pauvres et/ou des catégories sociales défavorisées, des chômeurs ou des ouvriers (ces derniers ne représentent que 5% des parlementaires), voire certaines minorités religieuses ou même des courants politiques minoritaires, comme par exemple les écologistes en France (et nonobstant leur récente progression dans les conseils municipaux des grandes villes).

Les femmes ou les membres de ces minorités étant mieux placées que quiconque pour comprendre les problèmes qui sont les leurs et y proposer des remèdes, on peut souhaiter qu'ils soient mieux représentés dans les différents corps politiques.

2. Egalité ou non de la représentation par différentes institutions

On constate aussi des inégalités de représentation qui varient selon les institutions.

Au niveau national, une différence assez nette existe bien souvent entre législatif et exécutif.

Dans le pouvoir législatif, les secondes chambres sont souvent celles où les inégalités de représentation sont les plus flagrantes. Il en allait bien sûr autrefois ainsi de la Chambre Haute, qui représentait l'aristocratie – soit une infime proportion de la population-. De nos jours, la seconde chambre représente en principe les collectivités territoriales, mais cela génère de graves atteintes au principe « un homme-une voix ». Ainsi, le Sénat des Etats-Unis, plus puissant que la Chambre des représentants, compte deux représentants par Etat, qu'il s'agisse de l'Alaska ou de l'Etat de New York. Dans une moindre mesure, on a pu constater qu'au Sénat français les habitants de petits villages ont un vote qui peut peser huit fois plus lourd que ceux des grandes villes¹⁰. C'est une

¹⁰ En effet, il faut jusqu'à huit fois plus d'habitants d'une grande ville que d'habitants d'une petite commune pour élire un sénateur. V. DUHAMEL, Olivier ; TUSSEAU, Guillaume. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4^{ème} éd. Paris : Seuil, 2016, et COHENDET, Marie-Anne. **Droit constitutionnel**. 4^{ème} éd. Paris : LGDJ-Lextenso, 2019 (coll. Cours).

étrange conception de l'égalité dans la représentation politique. De même, la proportion de femmes députées ou sénatrices reste très inférieure à celle des hommes dans bon nombre de pays et notamment en France. Des progrès indéniables ont été réalisés : ainsi les sénatrices étaient de l'ordre de 5% il y a trente ans alors qu'elles sont de l'ordre de 30% de nos jours.

Dans les exécutifs, pendant des siècles les femmes ont été presque totalement absentes des gouvernements. De nos jours, la plupart des démocraties veillent à respecter la parité dans la composition du Gouvernement. Cependant, on constate encore bien souvent qu'elles sont plus souvent ministres délégués que ministres et/ou que leurs ministères ne sont généralement pas les plus importants. Mais surtout c'est à la tête des exécutifs que les femmes sont gravement sous-représentées. Il y a encore très peu de femmes premier ministre ou président de la République.

Au niveau local, dans les régions, les départements et les communes, ou même pour l'élection de nos représentants au Parlement européen, on observe en France une situation très variable, mais dans laquelle la distinction entre assemblée délibérative et exécutif reste forte. Globalement, les femmes sont beaucoup mieux représentées dans les assemblées des collectivités territoriales (40 à 50% des élus sont désormais généralement des femmes) que dans le Parlement (où elles ne sont que 20 à 30% le plus souvent). En revanche, les exécutifs, même locaux, restent le plus souvent dirigés par des hommes, même si des progrès non négligeables ont été réalisés lors des élections municipales de 2020 en France.

Les enjeux de l'égalité dans la représentation sont donc essentiellement le type de démocratie que l'on vise, directe ou indirecte, le type de représentation que l'on souhaite, miroir ou abstraite, et donc la prise en compte plus ou moins réelle des intérêts de tous dans les assemblées représentant le peuple, essentiellement le Parlement puisque c'est lui qui est l'auteur de la loi. Quels instruments juridiques peuvent permettre de renforcer l'égalité dans la représentation ?

II. LES MOYENS DE RENFORCER L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION

« Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit », rappelait Lacordaire¹¹. Si l'homme est un loup pour l'homme, alors seule la loi peut protéger les faibles, loi de dieu ou de la nature pour les jusnaturalistes, loi posée par les hommes pour les positivistes, que sont, comme ici, la plupart des juristes. Des lois constitutionnelles ou infra-constitutionnelles doivent donc permettre de renforcer l'égalité dans la représentation. Certains facteurs favorisent l'égalité dans la représentation (A) et d'autres visent à compenser les inégalités de représentation (B).

A. LES FACTEURS DÉTERMINANT L'ÉGALITÉ DANS LA REPRÉSENTATION

Le fonctionnement réel des institutions, à savoir le système politique, dépend des interactions entre la *régime* politique, à savoir la règle constitutionnelle, et le *système* de variables déterminantes. Ce dernier est composé de tous les éléments, juridiques ou extra-juridiques, qui, seuls ou combinés, peuvent exercer une influence déterminante sur le contenu ou l'interprétation de la règle étudiée. L'égalité dans la représentation, telle qu'elle existe réellement, dans les faits, dépend d'abord de divers facteurs non juridiques (1). Elle dépend encore et surtout de diverses règles de droit, parfois inscrites dans la Constitution et parfois dans des lois ou autres actes infra-constitutionnels (2).

1. Les facteurs déterminants extra-juridiques

L'expérience récente de la Covid l'a tristement rappelé : une même règle de droit ne fonctionne pas de la même manière dans tous les pays. Dans un Etat où les citoyens sont traditionnellement très distants, civiques et disciplinés, il n'est pas indispensable d'imposer des règles répressives. pour obtenir le résultat souhaité, des explications claires voire des règles incitatives suffisent généralement. Le respect des règles de distanciation est ainsi beaucoup plus grand en Allemagne ou en Suisse qu'en France. Dèjà, Aristote et Montesquieu démontraient l'influence des mœurs, de la tradition, de la religion notamment sur les lois. Il en fut de même pour Tocqueville, qui démontra par exemple comment l'éducation des filles aux Etats-Unis conduit à des femmes libres et donc à des enfants éveillés, alors que le souhait d'enfermer les femmes dans la bêtise et la soumission freine l'évolution de

¹¹ LACORDAIRE, Henri. Sermon à la chaire de Notre-Dame (1848). In : **Conférences de Notre-Dame de Paris. Années 1835-1851.** Paris : Hachette Livre/BNF, 2016 [1853-1855].

la société à la même époque en Europe. Aussi, les combats pour la représentation des femmes furent-ils remportés plus tôt outre-Atlantique qu'en Europe.

De fait, à l'échelle de la planète, la corrélation entre la religion et les dates d'obtention du droit de vote et de l'éligibilité des femmes est frappante. Ce sont très clairement pratiquement toujours les Etats de confession protestante qui ont accordé ces droits les premiers aux femmes, ensuite les Etats catholiques et enfin -et pas toujours- les Etats de confession musulmane.

D'autres facteurs se combinent à la religion, comme l'orientation politique. Quels que soient ses défauts, il faut reconnaître au communisme la vertu d'avoir assuré très largement l'égalité de l'homme et de la femme, en particulier pour la représentation politique, alors même que la tradition de la Russie ou de la Chine n'était guère favorable à la parité.

L'influence de ces facteurs peut aussi être très sensible sur la représentation des minorités, par exemple le fait que le racisme soit plus ou moins important dans telle ou telle société à telle époque a une incidence sur le droit de vote des minorités visibles et sur le nombre de leurs représentants. Sur ce plan, les Etats-Unis ont été loin d'être des modèles.

2. Les règles juridiques favorisant cette égalité

Une carte mondiale de la représentation des femmes dans les parlements nationaux montre que l'influence de la religion, de la richesse économique (les pays les plus pauvres accordant le plus souvent moins de droits politiques aux femmes), et des traditions historiques n'est pas la seule qui compte. Ainsi, la représentation des femmes reste très faible aux Etats-Unis, en Grande-Bretagne ou en Australie, alors qu'elle est très forte dans les pays d'Europe du Nord, qui sont aussi protestants et ont une histoire et un niveau de développement étroitement comparables à ceux de ces pays. De même, en France, parmi les collectivités territoriales, il y a quelques années les femmes composaient près de la moitié des conseils municipaux et des assemblées régionales alors qu'elles étaient très minoritaires (15 %) dans les conseils départementaux.

Le responsable de ces écarts est mode de scrutin. Le scrutin majoritaire, en particulier à un tour, défavorise très clairement la représentation des femmes. Il en va exactement de même pour les minorités : alors que le scrutin proportionnel favorise une représentation miroir, le scrutin majoritaire favorise les vieux mâles blancs bourgeois. Avec la représentation proportionnelle ou un scrutin mixte (comme dans les régions et la plupart des communes en France), du fait de l'existence de listes électorales sur lesquelles on va tenter de diversifier les profils pour obtenir le ralliement de toutes les minorités, et du fait du mode de répartition des voix, on obtient des assemblées qui comptent en leur sein des femmes, des jeunes, des personnes issues de l'immigration, des ouvriers, des personnes

pratiquant diverses religions, venant de diverses régions ... Notons que le mode de scrutin est parfois un élément du régime politique, lorsqu'il est inscrit dans la Constitution, comme dans la plupart des pays, et parfois un élément du système politique, lorsqu'il est simplement prévu par la loi, comme en France.

Lorsque l'on tient absolument à maintenir un scrutin majoritaire, d'autres mécanismes peuvent favoriser néanmoins l'égalité. Ainsi, pour les élections cantonales, longtemps très inégalitaires, la loi a établi que l'on vote non plus pour une personne mais pour un binôme un homme-une femme. Ce système a parfaitement bien fonctionné, de sorte que dans les conseils départementaux, où les femmes n'étaient encore récemment que 15%, on obtient désormais la parité. Notons que la parité des les assemblées locales favorise celle du Sénat -grand conseil des communes de France-, dont bon nombre des membres sont désormais élus à la proportionnelle. Ainsi, le nombre de femmes au Sénat atteignait à grand peine les 5% il y a une trentaine d'années et s'établit désormais autour de 30%.

Le système des discriminations positives permet, lui aussi, de favoriser l'égalité dans la représentation politique. En Inde, il a été utilisé pour permettre aux castes les plus défavorisées, en particulier les intouchables, d'avoir des représentants au Parlement. En termes de représentation politique, ce mécanisme a très bien fonctionné, puisqu'ils ont enfin eu des élus. Cependant, des effets pervers sont observables : puisque depuis la législation établissant ces discriminations, chacun doit déclarer son appartenance à telle caste, le sentiment d'appartenance à une caste est non pas supprimé, mais au contraire renforcé par cette législation. Alors que la Constitution indienne visait à assurer l'égalité des individus, quelle que soit leur caste d'origine, ce mécanisme a contribué à renforcer ce sentiment d'inégalité¹².

Alors que la religion, les mœurs et le mode de scrutin ont permis une très grande parité dans les Parlements d'Europe du Nord, en France il a fallu adopter des mécanismes incitatifs de plus en plus forts (comme l'obligation de faire alterner un homme et une femme sur les listes de candidats, des sanctions financières pour les partis présentant moins de femmes aux élections législatives...) pour arriver à 30 à 35 % des femmes au Parlement, ce qui reste insuffisant¹³. Les partis ont rivalisé d'imagination pour contourner cette législation, par exemple en favorisant la création de micro-partis leur permettant de présenter moins de femmes que d'hommes, ou en présentant les candidatures féminines dans des circonscriptions réputées « ingagnables » par exemple.

D'autres mécanismes juridiques peuvent avoir une incidence forte sur l'égalité dans la représentation politique.

¹² V. POUVOIRS. *Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques*, n. 90 (L'Inde), mai/août 1999. Disponible en ligne : <<https://revue-pouvoirs.fr/-90-L-Inde-.html>>.

¹³ Sur la diversité de ces mécanismes v. le site de l'observatoire des parités.

Ainsi, les politistes ont-ils établi que le non-cumul favorise l'avènement de la diversité dans les assemblées politiques. Il génère en effet la diversification et le renouvellement de la classe politique et en particulier l'avènement de femmes et de jeunes dans les parlements. Ceci est vrai aussi bien pour le non-cumul de plusieurs mandats en même temps que pour le non-cumul dans le temps¹⁴.

B. LES MÉCANISMES VISANT À COMPENSER LES INÉGALITÉS DANS LA REPRÉSENTATION

Si l'on ne parvient pas à supprimer les inégalités, alors on peut tenter de les compenser, par divers systèmes.

L'existence de secondes chambres est parfois être considérée comme une contribution à la compensation de la sous-représentation de certaines catégories. Ainsi, certains estiment que le Sénat est nécessaire pour compenser la sous-représentation de la population rurale. Mais cet argument semble très contestable. Les agriculteurs ne sont pas sous-représentés à l'Assemblée Nationale (alors que les ouvriers le sont très nettement). Le Sénat est censé représenter les collectivités territoriales, un peu comme le Sénat des Etats fédéraux représente les Etats-membres, mais l'existence même de cette représentation est contestable en France, car nous ne sommes pas un Etat Fédéral, et les collectivités concernées n'étaient pas des Etats avant leur regroupement.

Le système de la « formule magique » en Suisse (régime directorial¹⁵) permet de composer un gouvernement non pas seulement en donnant le pouvoir à la majorité de choisir tous les ministères -comme on le fait habituellement en régime parlementaire- mais en permettant à tous les principaux groupes sociaux de contribuer à la politique nationale : chacun des sept membres de l'exécutif est donc désigné en prenant en compte l'objectif que ce collège exécutif représente tous les principaux partis politiques, la parité et une proportion équitable de représentants de chacune des principales langues du pays et enfin un nombre équilibré de représentants de catholiques et de protestants. Cela reflète très bien la recherche d'une démocratie de consensus. Ce système vise à compenser les inégalités de la représentation qui existent au Parlement, nonobstant le scrutin à la proportionnelle.

¹⁴ V. not. les travaux de la commission Bartolone-Winock sur l'avenir des institutions.

¹⁵ Sur la classification des régimes, cf. COHENDET, Marie-Anne. La classification des régimes politiques, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel. In: BECHILLON, Denys de; BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; MILLARD, Éric. (Coord.). **L'architecture du droit**: mélanges en l'honneur de Michel Troper. Paris : Economica, 2006, p. 299-314, et COHENDET, Marie-Anne. **Droit constitutionnel**. 4^{ème} éd. Paris : LGDJ-Lextenso, 2019 (coll. Cours).

Qu'en est-il du tirage au sort ? Il était jadis pratiqué à Athènes, mais pour désigner non pas des représentants mais des exécutants de la volonté du peuple chargés de missions précises, comme le contrôle des dépenses dans tel domaine. Depuis des siècles il est pratiqué pour la composition des jurys de cours d'assises, mais il ne s'agit pas non plus de représentation politique. Ces dernières années, du fait de la crise de la représentation politique, il est de plus en plus souvent évoqué. Lorsqu'il est utilisé pour désigner les membres d'une assemblée en reprenant la technique des sondages représentatifs, il permet, dans une large mesure, d'assurer l'égalité en obtenant des assemblées-miroir. Cependant, les jurys délibératifs ainsi désignés n'ont pas exactement pour objet d'assurer la représentation du peuple, même s'ils sont très intéressants et permettent notamment l'expression de points de vue des groupes minoritaires, qui, habituellement, disposent rarement de lieux d'expression. Ils complètent la démocratie représentative, ils ne la remplacent pas¹⁶. C'est pourquoi on peut le considérer comme un contrefort de la représentation, un mécanisme de compensation des inégalités dans la représentation.

On peut aussi concevoir la désignation de chambres ayant une composition mixte. Nous avons ainsi suggéré la création d'une assemblée citoyenne du futur, composée d'un tiers de personnes tirées au sort selon la méthode des sondages délibératifs (donc permettant la représentation de toutes les principales catégories sociales), un tiers de représentants des associations de protection de l'environnement, tirés au sort parmi les personnes proposées par ces associations et un tiers de représentants de la société civile à l'image du Conseil économique, social et environnemental actuel (qui contient des représentants des employeurs, des employés, des associations, des personnalités qualifiées...) ¹⁷.

Notons par ailleurs que les assemblées populaires, telles qu'il en existait autrefois à Athènes et qu'il en existe encore aujourd'hui en Suisse et aux Etats-Unis dans certains cantons ou certaines villes permettent bien évidemment l'égalité, de même que le référendum, mais ce sont des mécanismes de démocratie directe et non pas de démocratie représentative. Cependant, le recours à l'expression directe du peuple par ces mécanismes peut aussi permettre, dans les démocraties ainsi semi-directes, de compenser les inégalités dans la représentation politique.

¹⁶ La technique de ces jurys délibératifs est parfaitement rôdée et fonctionne très bien depuis des décennies dans de nombreux pays, particulièrement en Europe du Nord et en Amérique latine, et c'est elle, notamment, qui a permis aux Irlandais de surmonter d'anciennes et graves dissensions pour adopter une loi sur le mariage pour tous ou pour permettre l'avortement. V. not. les travaux de Loïc Blondiaux, Yves Sintomer, Jean-Michel Fourniaux.

¹⁷ BOURG, D. (dir.); BETAÏLE, J.; BLONDIAUX, L.; COHENDET, M.-A.; FOURNIAU, J.-M.; FRANÇOIS, B.; MARZOLF, P.; SINTOMER, Y. **Pour une 6^{ème} République écologique**. Paris : O. Jacob, 2011 (où l'on suggérait une composition qui ne comprenait pas l'équivalent du CESE actuel) et BOURG D. (dir.), AUGAGNEUR, F.; BLONDIAUX, L.; COHENDET, M.-A.; FOURNIAU, J.-M.; FRANÇOIS, B.; PRIEUR, M. **L'Assemblée citoyenne du futur**. Inventer la démocratie du XXI^{ème} siècle. Paris : Les liens qui libèrent, 2014.

Ainsi, la recherche de l'égalité dans la représentation politique est-elle un enjeu majeur dans le type de régime et de démocratie que l'on recherche.

Des progrès considérables ont été réalisés depuis des décennies, en particulier au Brésil, mais il reste encore beaucoup à faire pour permettre une représentation plus égalitaire du peuple dans toute sa diversité afin de renforcer son unité.

BIBLIOGRAPHIE

BOURG D. (dir.), AUGAGNEUR, F. ; BLONDIAUX, L. ; COHENDET, M.-A. ; FOURNIAU, J.-M. ; FRANÇOIS, B. ; PRIEUR, M. **L'Assemblée citoyenne du futur**. Inventer la démocratie du XXI^{ème} siècle. Paris : Les liens qui libèrent, 2014.

BOURG, D. (dir.); BETAILLE, J. ; BLONDIAUX, L. ; COHENDET, M.-A. ; FOURNIAU, J.-M. ; FRANÇOIS, B. ; MARZOLF, P. ; SINTOMER, Y. **Pour une**. 6^{ème} République écologique. Paris : O. Jacob, 2011.

BRUNET, Pierre. **Vouloir pour la Nation**. Le concept de représentation dans la théorie de l'État. Rouen/ Paris/ Bruxelles : Publications de l'Université de Rouen/ L.G.D.J./Bruylant, 2004, 396p.

COHENDET, Marie-Anne. **Droit constitutionnel**. 4^{ème} éd. Paris : LGDJ-Lextenso, 2019 (coll. Cours).

COHENDET, Marie-Anne. La classification des régimes politiques, un outil pertinent dans une conception instrumentale du droit constitutionnel. In: BECHILLON, Denys de; BRUNET, Pierre; CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique; MILLARD, Éric. (Coord.). **L'architecture du droit**: mélanges en l'honneur de Michel Troper. Paris : Economica, 2006, p. 299-314.

DUHAMEL, Olivier ; TUSSEAU, Guillaume. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. 4^{ème} éd. Paris : Seuil, 2016.

KELSEN, Hans. **La démocratie, sa nature, sa valeur**. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1932.

LACORDAIRE, Henri. Sermon à la chaire de Notre-Dame (1848). In : **Conférences de Notre-Dame de Paris. Années 1835-1851**. Paris : Hachette Livre/BNF, 2016 [1853-1855].

MANIN, Bernard. **Principes du gouvernement représentatif**. 1^{ère} éd. Paris : Calmann-Lévy, 1995 (Collection Champs Essais).

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **De l'Esprit des lois**. 1748.

POUVOIRS. **Revue Française d'Études Constitutionnelles et Politiques**, n. 90 (L'Inde), mai/août 1999. Disponible en ligne : <<https://revue-pouvoirs.fr/-90-L-Inde-.html>> .

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Du contrat social, ou principes du droit politique. In : **Collection complète des œuvres**. Genève, 1780-1789. L. I, chap. VI.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **De la démocratie en Amérique**. Paris: Librairie de Charles Gosselin, 1841. t. II.

LA CONFUSION DES CIRCONSTANCES

(Observations sur la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2020 sur la loi organique d'urgence sanitaire)

PIERRE BRUNET*

Bien que leur existence soit unanimement acceptée, la légitimité des cours constitutionnelles, chargées de contrôler la conformité d'une loi à la Constitution, reste sinon fragile du moins toujours objet de discussion : il n'est pas rare que telle décision donne matière à discussion et apparaisse plus politique que juridique. Cela tient en général à l'objet de la loi contestée devant les juges constitutionnels car bien souvent les lois en question ont une dimension sociale ou sociétale et leur contestation, comme leur défense, reflètent des clivages profonds de la société. Aussi a-t-il pu paraître pertinent de comparer les cours constitutionnelles à des *fora* démocratiques. Et comme ces cours confrontent les lois à des instruments juridiques très généraux, l'image d'une cour constitutionnelle comme d'un « forum de principes » s'est imposée. Cette métaphore comporte néanmoins une exigence et une ambivalence. L'ambivalence ? Cette conception assume pleinement de reconnaître qu'une cour constitutionnelle n'est pas un juge « comme les autres » car elle joue un rôle politique. Toutefois, c'est l'exigence, ce rôle politique la conduit à prendre des décisions importantes non sur des questions de politiques publiques mais sur des questions concernant les droits fondamentaux des individus, en fondant ainsi ses décisions sur les principes constitutifs du système juridique, des principes de justice qui expriment eux-mêmes la moralité politique propre de ce système juridique¹. S'attache donc à cette conception une

* Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Paris, France).

¹ DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. **New York University Law Review**, New York, vol. 56, p. 469-518, 1981, p. 518: « We have an institution that calls some issues from the battleground of power politics to the forum of principle. It holds out the promise that the deepest, most fundamental conflicts between individual and society will once, someplace, finally, become questions of justice. I do not call that religion or "prophesy". I call it law ».

exigence de justification des décisions prises par les juges constitutionnels. Cette même exigence a pour corollaire l'absence, de la part du juge constitutionnel de toute déférence envers le législateur. Au contraire, le juge constitutionnel doit à son tour exiger du législateur qu'il justifie ses décisions avec soin et ce d'autant plus qu'il porte atteinte à un droit constitutionnel et par définition « fondamental ». Ainsi, toute atteinte à un droit constitutionnel doit-elle être soumise à une exigence de nécessité, d'adéquation et de proportionnalité.

C'est un euphémisme de dire, qu'en France, le Conseil constitutionnel est encore très loin de correspondre à cette représentation-là du juge constitutionnel. Certes, il dit pratiquer ce que l'on appelle « le contrôle de proportionnalité ». Mais il le fait avec un tel flou et si peu de rigueur que son contrôle ne tient pas du tout la comparaison avec celui qu'effectuent d'autres juridictions constitutionnelles, tel le *Verfassungsgericht* allemand. Plus généralement, chacun peut constater la grande économie de moyens avec laquelle le Conseil constitutionnel français justifie ses décisions.

La récente décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2020 relative à la loi organique d'urgence sanitaire² n'échappe pas du tout à ce constat. Mieux, elle semble le confirmer absolument. Ses lecteurs auront en effet pu éprouver le sentiment que le Conseil constitutionnel se débarrassait d'un évident problème de constitutionnalité à l'aide d'une formule quasi magique du moins parfaitement sibylline : « *Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce* énonce le Conseil constitutionnel, « *il n'y a pas lieu de juger que cette loi organique a été adoptée en violation des règles de procédure prévues à l'article 46 de la Constitution* ».

De quoi était-il question ?

En l'espèce, le Conseil constitutionnel était chargé de vérifier la conformité à la constitution d'une loi « organique » en vertu d'une obligation que l'on peut qualifier de procédurale contenue à l'article 46 de la Constitution lequel énonce que les lois organiques « ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution »³. Le Conseil constitutionnel n'intervenait donc pas dans le

² CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, **Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19**.

³ Article 46 de la Constitution : Les lois auxquelles la Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes./Le projet ou la proposition ne peut, en première lecture, être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration des délais fixés au troisième alinéa de l'article 42. *Toutefois, si la procédure accélérée a été engagée dans les conditions prévues à l'article 45, le projet ou la proposition ne peut être soumis à la délibération de la première assemblée saisie avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt.*/La procédure de l'article 45 est applicable. Toutefois, faute d'accord entre les deux assemblées, le texte ne peut être adopté par l'Assemblée nationale en dernière lecture qu'à la majorité absolue de ses membres./Les lois organiques relatives au Sénat doivent être votées dans les mêmes termes par les deux assemblées./Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après la déclaration par le Conseil constitutionnel de leur conformité à la Constitution.

cadre d'un litige et n'avait *a priori* pas à se prononcer sur la question de savoir si une loi en vigueur violait ou non le droit constitutionnel d'un individu.

Toutefois, la loi organique dont il était saisi contient un article unique lequel suspend purement et simplement, jusqu'au 30 juin 2020, d'une part, le délai de trois mois dont disposent le Conseil d'État et la Cour de cassation pour se prononcer sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) et éventuellement la transmettre au Conseil constitutionnel et, d'autre part, le délai également de trois mois dont dispose le Conseil constitutionnel pour statuer sur la QPC qui lui a été soumise⁴. Autrement dit, en vertu de cette loi organique, le Conseil constitutionnel continue à siéger pour des QPC introduites avant le 26 mars 2020 mais plus aucune QPC nouvelle ne peut lui être transmise d'ici le 30 juin 2020.

Chacun peut convenir qu'une telle loi restreint considérablement certains droits fondamentaux à savoir les droits de la défense des justiciables et porte atteinte au droit d'être jugé dans un délai raisonnable.

Mais le problème est encore ailleurs.

Ce même article 46 de la Constitution relatif aux lois organiques prévoit une autre obligation procédurale concernant cette fois la discussion parlementaire : un projet de loi organique ne peut être soumis à la délibération et au vote des assemblées qu'à l'expiration de certains délais. En l'espèce, et en outre, le gouvernement avait engagé la procédure accélérée de sorte que son projet de loi organique ne pouvait être soumis à la délibération de la première assemblée saisie « avant l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt ».

C'est maintenant qu'intervient toute la difficulté.

Comme le rappelle la décision du Conseil constitutionnel : « *Déposé devant le Sénat, première assemblée saisie, le 18 mars 2020, le projet de loi organique, pour lequel le Gouvernement a engagé la procédure accélérée, a été examiné en séance publique le lendemain.* »

Oui, on a bien lu : le lendemain et non à l'expiration d'un délai de quinze jours. Il est donc clair que le délai de quinze jours n'a pas été respecté. Pourtant le Conseil constitutionnel conclut sans autre difficulté que : « *La loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 est conforme à la Constitution* ».

On a également bien lu : la loi votée est jugée « conforme » à la Constitution.

Devant un tel cas d'école de ce qui semble une violation manifeste de la lettre de la Constitution, on aurait pu s'attendre que le juge usât d'une justification nourrie permettant d'excuser cette évidente contrariété entre la décision et le texte de la Constitution. Elle tient

⁴ Ces délais sont fixés par l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel conformément à l'article 61-1 de la Constitution.

cependant en ces quelques mots déjà évoqués : « *Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce...* ».

Faut-il y voir une allusion maladroite à la « théorie » des circonstances exceptionnelles dont se sert le Conseil d'État depuis 1918 ou la marque de ce que le Conseil constitutionnel reconnaît décider moins en droit qu'en pure opportunité ?

Nombre de commentaires ont choisi la première branche de l'alternative. Mais à tout prendre, la seconde branche paraît la plus simple.

L'explication tient en trois mots : opportunité, porosité, déférence.

Cette expression vague (« les circonstance particulières de l'espèce ») est sinon courante du moins habituelle dans la jurisprudence du Conseil d'État qui l'utilise comme un marqueur lui permettant de souligner que la décision rendue n'est pas (encore) constitutive d'une règle jurisprudentielle. L'invocation des « circonstances particulières de l'espèce » donne lieu à une décision favorable au requérant. Elle traduit ce que l'on aurait appelé en d'autres temps, l'équité ou mieux le droit naturel.

On ne saurait s'en émouvoir : tous les systèmes de droit positif contiennent des restes de droit naturel et habilite implicitement les juges à en faire usage, pour peu que ce dernier reste modéré et ne contredise trop ouvertement ou trop fréquemment la loi écrite. Il n'existe bien évidemment pas de critères *a priori* et objectif, et l'on sait que tout est affaire d'appréciation de la part du premier concerné, le législateur lui-même. Sauf erreur, aucune décision du Conseil d'État justifiée par les circonstances particulières de l'espèce n'a jamais fait l'objet d'un désaveu législatif postérieur.

Pas plus de nos jours que dans le passé, le droit naturel ne sert à empêcher le droit positif : il est avant tout un moyen de justifier une interprétation de celui-ci ou de le corriger à la marge comme on aime à le dire⁵.

Ainsi chacun doit comprendre la décision du 26 mars comme signifiant que le gouvernement et le législateur organique demeurent bien soumis aux délais prévus par l'article 46 de la Constitution... « sauf exception ». Ce faisant, le Conseil constitutionnel a répondu positivement à une épineuse question de théorie générale du droit qui est de savoir si une règle se terminant pas la formule « à moins que » est encore une règle⁶.

⁵ Pour des exemples historiques, v. HELMHOLZ, R. H. **Natural Law in Court: A History of Legal Theory in Practice**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁶ « A rule that ends with the word "unless..." is still a rule », HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1994, p. 139.

D'un point de vue formaliste, qui entend garantir une forme de séparation des pouvoirs de dire le droit, l'affirmation semble contestable. Car quand bien même on constaterait que, par bonté d'âme, les juges assouplissent les règles écrites pour les « vider de leur venin », on ne pourrait passer sous silence que cette « interprétation » consiste en l'exercice d'un pouvoir de dire ce que le bien (et non le droit) commande de faire. Aussi morale soit l'inspiration de ce pouvoir, il demeure, juridiquement parlant, un pouvoir. Admettre que les juges l'exercent afin d'atténuer les effets d'une règle ne peut être justifié qu'au nom de la morale. Et sauf à présupposer une objectivité morale, on ne peut exclure que le pire arrive.

Or c'est là qu'intervient la difficulté que chacun peut éprouver à la lecture de la décision du Conseil constitutionnel : elle ne contient aucune trace d'équité. En jugeant que la loi organique était conforme à la Constitution, le Conseil constitutionnel a en réalité clairement pris parti en faveur du législateur, du gouvernement et, en définitive, de lui-même.

Le gouvernement ayant fait voter une loi favorable au Conseil constitutionnel, il était logique – d'une logique toute politique et de circonstances – que le Conseil constitutionnel juge par la suite cette loi conforme à la Constitution, en fermant les yeux sur une violation manifeste que les circonstances excuseront. Traduisons : en fermant les yeux sur une violation de la lettre de la Constitution que le Conseil constitutionnel a sinon sollicitée du moins approuvée. Le renvoi d'ascenseur ou le jeu de vases communicants est par trop visible pour être juridiquement satisfaisant.

C'est aussi ce qui explique que le Conseil constitutionnel s'est trouvé empêché d'employer l'argument des « circonstances exceptionnelles ». Non pas que cet argument soit exclusivement réservé au Conseil d'État. Mais parce que le Conseil d'État a entouré l'emploi de ce même argument de tout un ensemble de contraintes et de contrôles : si le constat de circonstances exceptionnelles autorise l'administration à exercer son pouvoir en dérogeant à des règles de procédure et de fond, et donc à prendre des actes qu'elle ne serait ordinairement pas autorisée à prendre, le contrôle que le juge exerce reste important puisque le juge administratif exige la survenance brutale d'événements graves, apprécie l'impossibilité pour l'administration d'agir légalement et vérifie, enfin, que les actes en cause ont été pris dans l'intérêt de l'ordre public et rendus nécessaires eu égard aux circonstances.

Or, à quelle nécessité objective et impérieuse répondait la suspension des délais de transmission au Conseil constitutionnel des QPC par le Conseil d'État ou la Cour de cassation ? C'est cela que le gouvernement – et le Conseil constitutionnel – auraient dû justifier si le juge constitutionnel avait employé l'argument des circonstances exceptionnelles. Et c'est précisément pour dispenser le gouvernement d'une telle obligation de justification que le Conseil constitutionnel a soigneusement évité de se placer sur ce terrain-là.

On mesure au passage que l'argumentation juridique possède quelque spécificité : tandis que certains termes qui la constituent et la structurent sont parfois très vagues

– c'est le cas de l'expression « circonstances particulières de l'espèce » – et confèrent ainsi un pouvoir discrétionnaire considérable à leurs utilisateurs ; d'autres, en revanche, masquent tout un ensemble de contraintes argumentatives pour ceux qui les utilisent⁷. Ces derniers peuvent certes s'en émanciper car ce sont eux qui les ont construites – ils en sont les maîtres. Décider de le faire revient toutefois à les modifier substantiellement et comporte le risque d'affaiblir une argumentation bien établie.

On peut également voir dans la décision du Conseil constitutionnel du 26 mars 2020 un coût – et pour certains un avantage – celui d'une porosité des institutions.

Une porosité d'abord de style qui n'étonne gère. On sait l'influence qu'exerce la jurisprudence du Conseil d'État sur celle du Conseil constitutionnel. Longtemps chargé d'un contrôle de constitutionnalité des lois exclusivement *a priori* et donc avant leur promulgation et entrée en vigueur, le Conseil constitutionnel a emprunté au juge administratif plusieurs techniques de contrôles et avec elle un certain style judiciaire, elliptique et glacé. Devenu juge constitutionnel *a posteriori* de la loi avec l'adoption de « question prioritaire de constitutionnalité », on aurait pu s'attendre à quelque évolution. Elle n'est pas intervenue. Le Conseil constitutionnel reste attaché à une justification brève, économe, rappelant celle adoptée par le Conseil d'État jusqu'à la fin du XX^e siècle.

La porosité de style a en effet des limites car le Conseil constitutionnel est loin d'avoir adopté le tournant discursif, qualifié parfois de « pédagogique », du Conseil d'État. Au mieux se contente-t-il du faux-semblant d'un contrôle de proportionnalité dont la parcimonie argumentative le rend fort peu comparable à celui que pratiquent les autres juridictions constitutionnelles ou européennes. Les plus réalistes des juristes y reconnaîtront la marque d'une honnêteté intellectuelle faisant apparaître la décision judiciaire pour ce qu'elle est : l'exercice du pouvoir. Reste à savoir si les membres du Conseil constitutionnel accepteraient de se regarder dans ce miroir-là.

Cette porosité n'est toutefois pas que de style, elle est même constitutive de ces institutions qui agissent au nom de l'État de droit, se présentent à leurs homologues comme des remparts devant l'arbitraire étatique et sont mues par la défense des droits fondamentaux et des libertés individuelles, pour employer la rhétorique juridictionnelle contemporaine.

⁷ Cf. TROPER, M. et *alii*. **Théorie des contraintes juridiques**. Paris-Bruxelles : LGDJ-Bruylant, 2005.

Certes, on aurait tout aussi tort de monter sur nos grands chevaux et tirer d'une décision qui se veut (explicitement ?) de pure espèce une règle générale de déférence du Conseil constitutionnel envers le gouvernement-législateur. Reste que, aussi exceptionnelle soit-elle en apparence, cette décision souligne s'il en était besoin qu'une plus grande indépendance des juridictions, et plus explicitement des membres de cette « juridiction », ne serait pas un moindre mal.

À cet égard, hormis la rhétorique de la défense de l'État de droit et de la protection des droits fondamentaux, on ne peut guère comparer le Conseil constitutionnel aux autres cours constitutionnelles européennes et moins encore à celles plus lointaines. On laissera à d'autres le soin de relier la pauvreté des motivations de ses décisions à la rareté de son personnel et cette même rareté à la déférence dont l'institution se rend parfois coupable : en manifestant une si faible exigence de motivation de ses propres décisions, le Conseil constitutionnel dispense implicitement le gouvernement de l'effort d'avoir à justifier en profondeur son action et ses choix politiques.

Cette décision souligne enfin – et ce n'est pas sans rapport – combien il serait temps que les petits arrangements comptables avec les institutions judiciaires *lato sensu* – admettons par générosité ou commodité de ranger le Conseil constitutionnel de ce côté-là de la barrière – cessent et que ces dernières puissent profiter de l'effort budgétaire envisagé dans le monde de demain que l'on nous promet depuis hier. Car s'il est parfaitement audible et compréhensible que le confinement forcé rende le fonctionnement de certaines institutions difficile, il le devient beaucoup moins d'apprendre que ces difficultés tiennent à un manque de moyens matériels et humains (à moins qu'il soit demandé aux membres de ces institutions une contribution à l'effort de productivité ?). Or, dans le monde de l'après-pandémie, il en ira des institutions de « justice » comme des hôpitaux publics ou... des universités.

On l'aura compris, en apparence anodine, et de pure circonstance, cette décision du Conseil constitutionnel révèle les insuffisances structurelles du contrôle de constitutionnalité à la française au regard de ce que les expériences étrangères pourraient montrer et des exigences propres auxquelles il est censé répondre. À l'heure où l'on voit à quel point la protection des droits individuels et l'exigence de débat démocratique quant aux choix collectifs sont inséparables – ils constituent en réalité les deux faces d'une même médaille –, il serait temps de penser autrement le rôle du juge constitutionnel dans notre démocratie encore libérale et ses rapports avec le pouvoir politique. Contrairement à ce que d'aucuns aiment à croire ou faire croire, le Conseil constitutionnel est encore loin de constituer un « forum de principes ».

BIBLIOGRAPHIE

CONSEIL CONSTITUTIONNEL. Décision n° 2020-799 DC du 26 mars 2020, **Loi organique d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.**

DWORKIN, Ronald. The Forum of Principle. **New York University Law Review**, New York, vol. 56, p. 469-518, 1981.

HART, H.L.A. **The Concept of Law**. 2nd ed. Oxford: Clarendon, 1994.

HELMHOLZ, R. H. **Natural Law in Court: A History of Legal Theory in Practice**. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

TROPER, M. et *alii*. **Théorie des contraintes juridiques**. Paris-Bruxelles : LGDJ-Bruylant, 2005.

L'ÉVOLUTION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

PIERRE BOURDON*

SOMMAIRE:

I. L'égalité des rapports entre les individus dans le contrôle juridictionnel de l'Administration publique ; A. L'affirmation ancienne de l'égalité des individus ; B. La concrétisation croissante de l'égalité des individus ; II. Vers l'égalité des rapports entre l'Administration et les individus dans le contrôle juridictionnel de l'Administration publique ; A. L'affirmation récente de l'égalité entre l'Administration et certaines catégories d'individus ; B. La concrétisation limitée de l'égalité entre l'Administration et certaines catégories d'individus.

L'on sait au moins depuis Alexis de Tocqueville que l'égalité est toujours très présente dans les sociétés, et notamment dans les sociétés libérales. Car l'égalité est nécessaire pour garantir la liberté des individus. C'est la raison pour laquelle on trouve l'égalité de façon très récurrente dans les déclarations consacrant des droits fondamentaux au profit des individus. Et c'est aussi ce qui permet d'expliquer que l'égalité n'est pas un droit autonome.¹ L'égalité va au soutien des droits. Elle est la « *police du droit* » selon l'expression du doyen Hauriou.² La déclaration française de 1789 et la déclaration universelle de 1948 affirment, l'une et l'autre, dans un seul et même article, la liberté des individus et l'égalité de

* Professeur de droit public à l'Université Cergy-Paris (Cergy, France). Docteur en droit public de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: pierre-bourdon@orange.fr

¹ ROBERT, Jacques ; DUFFAR, Jean. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. 8. éd. Coll. Domat droit public. Paris : Montchrestien, 2009. p. 42.

² BIOY, Xavier. **Droits fondamentaux et libertés publiques**. 4. éd. Coll. Cours. Paris : LGDJ, 2016. p. 427.

leurs droits (cf. les articles 1^{ers} de ces déclarations)³. La Constitution brésilienne de 1998 en fait de même (cf. l'article 5 de la Constitution).

Dans ces conditions, il n'est évidemment pas surprenant que l'égalité soit très présente dans les décisions de justice rendues à l'occasion du contrôle de l'Administration publique. L'égalité apparaît à la fois dans des notions et sous des formes extrêmement variées et ceci dans toutes les branches du droit administratif.

En France, l'on trouve l'égalité affirmée depuis longtemps dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, bien avant plusieurs principes pourtant réputés, eux aussi, très importants. Que l'on pense aux services publics. L'on dit depuis Louis Rolland qu'il existe trois grands principes des services publics : l'égalité, la continuité, l'adaptabilité.⁴ « *Le principe de l'égalité de traitement entre usagers* » est consacré en 1938 par le Conseil d'Etat⁵. Il est réaffirmé au début des années 1950 à travers « *le principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics* »⁶. En comparaison, le principe de continuité n'est pas affirmé avant les années 1980 par le Conseil d'Etat⁷, le Conseil constitutionnel l'ayant consacré en 1979⁸.

Contrairement à d'autres principes très importants, l'égalité n'est pas seulement un outil de contrôle dans le contentieux de la légalité. Elle est aussi un outil de construction de la légalité. Un synonyme de l'égalité⁹ (sinon sa mère¹⁰, sa jumelle¹¹ ou sa cousine¹²) est l'équité. Cette dernière a été l'une des sources de création des principes généraux du droit,

³ Cf. également l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune () ».

⁴ ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. 11. éd. Paris : Dalloz, 1957. p. 18-19.

⁵ CE Assemblée publique, 1^{er} avril 1938, Société L'Alcool dénaturé de Coubert, req. n° 54715, 54825, Rec., p. 337.

⁶ CE Section, 9 mars 1951, **Société des concerts du conservatoire**, req. n° 92004, Rec., p. 151.

⁷ CE, 13 juin 1980, **Madame Bonjean**, req. n° 17995, Rec., p. 274.

⁸ CC, 25 juillet 1979, **Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail, déc. n° 79-105 DC**, Rec. CC, p. 33.

⁹ En latin, équité ou aequitas vient de aequus qui signifie égal.

¹⁰ Cf. pro FOULETIER, Marjolaine. **Recherches sur l'équité en droit public français**. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris : LGDJ, 2003. p. 76 : « le principe même d'une réparation fondée sur l'inégalité devant les charges publiques relève de l'équité ».

¹¹ Cf. pro FOULETIER, Marjolaine. **Recherches sur l'équité en droit public français**. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris : LGDJ, 2003. p. 89 : « une logique d'égalité des chances, et donc d'équité ».

¹² Cf. pro PACTEAU, Bernard. Préface. In : FOULETIER, Marjolaine. **Recherches sur l'équité en droit public français**. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris : LGDJ, 2003. p. VIII : « l'équité (où l'on retrouve à la fois les idées d'égalité et d'équilibre) ».

par le Conseil d'Etat, « afin d'assurer la sauvegarde des droits individuels des citoyens », pour répéter les mots du Président Bouffandeau.¹³

Enfin, l'égalité n'est pas seulement un outil de la légalité. On la trouve dans le contentieux de la responsabilité. Le Conseil d'Etat a utilisé le principe d'égalité pour justifier certains fondements de responsabilité sans faute de l'Etat. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'inexécution d'une décision de justice crée une charge anormale et spéciale pour un « justiciable »¹⁴.

Plus globalement et récemment, l'égalité a trouvé de nouveaux terrains de jeu avec le développement de l'Union européenne. Les grandes libertés proclamées par les traités vivent essentiellement à travers l'égalité. La jurisprudence de l'Union européenne a affirmé, plus précisément, « le principe général d'égalité de traitement, en tant que principe général du droit communautaire »¹⁵.

Ces affirmations à la fois nombreuses et variées témoignent déjà que l'égalité n'est pas une notion statique. L'égalité est une notion évolutive, ce dont témoignent aussi les décisions de justice rendues à l'occasion du contrôle de l'Administration publique. Si l'égalité a, avant tout, été mobilisée pour faire évoluer les rapports entre les individus (I), elle est aujourd'hui de plus en plus mobilisée dans les rapports entre l'Administration et les individus (II).

I. L'ÉGALITÉ DES RAPPORTS ENTRE LES INDIVIDUS DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Les rapports entre les individus se sont égalisés. L'affirmation de l'égalité est ancienne (A). Cependant, malgré le nombre des années, la concrétisation de l'égalité n'est pas totale, parfois par nécessité (B).

¹³ LETOURNEUR, Maxime. **Les « principes généraux du droit » dans la jurisprudence du Conseil d'Etat. Etudes et documents du Conseil d'Etat**, Paris, n. 3, p. 19-31, 1951. p. 19.

¹⁴ CE, 30 novembre 1923, **Couitéas**, req. n° 38284, 48688, Rec., p. 789.

¹⁵ CJCE, 16 décembre 2008, **Arlecór**, aff. n° C-127/07, Rec. CJCE, p. 9895.

A. L’AFFIRMATION ANCIENNE DE L’ÉGALITÉ DES INDIVIDUS

L’égalité entre les individus est au moins aussi ancienne que la jurisprudence du Conseil d’Etat. Dès les premiers volumes du Recueil Lebon, publié de façon régulière à partir de l’année 1821, l’on trouve le mot-clef « égalité » parmi les entrées de la table des matières. Certes, la référence est discrète, notamment parce qu’elle ne concerne que la matière fiscale, « les contributions directes »¹⁶. Deux décisions sont quand même publiées¹⁷. En réalité, elles témoignent que l’égalité des individus est plus ancienne que la jurisprudence du Conseil d’Etat. En effet, ces décisions ne contiennent aucune affirmation vraiment nouvelle sur l’égalité. En amont, l’article 13 de la déclaration de 1789 avait déjà consacré l’égalité des contribuables devant l’impôt¹⁸. Et l’on pourrait aussi évoquer l’égalité devant la loi¹⁹. L’article 6 de la déclaration de 1789 l’avait déjà consacrée²⁰.

Le contrôle juridictionnel de l’Administration publique a contribué à étendre la protection de l’égalité à de nouvelles catégories de personnes : outre les usagers du service public et les justiciables cités plus haut, l’on peut ajouter, notamment, les candidats à un concours de la fonction publique²¹, les candidats à un grade universitaire²², les fonctionnaires d’un même corps²³. Pour l’égalité des sexes, par exemple, la décision Demoiselle Bobard rendue par le Conseil d’Etat en 1936 affirme que « les femmes ont l’aptitude légale aux emplois dépendants des administrations centrales des ministères »²⁴. Elle devançait ainsi le Préambule de la Constitution de 1946, dont son alinéa 3.

Mais le rôle du juge ne concerne pas seulement l’affirmation et l’extension du champ de l’égalité des individus. Il porte aussi – et même surtout ! – sur la concrétisation de l’égalité.

¹⁶ Voir notamment la pp. XI et XX du tome II du Recueil Lebon de l’année 1821.

¹⁷ CE, 28 novembre 1821, **Pinondel**, req. n° 4819, Rec., p. 518 ; CE, 19 décembre 1821, Raguillet et consorts, req. n° 4652, Rec., p. 556.

¹⁸ De même, la Constitution de l’époque, en l’occurrence la Charte du 4 juin 1814, disposait : « Ils [les citoyens] contribuent indistinctement, dans la proportion de leur fortune, aux charges de l’Etat » (article 2).

¹⁹ CE, 9 mai 1913, **Sieurs Roubeau et autres**, req. n° 47115, Rec., p. 521.

²⁰ « La Loi est l’expression de la volonté générale. () Elle doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse ».

²¹ CE, 19 octobre 1960, **Sieur Beaufort**, req. n° 37386, Rec., p. 545.

²² CE Section, 28 septembre 1962, **Sieurs Jourde et Maleville**, req. n° 58401, Rec., p. 508.

²³ CE Assemblée, 21 juillet 1972, **Union interfédérale des Syndicats de la préfecture de police et de la Sécurité nationale**, req. n° 75225, Rec., p. 584.

²⁴ CE Assemblée, 3 juillet 1936, **Demoiselle Bobard et autres**, req. n° 43239, 43240, Rec., p. 721.

B. LA CONCRÉTISATION CROISSANTE DE L'ÉGALITÉ DES INDIVIDUS

Malgré l'affirmation de l'égalité des administrés, la jurisprudence est plus hésitante lorsqu'il s'agit de donner des effets concrets, réels, à cette égalité.

Dans sa décision *Demoiselle Bobard* de 1936, l'on se souvient que le Conseil d'Etat affirme l'égalité des sexes (cf. supra n° 10). Cependant, le juge rejette finalement la requête dirigée contre un décret qui avait pour objet de réserver au personnel masculin les emplois de rédacteur à l'administration centrale du ministère de la guerre²⁵. Il faudra attendre 20 ans et, entre temps, la réaffirmation de l'égalité des sexes par la loi et la Constitution, pour que la jurisprudence s'engage dans une concrétisation de l'égalité entre les femmes et les hommes. En 1956, le Conseil d'Etat affirme « qu'en vertu des principes posés tant par l'article 7 de la loi du 19 octobre 1946 que par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 les femmes ont désormais, en règle générale, vocation à tous les emplois publics dans les mêmes conditions que les hommes ». Cependant, à nouveau, le Conseil d'Etat rejette la requête dirigée contre l'exclusion des femmes de l'accès aux emplois de rédacteur de l'administration d'outre-mer²⁶. C'est surtout à partir des années 1960 que l'on va voir se concrétiser, peu à peu, dans la jurisprudence, le droit des femmes d'accéder à la fonction publique et d'y évoluer dans les mêmes conditions que les hommes. Le Conseil d'Etat va notamment constater l'illégalité des règles : prévoyant le licenciement d'une femme au motif qu'elle se marie ou se remarie²⁷ ; permettant de limiter le nombre de promotions attribuées aux femmes²⁸ (et réciproquement au préjudice des hommes²⁹).

La jurisprudence admet aussi – heureusement, parfois – que la concrétisation de l'égalité des personnes ne soit pas absolue. Une différence de situation entre les personnes ou un motif d'intérêt général peut justifier des dérogations à l'égalité entre les personnes.

En ce qui concerne la différence de situation entre les personnes, la concrétisation de l'égalité est relative à deux points de vue au moins. D'une part, la position de la jurisprudence française se distingue de celle de l'Union européenne. L'une et les autres ne tirent pas les mêmes conséquences des différences de situation. L'égalité entre les personnes n'est donc pas concrétisée de la même façon. En France, il est conforme au principe d'égalité

²⁵ CE Assemblée, 3 juillet 1936, **Demoiselle Bobard et autres**, req. n° 43239, 43240, Rec., p. 721.

²⁶ CE Assemblée plénière, 6 janvier 1956, **Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montlivet**, req. n° 7516, Rec., p. 4.

²⁷ CE Section, 11 mars 1960, **Ville de Strasbourg**, req. n° 3874, Rec., p. 194.

²⁸ CE Assemblée plénière, 22 avril 1960, **Dame Legrand**, req. n° 19430, Rec., p. 261.

²⁹ CE Section, 23 février 1968, **Sieur Michel**, req. n° 65169, Rec., p. 132.

d'appliquer les mêmes règles aux personnes qui ne sont pas dans la même situation³⁰. Dans la jurisprudence de l'Union européenne, une telle position porte atteinte au principe d'égalité qui suppose d'appliquer des règles différentes aux personnes qui ne sont pas dans la même situation³¹. D'autre part, l'appréciation de la différence de situation peut varier. A titre d'illustration, la situation des départements d'outre-mer peut justifier d'y appliquer des règles différentes de celles des départements hexagonaux en matière de réglementation des prix³². Tel n'est pas le cas pour la réglementation des concours de la fonction publique³³.

En ce qui concerne le motif d'intérêt général, il est formulé de façon variable, l'intérêt général se situant lui-même parmi « les notions à contenu variable ».³⁴ En droit de la fonction publique, la dérogation à l'égalité entre femmes et hommes a d'abord été justifiée par les conditions d'exercice des fonctions³⁵, puis en raison de la nature des fonctions³⁶. Pour ces raisons, le Conseil d'Etat a admis qu'un concours de recrutement d'enseignants soit organisé en fonction du sexe des candidats³⁷. Mais, ici encore, l'appréciation est évolutive et variable et le Conseil d'Etat a pu rejeter une dérogation à l'égalité pour un recrutement d'enseignants dans une maison d'arrêt³⁸, à la suite d'une condamnation de la Cour de justice des communautés européennes³⁹.

A nouveau, le législateur a pris le relai de la jurisprudence en vue de renforcer la concrétisation de l'égalité des personnes, tout particulièrement s'agissant des hommes et des femmes. Plusieurs lois ont fixé des règles de « représentation équilibrée entre les femmes et les hommes » dans les jurys de concours⁴⁰, dont la présidence doit être « confiée de manière alternée à un membre de chaque sexe »⁴¹. Cependant, il est parfois impossible, en pratique, de respecter une égalité parfaite. Par souci de réalisme, le Conseil d'Etat a relativisé la concrétisation de l'égalité. Les règles de représentation équilibrée ont été ramenées au rang d'« objectif »⁴².

³⁰ CE Assemblée, 28 mars 1997, **Société Baxter**, req. n° 179049, Rec., p. 115.

³¹ CJCE, 17 juillet 1963, **Italie contre Commission**, aff. n° C-13/63, Rec. CJCE, p. 337.

³² CE, 1^{er} juillet 1981, **Centre patronal d'études et d'actions professionnelles**, req. n° 18184.

³³ CE, 14 décembre 1981, **Huet**, req. n° 25679, Rec., p. 466.

³⁴ PERELMAN, Chaïm. Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse. In : PERELMAN, Chaïm ; VANDER ELST, Raymond. **Les notions à contenu variable**. Bruxelles : Bruylant, 1984. p. 365.

³⁵ CE Assemblée, 9 juin 1978, **Ministre de l'Education contre Demoiselle Bachelier**, req. n° 5738, Rec., p. 239.

³⁶ CE, 24 novembre 1982, **CFDT**, req. n° 14775, Rec., p. 393.

³⁷ Cf. jurisprudence citée aux deux notes précédentes.

³⁸ Cf. CE, 7 décembre 1990, **Ministre de l'Education nationale contre Madame Buret**, req. n° 96209, Rec., p. 557.

³⁹ CJCE, 30 juin 1988, **Commission contre France**, aff. n° 318/86, Rec. CJCE, p. 3559.

⁴⁰ Article 25 de la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, JORF, 10 mai 2001, p. 7320.

⁴¹ Article 166 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, JORF, 28 janvier 2017, texte n° 1.

⁴² CE Section, 22 juin 2007, **Lesourd**, req. n° 288206, Rec., p. 253.

La concrétisation de l'égalité des personnes est finalement assez tributaire des avancées législatives et constitutionnelles⁴³. En même temps, l'intervention du juge est indispensable à la concrétisation de l'égalité. L'apport de la jurisprudence, plus indépendant de la loi et de la Constitution, est plus important dès lors qu'il est question des rapports entre l'Administration et les individus.

II. VERS L'ÉGALITÉ DES RAPPORTS ENTRE L'ADMINISTRATION ET LES INDIVIDUS DANS LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DE L'ADMINISTRATION PUBLIQUE

Les rapports entre l'Administration et les individus ont tendance à s'égaliser. Certes, tous les individus ne sont pas concernés et l'affirmation de l'égalité entre l'Administration et certains individus est récente (A). Finalement, la concrétisation de ces rapports nouveaux demeure limitée, ici encore par nécessité (B).

A. L'affirmation récente de l'égalité entre l'Administration et certaines catégories d'individus

Classiquement, l'Administration est réputée supérieure aux individus, qu'il s'agisse des usagers, des contribuables, des fonctionnaires, des candidats aux concours ou examens. Cette affirmation se trouve répétée à l'envie dans tous les manuels de droit administratif. Elle est exacte, d'un point de vue juridique, mais également économiquement et sociologiquement.

En effet, il est indéniable, sur le plan juridique, que l'Administration doit défendre et poursuivre l'intérêt général. Ce but de l'action administrative est un élément essentiel de sa supériorité par rapport aux individus. L'intérêt général permet de justifier des compétences de l'Administration que les individus n'ont pas, ce que l'on appelle aussi les « prérogatives de puissance publique ».⁴⁴ L'intérêt général joue le même rôle que la « volonté divine » réputée animer les Rois avant la Révolution de 1789.⁴⁵ C'est ce qui explique, par exemple,

⁴³ Cf. pro GENEVOIS, Bruno ; DELVOLVÉ, Pierre ; BRAIBANT, Guy ; WEIL, Prosper ; LONG, Marceau. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 21. éd. Paris : Dalloz, 2017. p. 283 : « en présence de ces textes, le Conseil d'Etat n'a pu que renforcer la portée du principe posé dans l'arrêt Demoiselle Bobard ».

⁴⁴ BLANC, Christian (dir.). **Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général**. Paris : La Documentation française, 1993. p. 29. Cf. pro COHEN-TANUGI, Laurent. **Le droit sans l'Etat**. 2. éd. Coll. Quadrige. Paris : PUF, 2007. p. 159-160.

⁴⁵ GALBRAITH, John Kenneth. **La science économique et l'intérêt général**. Trad. Jean-Louis Cremieux-Brilhac et Maurice Le Nan. Paris : Gallimard, 1974. p. 22.

que certains contrats, les contrats administratifs, relèvent du juge administratif, ce que certains voient comme un privilège pour l'Administration, une marque de sa supériorité. Dans le contrat administratif, à la différence du contrat civil, l'Administration est réputée se présenter « sous la figure de la puissance publique »⁴⁶. La jurisprudence la plus récente du Tribunal des conflits justifie de cette façon la compétence du juge administratif. Le contrat est administratif s'il comporte une « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »⁴⁷. Ainsi, ce que l'on appelle classiquement le critère de l'élément exorbitant du droit commun est aussi, voire surtout, un critère de la puissance publique.

Néanmoins, de même que tous les contrats de l'Administration ne sont pas des contrats administratifs, la supériorité de l'Administration sur les individus n'est ni générale, ni absolue. Le préjugé de la supériorité de l'Administration par rapport aux administrés rend d'autant plus difficile d'affirmer que l'Administration et les individus entretiennent des rapports d'égalité. L'égalité entre l'Administration et les individus n'a pas été affirmée de façon explicite, par exemple dans une décision du Conseil d'Etat. En revanche, des indices contenus dans la jurisprudence témoignent que les rapports de l'Administration avec les individus tendent à s'égaliser dans des domaines très précis.

En effet, depuis son arrêt dit « du Bac d'Eloka » rendu en 1921, le Tribunal des conflits a développé une jurisprudence prévoyant l'application du droit privé et la compétence du juge judiciaire à l'égard de l'Administration pour les litiges relatifs à des services publics industriels et commerciaux (SPIC). Dans sa décision, le juge des conflits a justifié sa position à l'aide du principe d'égalité. Le Tribunal a, en effet constaté, que l'Administration exploitait « un service (...) dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » (en l'occurrence, un service de transport). Ainsi, c'est parce que l'Administration s'est mise au même niveau qu'un entrepreneur ordinaire que le même droit (le droit privé) est appliqué devant le même juge (le juge judiciaire).

Par ailleurs, depuis sa jurisprudence d'Assemblée Ville-nouvelle Est de 1971, le Conseil d'Etat a nettement fait évoluer les rapports entre l'intérêt des personnes publiques et l'intérêt des personnes privées, témoignant d'une égalisation des rapports entre ces personnes⁴⁸. Cette évolution, qui concernait les règles de l'expropriation dans la décision de 1971, a été étendue à d'autres matières. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'évaluer les conséquences

⁴⁶ PEQUIGNOT, Georges. **Théorie générale du contrat administratif**. Paris : Pédone, 1945. p. 589. Cf. également p. 593.

⁴⁷ TC, 13 octobre 2014, Société Axa IARD, req. n° 3963, Rec., p. 471.

⁴⁸ CE Assemblée, 28 mai 1971, **Ministre de l'Equipement et du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle Est »**, req. n° 78825, Rec., pp. 410-423 (concl. Guy BRAIBANT).

à tirer, soit de l'implantation irrégulière d'un ouvrage public⁴⁹, soit de l'annulation d'une décision de préemption d'un bien⁵⁰, le juge ne tient pas compte du seul intérêt public. Il prend en compte, à la fois, l'intérêt des personnes publiques et l'intérêt des personnes privées impliqués dans le litige.

En outre, plusieurs branches du droit s'appliquent désormais aux personnes publiques comme aux personnes privées, sans que les juges, y compris le juge administratif, n'opèrent de distinction du point de vue de la seule qualité de personne publique ou privée. Tel est le cas pour les matières suivantes:

- le droit de la concurrence⁵¹;
- le droit pénal⁵²;
- le droit à un procès équitable, issu de la Convention européenne des droits de l'Homme⁵³.

Plusieurs décisions du Conseil d'Etat sont intervenues dans les années 1990 pour affirmer l'application de ces branches du droit à l'égard de l'Administration, et ceci à égalité avec les individus.

Comme pour l'égalité entre les individus, le rôle du juge ne réside pas tant dans l'affirmation de l'égalité que dans sa concrétisation.

B. LA CONCRÉTISATION LIMITÉE DE L'ÉGALITÉ ENTRE L'ADMINISTRATION ET CERTAINES CATÉGORIES D'INDIVIDUS

L'égalité entre l'Administration et les individus ne peut se concrétiser que de façon limitée. Comme pour l'égalité entre les individus, un motif d'intérêt général peut justifier de déroger à l'égalité. En outre, un motif spécifique à l'Administration, lié à la puissance publique, peut justifier une telle dérogation.

La protection de la puissance publique ou même seulement des prérogatives de puissance publique peut justifier de déroger à l'égalité entre l'Administration et certains individus. Tel est le cas en droit de la responsabilité administrative. Lorsqu'une prérogative

⁴⁹ CE Section, 29 janvier 2003, **Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans**, req. n° 245239, Rec., p. 21 (concl. Christine MAUGUE).

⁵⁰ CE Section, 26 février 2003, **Monsieur et Madame Bour et autres**, req. n° 231558, Rec., p. 59.

⁵¹ CE Section, 3 novembre 1997, **Société Million et Marais**, req. n° 169907, Rec., p. 406 (concl. Jacques-Henri STAHL).

⁵² CE Assemblée, 6 décembre 1996, **Société Lambda**, req. n° 167502, Rec., p. 466 (concl. Denis PIVETEAU).

⁵³ Article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH.

de puissance publique est en cause, l'Administration conserve son privilège de juridiction. Ainsi, les litiges concernant les règles d'organisation et de fonctionnement du service relèvent du juge administratif, y compris s'ils concernent le salarié d'un SPIC⁵⁴. La protection de la puissance publique passe aussi par la protection des deniers publics, cette protection étant évidemment déniée aux personnes privées. Ainsi, une personne publique ne peut pas consentir une libéralité. A l'inverse, le juge administratif ne censure pas les libéralités des personnes privées en faveur de l'Administration⁵⁵.

En revanche, la situation de l'Administration, et notamment le préjugé de sa supériorité, explique le refus du juge d'appliquer certaines règles qui permettraient de résorber l'inégalité dans laquelle se trouve l'Administration par rapport à certaines personnes privées. Tel est le cas en droit de la consommation par exemple⁵⁶. En principe, les personnes publiques ne sont pas considérées comme des consommateurs, ni par le droit de l'Union européenne, ni par le droit français. Et la jurisprudence n'a pas cherché à faire évoluer cette situation. Le droit et la jurisprudence voient plutôt l'Administration comme un professionnel en position de supériorité dans ses rapports avec les personnes privées. En conséquence, les protections du droit de la consommation ne sont pas applicables aux personnes publiques. Ces protections ont pourtant vocation à égaliser les rapports entre « professionnels » et « consommateurs ». Et l'Administration mériterait parfois de bénéficier des protections du droit de la consommation.

L'Administration est parfois en position d'infériorité par rapport aux personnes privées. La globalisation de l'économie a créé des entreprises dont la dimension financière et, ou, géographique peut dépasser parfois celle des Etats et, désormais, assez souvent celles des collectivités infra-étatiques, notamment les communes ou les établissements publics. Certaines protections du droit de la consommation permettraient d'égaliser les rapports entre l'Administration et certaines personnes privées. Le Conseil d'Etat y est actuellement réticent. Une partie du chemin a été effectuée à l'occasion d'une décision ATMMP rendue en 2005. Le Conseil d'Etat a reconnu aux prestataires des personnes publiques la qualité de « professionnel »⁵⁷. Il reste à reconnaître à certaines personnes publiques la qualité de consommateur.

* * *

⁵⁴ TC, 15 janvier 1968, **Compagnie Air France contre Epoux Barbier**, req. n° 1908, Rec., p. 789.

⁵⁵ CE, 4 mai 2011, **CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan**, req. n° 334280, Rec., p. 205.

⁵⁶ Sur ce sujet, l'on se permet de renvoyer à BOURDON, Pierre. **Les droits et obligations des personnes publiques en droit de la consommation**. Revue de l'Union Européenne, Paris, n. 590, p. 434-441, 2015.p. 434-441.

⁵⁷ CE, 23 février 2005, **Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)**, req. n° 264712, Rec., p. 71.

Finalement, la question de l'égalité est bien loin d'être définitivement résolue et le contrôle juridictionnel de l'Administration publique devrait permettre de la faire encore évoluer. Deux enjeux méritent une attention toute particulière de la part du juge : la concrétisation de l'égalité entre les individus, d'une part, l'affirmation plus assumée de l'égalité entre l'Administration et certains individus, d'autre part. La mondialisation de l'économie ayant permis de créer de grands groupes de sociétés capables de dépasser – pour ne pas dire submerger – les Administrations publiques, un regard sur les pratiques et les règles dans les autres Etats, comme le Brésil, n'est évidemment pas superflu.

BIBLIOGRAPHIE

- BIOY, Xavier. **Droits fondamentaux et libertés publiques**. 4. éd. Coll. Cours. Paris: LGDJ, 2016.
- BLANC, Christian (dir.). **Pour un Etat stratège, garant de l'intérêt général**. Paris: La Documentation française, 1993.
- BOURDON, Pierre. **Les droits et obligations des personnes publiques en droit de la consommation**. Revue de l'Union Européenne, Paris, n. 590, p. 434-441, 2015.
- COHEN-TANUGI, Laurent. **Le droit sans l'Etat**. 2. éd. Coll. Quadrige. Paris: PUF, 2007.
- FOULETIER, Marjolaine. **Recherches sur l'équité en droit public français**. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris: LGDJ, 2003.
- FRANCE. Conseil Constitutionnel. 25 juillet 1979, **Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail**, déc. n° 79-105 DC, Rec. CC, p. 33.
- FRANCE. Conseil d'État. 13 juin 1980, **Madame Bonjean**, req. n° 17995, Rec., p. 274.
- FRANCE. Conseil d'État. 14 décembre 1981, **Huet**, req. n° 25679, Rec., p. 466.
- FRANCE. Conseil d'État. 19 octobre 1960, **Sieur Beaufort**, req. n° 37386, Rec., p. 545.
- FRANCE. Conseil d'État. 1^{er} juillet 1981, **Centre patronal d'études et d'actions professionnelles**, req. n° 18184.
- FRANCE. Conseil d'État. 23 février 2005, **Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATMMP)**, req. n° 264712, Rec., p. 71.
- FRANCE. Conseil d'État. 24 novembre 1982, **CFDT**, req. n° 14775, Rec., p. 393.
- FRANCE. Conseil d'État. 28 novembre 1821, **Pinondel**, req. n° 4819, Rec., p. 518 ; CE, 19 décembre 1821, Raguillet et consorts, req. n° 4652, Rec., p. 556.
- FRANCE. Conseil d'État. 30 novembre 1923, **Couitéas**, req. n° 38284, 48688, Rec., p. 789.

FRANCE. Conseil d'État. 7 décembre 1990, **Ministre de l'Éducation nationale contre Madame Buret**, req. n° 96209, Rec., p. 557.

FRANCE. Conseil d'État. 9 mai 1913, **Sieurs Roubeau et autres**, req. n° 47115, Rec., p. 521.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée plénière, 22 avril 1960, **Dame Legrand**, req. n° 19430, Rec., p. 261.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée plénière, 6 janvier 1956, **Syndicat national autonome du cadre d'administration générale des colonies et sieur Montlivet**, req. n° 7516, Rec., p. 4.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée publique, 1^{er} avril 1938, **Société L'Alcool dénaturé de Coubert**, req. n° 54715, 54825, Rec., p. 337.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 21 juillet 1972, **Union interfédérale des Syndicats de la préfecture de police et de la Sécurité nationale**, req. n° 75225, Rec., p. 584.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 28 mai 1971, **Ministre de l'Équipement et du logement contre Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « ville nouvelle Est »**, req. n° 78825, Rec., pp. 410-423 (concl. Guy BRAIBANT).

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 28 mars 1997, **Société Baxter**, req. n° 179049, Rec., p. 115.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 3 juillet 1936, **Demoiselle Bobard et autres**, req. n° 43239, 43240, Rec., p. 721.

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 6 décembre 1996, **Société Lambda**, req. n° 167502, Rec., p. 466 (concl. Denis PIVETEAU).

FRANCE. Conseil d'État. Assemblée, 9 juin 1978, **Ministre de l'Éducation contre Demoiselle Bachelier**, req. n° 5738, Rec., p. 239.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 11 mars 1960, **Ville de Strasbourg**, req. n° 3874, Rec., p. 194.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 22 juin 2007, **Lesourd**, req. n° 288206, Rec., p. 253.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 23 février 1968, **Sieur Michel**, req. n° 65169, Rec., p. 132.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 26 février 2003, **Monsieur et Madame Bour et autres**, req. n° 231558, Rec., p. 59.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 28 septembre 1962, **Sieurs Jourde et Maleville**, req. n° 58401, Rec., p. 508.

FRANCE. Conseil d'État. Section, 29 janvier 2003, **Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et Commune de Clans**, req. n° 245239, Rec., p. 21 (concl. Christine MAUGUE).

FRANCE. Conseil d'État. Section, 3 novembre 1997, **Société Million et Marais**, req. n° 169907, Rec., p. 406 (concl. Jacques-Henri STAHL).

FRANCE. Conseil d'État. Section, 9 mars 1951, **Société des concerts du conservatoire**, req. n° 92004, Rec., p. 151.

FRANCE. Conseil d'État. 4 mai 2011, **CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan**, req. n° 334280, Rec., p. 205.

FRANCE. Tribunal des Conflits. 15 janvier 1968, **Compagnie Air France contre Epoux Barbier**, req. n° 1908, Rec., p. 789.

FRANCE. Tribunal des Conflits. 3 octobre 2014, **Société Axa IARD**, req. n° 3963, Rec., p. 471.

GALBRAITH, John Kenneth. **La science économique et l'intérêt général**. Trad. Jean-Louis Cremieux-Brilhac et Maurice Le Nan. Paris: Gallimard, 1974.

GENEVOIS, Bruno; DELVOLVÉ, Pierre; BRAIBANT, Guy; WEIL, Prosper; LONG, Marceau. **Les grands arrêts de la jurisprudence administrative**. 21. éd. Paris: Dalloz, 2017.

LETOURNEUR, Maxime. **Les «principes généraux du droit» dans la jurisprudence du Conseil d'Etat**. Etudes et documents du Conseil d'Etat, Paris, n. 3, p. 19-31, 1951.

PACTEAU, Bernard. Préface. In: FOULETIER, Marjolaine. **Recherches sur l'équité en droit public français**. Coll. Bibliothèque de droit public. Paris : LGDJ, 2003.

PEQUIGNOT, Georges. **Théorie générale du contrat administratif**. Paris: Pédone, 1945.

PERELMAN, Chaïm. **Les notions à contenu variable en droit, essai de synthèse**. In: PERELMAN, Chaïm; VANDER ELST, Raymond. Les notions à contenu variable. Bruxelles: Bruylant, 1984.

ROBERT, Jacques; DUFFAR, Jean. **Droits de l'homme et libertés fondamentales**. 8. éd. Coll. Domat droit public. Paris: Montchrestien, 2009.

ROLLAND, Louis. **Précis de droit administratif**. 11. éd. Paris : Dalloz, 1957.

UNION EUROPÉENNE. **Cour de justice des Communautés européennes**. 16 décembre 2008, Arlecor, aff. n° C-127/07, Rec. CJCE, p. 9895.

UNION EUROPÉENNE. **Cour de justice des Communautés européennes**. 17 juillet 1963, Italie contre Commission, aff. n° C-13/63, Rec. CJCE, p. 337.

UNION EUROPÉENNE. **Cour de justice des Communautés européennes**. 30 juin 1988, Commission contre France, aff. n° 318/86, Rec. CJCE, p. 3559.

Y A-T-IL UN RECOURS POUR RENFORCER L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX? LES ACTIONS DE GROUPE EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

BERTRAND-LÉO COMBRADE*

SOMMAIRE:

- I. Des potentialités avérées. **A.** Des dispositifs originaux. **B.** Une procédure particulière.
- II. Une effectivité contrariée. **A.** Une voie de recours exigeante. **B.** Une articulation complexe.

Les droits fondamentaux étant désormais proclamés dans des textes juridiques qui occupent tous une place éminente dans la hiérarchie des normes, le principal défi auquel sont confrontés les États de droit réside aujourd'hui dans la mise en œuvre concrète de ces proclamations. À ce titre, les actions de groupe paraissent en mesure de compter parmi les dispositifs susceptibles d'œuvrer en faveur d'une plus grande effectivité de ces droits et libertés. La participation aux actes du colloque organisé en l'honneur de Madame le Professeur Jacqueline Morand-Devilleur à l'Université Pontificale Catholique du Paraná est l'occasion de s'interroger sur la validité de cette hypothèse.¹

L'action de groupe constitue une catégorie d'action collective qui peut être sommairement définie comme un recours permettant à un demandeur de porter en justice les réclamations d'un groupe indéterminé d'individus s'estimant victimes du comportement

* Maître de conférences en droit public à l'Université de Picardie-Jules Verne (Amiens, France). Chercheur au Centre universitaire de recherches sur l'action publique et le politique, épistémologie et sciences sociales (CURAPP-ESS - UMR 7319), Université de Picardie Jules Verne. Chercheur associé à l'Institut des sciences juridique et philosophique de la Sorbonne (ISJPS - UMR 8103), Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1). Docteur en Droit Public (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). E-mail : leocombrade@aol.com

¹ J'adresse mes plus sincères remerciements à mon ami le Professeur Daniel Wunder Hachem pour m'avoir proposé de participer à cet ouvrage collectif. Cette contribution reprend une partie des analyses développées dans un précédent article (Bertrand-Léo Combrade, « Les actions de groupe en droit administratif: une rénovation inaboutie du contentieux administratif », *in* Bertrand-Léo Combrade (dir.) 1968-2068, **La justice administrative en mutation**, Paris, Lextenso, Coll. CEPRISSA, 2019, p. 112-129).

fautif d'une personne. Initialement introduites aux États-Unis dans les années 1930, les « class actions » se sont progressivement diffusées dans de nombreux États à l'instar du Brésil, des États-Unis, du Portugal ou encore de l'Australie. Elle constitue, aujourd'hui, une voie de recours très populaire pour les citoyens comme pour les avocats. En témoignent, par exemple, les actions engagées à l'encontre de nombreux fabricants d'automobiles dans le cadre de l'affaire du « dieselgate »² ou celles visant la firme Apple en raison de l'obsolescence programmée de ses téléphones intelligents³.

En France, le premier dispositif d'action de groupe a été introduit par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (« loi Hamon »)⁴ dans le but de permettre aux consommateurs d'obtenir l'indemnisation de préjudices sans avoir à exercer eux-mêmes une action en justice. Aux termes de l'article L. 423-1 du code de la consommation, les associations de consommateurs agréées et représentatives au niveau national peuvent demander la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ayant pour cause commune le manquement d'un professionnel. L'article L. 423-17 de ce même code prévoit, en outre, son application selon certaines modalités aux litiges relevant du droit de la concurrence. Le mécanisme d'action de groupe a ensuite été étendu à d'autres domaines.

Depuis l'adoption de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé⁵, l'article L. 1143-1 du code de la santé publique prévoit que des usagers du système de santé placés dans une situation similaire ou identique peuvent désormais demander la réparation, par le biais d'une association d'usagers du système de santé agréée, des préjudices résultant de dommages corporels commis par un fabricant, un fournisseur ou un prestataire de produits de santé. Le législateur a poursuivi dans cette voie avec l'adoption de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle (« loi J21 »)⁶. D'une part, il a établi un socle de règles communes à toutes les actions de groupe, à l'exception de celles en matière de concurrence et de consommation⁷. D'autre, part, il a créé des régimes d'action de groupe assortis de certaines spécificités dans plusieurs nouveaux domaines : discrimination (une action « généraliste » couvrant les discriminations subies

² V. notamment Jean-Michel Hauteville, « Début du gigantesque procès du « dieselgate » en Allemagne », **Le Monde**, 30 septembre 2019.

³ Luke Stangel, « Report: Apple now faces 30 class-action lawsuits over iPhone slowdown », **Silicon Valley Business Journal**, 11 janvier 2018.

⁴ JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400.

⁵ V. également décret n° 2016-1249 du 26 sept. 2016.

⁶ JORF n° 0269 du 19 novembre 2016.

⁷ Art. L. 77-10-2 et suivants du code de justice administrative.

par les administrés, une autre concernant les discriminations imputables à un employeur public)⁸, environnement⁹ et protection des données à caractère personnel¹⁰.

Au-delà de la diversité des domaines dans lesquels ils ont été introduits, les mécanismes d'action de groupe poursuivent un certain nombre de finalités concordantes. D'une part, ils répondent à une recommandation de la Commission européenne en date du 11 juin 2013 qui invitait les États membres à se doter d'un cadre général pour l'action de groupe en mesure de s'adapter à tous les types de contentieux auxquels le législateur choisirait de l'ouvrir¹¹. D'autre part, ils sont destinés à renforcer l'effectivité du droit au recours en améliorant l'accessibilité du prétoire à des personnes victimes de dommages qui, en l'absence d'un tel mécanisme d'action collective, s'abstiendraient de saisir le juge. En effet, ainsi que le soulignent les professeurs Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, « les actions de groupe permettent à des victimes placées dans une situation de vulnérabilité [...] d'unir leurs forces et de sortir de leur isolement avec l'aide d'une association ayant qualité pour agir »¹².

Derrière cette préoccupation tenant à l'effectivité du droit au recours, garanti notamment par l'article 13 de la convention européenne des droits de l'homme et l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme, se devine un attachement à l'effectivité de l'ensemble des droits fondamentaux. En facilitant l'engagement de la responsabilité de personnes susceptibles d'avoir porté atteinte à des droits inscrits dans la Constitution ou dans une norme internationale à l'occasion de la commission d'un dommage, les mécanismes d'action de groupe devraient favoriser, en effet, une meilleure protection du respect de ces droits relevant des domaines couverts par les différents mécanismes d'actions de groupe. Il en va ainsi, en particulier, de la lutte contre les discriminations, de la protection de la santé ou de l'environnement.

Toutefois, si le lien entre actions de groupe et protection des droits fondamentaux s'impose à l'évidence, il convient de s'interroger sur le degré de concours apporté par cette nouvelle catégorie de recours à l'amélioration de la protection de ces droits. Or, six ans après l'inscription du premier mécanisme d'action de groupe en droit français, les effets de ces réformes apparaissent pour le moins contrastés. Au mois de juin 2020, sur les vingt-et-une actions de groupe qui avaient été introduites, aucune n'avait abouti à une reconnaissance de responsabilité. S'agissant plus précisément des mécanismes d'action de

⁸ Art. 1^{er} de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

⁹ Art. L. 142-3-1 du code de l'environnement.

¹⁰ Art. 43 ter de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

¹¹ Recommandation de la commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, JOUE, L 201/60, 26 juillet 2013.

¹² Stéphanie Hennette-Vauchez et Diane Roman, **Droits de l'Homme et libertés fondamentales**, Dalloz, 2020, 4^e éd., p. 642.

groupe devant le juge administratif, qui constitueront le cœur de cette étude, ils n'ont donné lieu qu'à trois recours. Les causes de la faible efficacité de ce nouveau modèle d'accès à la justice sont à rechercher du côté de ses carences structurelles. En effet, si les différents mécanismes d'action de groupe se présentent comme des dispositifs originaux, en mesure d'assurer une protection plus effective du respect des droits fondamentaux (I), le cadre juridique dans lequel ils ont été insérés se révèle beaucoup trop strict pour significativement renforcer le niveau de protection dont ces droits bénéficient déjà (II).

I. DES POTENTIALITÉS AVÉRÉES

L'intérêt doctrinal suscité par l'introduction des mécanismes d'action de groupe dans l'ordre juridique français résulte de l'originalité des procédures institutionnalisées, mais aussi des potentialités qu'elles recèlent s'agissant de l'effectivité de la garantie des droits et libertés fondamentaux. De telles potentialités apparaissent, d'une part, à la lumière des spécificités dont sont affectées les mécanismes d'action de groupe au regard des autres catégories d'action collective en défense d'intérêts individuels en vigueur (A), d'autre part, au regard de la spécificité de la procédure dans laquelle ces mécanismes d'action de groupe ont été inscrits (B).

A. DES DISPOSITIFS ORIGINAUX

Les régimes d'action de groupe introduits par la loi « J21 » dans le prolongement de la loi du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé apparaissent susceptibles de constituer un moyen innovant de protection juridictionnelle de l'effectivité de certains droits fondamentaux dans la mesure où ils constituent la négation de l'adage « Nul ne plaide par procureur » en l'absence de consentement préalable de ceux qui sont représentés. En application de cet adage traditionnel, dans son arrêt *Syndicat des patrons-coiffeurs de Limoges* de 1906 le Conseil d'État avait estimé que si l'action exercée par un syndicat ou une association permettait de faire respecter l'intérêt collectif d'un groupe, en l'absence de mandat spécial elle ne pouvait concerner les intérêts individuels de chacun des membres du groupe¹³. Dans le prolongement de cette jurisprudence, si le législateur a établi plusieurs mécanismes d'action collective, en droit privé comme en droit public il a longtemps pris soin de ne pas remettre en cause cette exigence de mandat spécial. En témoigne, par exemple, l'article 21-1 de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, prévoyant que des

¹³ Conseil d'État, 28 déc. 1906, n° 25521, **Lebon 977**, concl. Romieu.

locataires en litige avec un bailleur ayant une origine commune « peuvent donner par écrit mandat d'agir en justice en leur nom et pour leur compte à une association siégeant à la Commission nationale de concertation ».

Dans la période récente, le législateur a cependant assoupli cette exigence de mandat spécial. En témoignent les mécanismes d'actions en représentation conjointe en droit de l'environnement. Aux termes de l'article L. 142-3 du code de l'environnement, les associations agréées ont la faculté d'agir en réparation devant le juge au nom de toutes les personnes identifiées ayant subi un préjudice individuel causé par la même personne, et ce, à condition qu'elles aient été mandatées au moins par deux des personnes concernées. À ce jour, cependant, ce dispositif n'a connu qu'un succès limité en raison de sa lourdeur. La loi précise, en effet, que le mandat ne peut être sollicité et qu'il doit, en outre, être donné par écrit par chaque personne physique concernée¹⁴.

À la différence de l'action en représentation conjointe et des traditionnelles actions collectives en défense d'intérêts individuels, les dispositifs d'action de groupe permettent aux groupements désignés par la loi d'exercer une action en responsabilité pour le compte d'un groupe de personnes sans avoir reçu de mandat préalable de leur part. De ce point de vue, ces dispositifs ne sont pas sans évoquer l'action en reconnaissance de droit. Introduite par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle, cette nouvelle catégorie d'action collective permet la reconnaissance de droits individuels résultant de l'application de la loi ou du règlement, en faveur d'un groupe indéterminé de personnes ayant les mêmes intérêts¹⁵. Dans la mesure où toute illégalité est en principe fautive, il ne faut pas exclure que, spécialement dans le cadre de la protection des droits fondamentaux et du principe d'égalité, certaines actions en reconnaissance de droit soient conjuguées avec des actions de groupe. Ainsi, un syndicat de la fonction publique ayant qualité pour agir pourrait envisager d'exercer une action en reconnaissance de droit en vue du versement d'une prime non distribuée à certains fonctionnaires tout en formant une action de groupe « discrimination » en vue d'obtenir réparation du préjudice subi.

En dernière analyse, les potentialités ouvertes par les mécanismes d'action de groupe dépendent de l'imagination des groupements en mesure d'exercer de tels recours. Selon l'exemple donné par un député, une association de femmes fonctionnaires pourrait estimer que leur rémunération inférieure de 18 % par rapport à leurs collègues hommes, à profession équivalente, constitue une discrimination. Elle serait donc en droit d'intenter une action de groupe « discrimination » afin d'obtenir réparation de préjudice subi par toutes les

¹⁴ Art. L. 142-3 du code de l'environnement.

¹⁵ Art. L. 77-12-1 du code de justice administrative.

femmes se trouvant dans une situation comparable¹⁶. Dans le domaine environnemental, des personnes souffrant de la pollution ou de la nuisance sonore provoquée par un ouvrage public pourraient voir leurs intérêts individuels défendus par une association disposant de la qualité pour agir.

Au regard de leurs spécificités par rapport à d'autres actions collectives, les mécanismes d'action de groupe devant le juge administratif se présentent donc bien comme des vecteurs potentiels de renforcement de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Ces potentialités sont également mises en lumière par l'originalité du cadre procédural dans lequel s'inscrivent ces actions.

B. UNE PROCÉDURE PARTICULIÈRE

Sans nier les spécificités qui s'attachent à chacun d'entre eux, les dispositifs d'action de groupe s'inscrivent tous dans un cadre procédural comparable, qui semble *a priori* en mesure d'assurer une meilleure effectivité de la protection des droits fondamentaux.

En amont de la saisine du juge, à l'exception des actions de groupe en matière de consommation et de santé, les recours sont précédés d'une phase précontentieuse obligatoire. Autrement dit, le groupement ayant qualité pour agir doit adresser une mise en demeure préalable à l'auteur du dommage¹⁷. Hors les cas où ce groupement entend obtenir une réparation en nature par le biais d'une simple cessation du manquement, le législateur a prévu la possibilité de recourir à une procédure de médiation soumise à l'homologation du juge¹⁸. L'expérience des class actions aux États-Unis témoigne du fait que, bien souvent, cette phase préalable épargne l'engagement d'une procédure juridictionnelle.

En cas d'échec des alternatives non contentieuses, le juge est saisi de l'action de groupe. Devant le juge administratif, la procédure s'articule autour de deux phases : celle du jugement-cadre, qui reconnaît ou non le bien-fondé de la demande exprimée par le groupement, et celle de l'application de ce jugement-cadre, au cours de laquelle les personnes se trouvant dans la même situation vont pouvoir demander la réparation de leur préjudice.

Au stade du jugement-cadre, dans les cas où le groupement a la possibilité d'interester une action en cessation du manquement, le juge va enjoindre au défendeur de cesser le manquement, en accompagnant le cas échéant cette injonction d'une astreinte¹⁹. En

¹⁶ Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^e siècle, 6 mai 2016, p. 60.

¹⁷ Art. L. 77-10-5 du code de justice administrative.

¹⁸ Art. L. 77-10-16 du code de justice administrative.

¹⁹ Art. L. 77-10-6 du code de justice administrative.

présence d'une demande d'indemnisation, dans l'hypothèse où l'action de groupe serait rejetée, les personnes qui étaient susceptibles d'être concernées par cette action conservent la faculté d'exercer un recours individuel²⁰. Si la responsabilité de l'auteur du dommage est reconnue, il revient au juge de déterminer les critères à remplir pour adhérer au groupe, la nature des préjudices susceptibles d'être réparés et le délai durant lequel les personnes concernées par l'indemnisation peuvent adhérer à ce groupe²¹. Il faut souligner que ce jugement-cadre n'est que déclaratoire²². Le juge se prononce sur la responsabilité du défendeur, et non sur les préjudices subis par les victimes.

Lorsque ce jugement-cadre n'est plus contestable par voie d'appel ou de cassation, le juge administratif va ordonner au défendeur de procéder aux mesures de publicité adéquates qui permettront aux victimes potentielles de se faire connaître²³. Concernant les conditions de rattachement au groupe des personnes concernées par le jugement, le législateur avait *a priori* le choix entre deux options. Soit le modèle de l'option exclusive (dite d'« opt out ») retenu notamment aux États-Unis pour certaines class actions, dans lequel seules les personnes qui souhaitent être exclues du groupe doivent se manifester. Soit le modèle de l'option inclusive (« opt in »), dans lequel ce sont seulement les personnes souhaitant être incluses dans le groupe qui doivent se manifester²⁴. C'est finalement une option hybride qui a été retenue. Jusqu'au prononcé du jugement-cadre, l'action concerne un nombre indéterminé de personnes. Ensuite, il revient aux victimes potentielles de se prévaloir de ce jugement-cadre²⁵.

À ce stade, deux modalités d'indemnisation différentes sont possibles. D'une part, une procédure collective de réparation, censée concerner en priorité les préjudices sériels. Dans cette hypothèse, le demandeur à l'action est chargé de solliciter et négocier l'indemnisation des préjudices auprès de la personne reconnue responsable²⁶. Le juge est ensuite saisi afin d'homologuer l'accord total ou partiel, qu'il peut refuser s'il l'estime inéquitable²⁷. D'autre part, les articles L. 77-10-10 et suivants du code de justice administrative prévoient une procédure individuelle de réparation des préjudices, dans laquelle les victimes potentielles doivent adresser leur demande d'indemnisation à la personne déclarée respon-

²⁰ Art. L. 77-10-12 du code de justice administrative.

²¹ Art. L. 77-10-7 du code de justice administrative.

²² Florent Blanco, « L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif », *AJDA*, 2016, p. 2260.

²³ Art. L. 77-10-8 du code de justice administrative.

²⁴ Louis Boré, « L'aspect procédural de la responsabilité collective », in Yves Lequette et Nicolas Molfessis, **Quel avenir pour la responsabilité civile?**, Dalloz, 2015, p. 119.

²⁵ Art. L. 77-10-10 du code de justice administrative.

²⁶ Art. L. 77-10-13 du code de justice administrative.

²⁷ Art. L. 77-10-14 du code de justice administrative.

sable ou au groupement qui a porté l'action de groupe. Cette procédure individuelle devrait concerner les préjudices dont l'appréciation est plus délicate.

L'exercice d'une action de groupe n'interdit pas de former des requêtes individuelles. Simplement, dans les cas où elles ont le même objet, les justiciables seront informés de l'existence de cette action et se heurteront à un sursis à statuer dans l'attente de la résolution de cette action²⁸.

En ce qu'ils font peser la charge de l'action en justice sur un groupement et non sur les victimes potentielles d'un dommage, les mécanismes d'action de groupe sont susceptibles de favoriser une meilleure protection juridictionnelle des droits fondamentaux. Encore aurait-il fallu que le législateur s'assure de l'applicabilité de cette nouvelle voie de recours. Or, à ce jour, seules trois actions de groupe ont été adressées au juge administratif, dont aucune n'a abouti à une condamnation. L'identification des causes de ces maigres résultats apparaît nécessaire afin d'envisager des moyens d'améliorer l'efficacité de ces dispositifs.

II. UNE EFFECTIVITÉ CONTRARIÉE

Lors de l'élaboration des différents mécanismes d'action de groupe, le législateur a dû concilier l'objectif d'amélioration de l'effectivité de la protection des droits fondamentaux avec la nécessité de prévenir le risque d'une multiplication des recours fantaisistes ou de décisions de justice concluant au versement de dommages et intérêts colossaux. La situation étatsunienne, dans laquelle de grandes entreprises sont profondément déstabilisées par les actions de groupe formées par quelques grands cabinets d'avocat qui, en se réservant une marge substantielle, monopolisent ces voies de recours, semble avoir fait office de repoussoir.

Toutefois, l'analyse des premiers effets produits par cette réforme laisse penser que le Parlement a fait preuve d'une prudence excessive dans l'établissement des différents dispositifs d'action de groupe. En effet, ainsi que l'a relevé un récent rapport parlementaire, « le bilan de cette nouvelle procédure est décevant »²⁹. Sur les trois actions de groupe adressées au juge administratif depuis 2016, la première a donné lieu à une ordonnance de désistement tandis que les deux autres ont abouti à une décision de rejet³⁰. Si l'on ne peut exclure que cette situation résulte, en partie, de précautions prises en amont par les personnes publiques et les personnes privées chargées d'une mission de service public afin d'éviter les recours, il importe de prendre également en considération les causes juridiques

²⁸ Article R. 77-10-3 et article R. 77-12-3 du code de justice administrative.

²⁹ Assemblée nationale, Rapport établi par la commission des lois sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, 11 juin 2020, p. 6.

³⁰ *Ibid.*, p. 25.

de cette faible effectivité de la réforme. À ce titre, l'usage des dispositifs d'action de groupe à des fins de protection plus effective des droits fondamentaux semble tenu en échec par les obstacles qui jalonnent cette voie de recours (A), mais aussi par le manque d'intelligibilité des mécanismes en vigueur (B).

A. UNE VOIE DE RECOURS EXIGEANTE

L'analyse de certains caractères des mécanismes d'action de groupe met en lumière plusieurs limites susceptibles de décourager l'introduction de tels recours devant le juge administratif.

Il faut souligner, tout d'abord, que l'action de groupe est une procédure qui, en raison de sa longueur, peut décourager les administrés et les groupements chargés du recours. Outre les quatre mois de mise en demeure préalable du défendeur et l'éventuelle médiation d'une durée de plusieurs mois qui peut échouer, déjà évoqués, il faut envisager les règles encadrant la procédure d'appel. Par exception à la règle du caractère non suspensif des recours en appel en contentieux administratif³¹, les appels formés dans le cadre des actions de groupe ont un effet suspensif³². Il en va de même en cas de recours en cassation. Autrement dit, dans l'hypothèse d'un appel ou d'un recours en cassation formé contre le jugement sur la responsabilité du défendeur, les éventuelles victimes ne pourront entamer leurs démarches de demande d'indemnisation avant le jugement définitif.

La seconde cause de l'incapacité de ces recours à contribuer à une meilleure protection des droits fondamentaux résulte de la rigueur dont a fait preuve le législateur dans la détermination des groupements ayant qualité pour agir pour le compte d'administrés dont ils n'ont pas reçu de mandat. Le régime d'action de groupe en matière de santé est le seul à faire exception en conférant qualité pour agir aux associations d'usagers agréées au niveau national ou régional dès lors qu'elles ne commercialisent pas certains produits de santé³³. En application de ce dispositif, l'association d'aide aux parents d'enfants souffrant du syndrome de l'anticonvulsivant a introduit une action de groupe « santé » contre le laboratoire Sanofi devant le juge judiciaire. Toutefois, en pratique, dans la mesure où près de 500 groupements ont qualité pour agir, un risque de « télescopage » entre les actions n'est pas à exclure³⁴. Concernant les autres régimes d'action de groupe, la qualité pour agir a été définie

³¹ Art. R. 811-14 du code de justice administrative.

³² Art. L. 77-10-25 du code de justice administrative.

³³ Art. R. 142-11 du code de l'environnement.

³⁴ Kami Haeri et Benoît Javaux, « L'action de groupe en matière de produits de santé: une procédure complexe à l'efficacité incertaine », dans **Recueil Dalloz**, 2016, p. 330 ; Soraya Amrani-Mekki, « Santé publique - Action de groupe santé Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices », dans **La Semaine Juridique Edition Générale**, n° 6, 8 février 2016, p. 146.

beaucoup plus restrictivement. Pour s'en tenir aux règles relevant du socle commun des régimes d'action de groupe, seules les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte ont la faculté d'exercer de telles actions³⁵. Sur cet aspect, la loi marque un recul par rapport aux préconisations du rapport Bévalal, selon lequel les associations simplement déclarées devaient être habilitées à exercer une action de groupe³⁶.

Au regard de la faible effectivité des dispositifs introduits, dans le cadre d'une réforme ultérieure le législateur ne pourra faire l'économie d'une réflexion sur l'opportunité d'élargir la catégorie des groupements susceptibles d'exercer une telle action, par exemple en réduisant le délai de déclaration des associations³⁷. En outre, dans la mesure où l'exercice d'une action de groupe implique nécessairement certaines capacités financières et d'expertise juridique, l'extension éventuelle de la catégorie des groupements ayant qualité pour agir pourrait être accompagnée de la création d'un fonds de participation au financement de l'action de groupe³⁸.

Dans l'attente d'éventuelles adaptations, les régimes d'action de groupe demeurent donc des dispositifs insuffisamment accessibles pour rénover en profondeur les moyens juridiques de protection des droits fondamentaux, et ce, d'autant plus qu'ils ont été insérés dans des dispositifs peu lisibles.

B. UNE ARTICULATION COMPLEXE

Au-delà de la longueur de la procédure et de la définition restrictive des groupements ayant qualité pour agir, l'analyse des différents dispositifs met en lumière leur manque d'intelligibilité qui, à l'évidence, tient largement en échec la capacité de la réforme à améliorer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

En effet, contrairement à ce que la loi « J21 » pourrait laisser penser, il n'existe pas un régime général, mais des régimes particuliers d'action de groupe. Si le législateur a bien établi un socle procédural de règles communes à l'action de groupe dans la loi du 18 novembre 2016, il a exclu de ce socle l'action de groupe en matière de consommation. En outre, ce socle commun est un peu artificiel dans la mesure où il renvoie à des dispositifs

³⁵ Art. L. 77-10-4 du code de justice administrative.

³⁶ Philippe Bévalal, *op.cit.*, p. 21.

³⁷ Dans ce sens, V. Assemblée nationale, Rapport établi par la commission des lois sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, *op. cit.*, p. 46.

³⁸ Dispositif maladroitement introduit dans la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté de 2017 qui a fait l'objet d'une censure par le Conseil Constitutionnel.

d'action de groupe éparpillés dans divers lois et codes (code de l'environnement, code de la santé publique, loi informatique et libertés...), lesquels contiennent chacun leurs spécificités.

Ainsi, par exemple, jusqu'à l'adoption de la loi du 20 juin 2018, l'action de groupe « données personnelles » permettait de faire cesser un manquement, mais nullement d'obtenir indemnisation des préjudices subis. L'action de groupe « santé », quant à elle, n'est ouverte que pour la réparation des « préjudices résultant de dommages corporels subis par des usagers du système de santé »³⁹, et non pour les préjudices matériels. Au sein des actions de groupe « discrimination », tout comme en matière de santé, il conviendra de distinguer entre les préjudices imputables à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public, qui relèveront du juge administratif, et les préjudices résultant d'un manquement commis par une personne privée, qui relèveront du juge judiciaire. Une telle diversité ne favorise pas l'intelligibilité de la logique de l'action de groupe et remet en cause sa capacité à constituer un vecteur de protection renforcée des droits fondamentaux.

Sans doute, l'établissement d'un authentique droit commun de l'action de groupe aurait nié les spécificités inhérentes à chaque domaine couvert par ces actions. L'établissement d'un tel kaléidoscope de règles interroge cependant, dans la mesure où il ne concourt pas à l'effectivité de cette nouvelle voie de recours. Il n'exclut pas, en outre, que le juge soit prochainement confronté à des recours qui relèveront de plusieurs régimes d'action de groupe, par exemple en matière de santé et de consommation. Dans un avenir proche, à condition qu'il entende effectivement améliorer l'effectivité de cette voie de recours, le législateur pourrait donc envisager de clarifier l'articulation entre les différents dispositifs en vigueur. La solution pourrait provenir de l'établissement d'un véritable cadre procédural universel tenant compte à la marge des spécificités de certaines actions de groupe⁴⁰.

Enfin, alors que la question de l'opportunité du maintien de la dualité juridictionnelle a encore été récemment discutée en haut lieu⁴¹, dans l'optique de la prévention de questionnements relatifs à l'ordre juridictionnel compétent pour certaines actions de groupe, rien n'interdirait de confier l'ensemble du contentieux des actions de groupe aux juridictions de

³⁹ Art. L. 1143-1, al. 3 du code de la santé publique.

⁴⁰ Dans le même sens, V. Assemblée nationale, Rapport établi par la commission des lois sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, *op. cit.*, p. 40 ; Soraya Amrani-Mekki, « L'action de groupe du 21^e siècle, un modèle réduit et réducteur ? », dans *JCP*, 2015, p. 1196 ; Soraya Amrani-Mekki, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », dans *JCP*, 2016, p. 1340 ; B.-L. Combrade, « Regards croisés sur l'action de groupe et l'action en reconnaissance de droits dans la loi "J21" », Lexbase Hebdo - édition publique, 16 novembre 2017, p. 12.

⁴¹ Bertrand Louvel, « **Pour l'unité de juridiction** », 25 juillet 2017 (disponible à l'adresse internet suivante : https://www.courdecassation.fr/IMG//Tribune_Pour_l unite_de_jurisdiction.pdf) ; Jean-Marc Sauvé, « Dialogue entre les deux ordres de juridiction », 21 juillet 2017 (disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/106687/1070305/version/1/file/2017-07-21%20-%20ENM%20-%20VF.pdf>).

l'ordre judiciaire⁴². En effet, le principe fondamental reconnu par les lois de la République dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 janvier 1987, attribuant au juge administratif la compétence pour l'annulation ou la réformation des décisions prises par l'administration dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, n'exclut pas le transfert d'un tel bloc de compétences au juge judiciaire⁴³.

En raison de ces limites, en l'état actuel du droit positif les mécanismes d'action de groupe sont largement concurrencés par des actions conjointes (parfois habilement appelées « actions groupées ») menées par des cabinets d'avocats. Rien ne leur interdit, en effet, de se faire mandater par des victimes d'un dommage causé par une personne publique pour exercer une action en justice⁴⁴. C'est dans cette perspective que fleurissent sur internet des plateformes dont l'objet est de regrouper des victimes d'un même litige afin qu'elles mandatent un même avocat pour exercer une action en justice.

* * *

En définitive, l'introduction de mécanismes d'action de groupe devant le juge administratif n'a pas significativement renforcé, à ce jour, l'effectivité de la protection des droits fondamentaux. Parce qu'elle s'insère dans un cadre trop strict, cette nouvelle voie de recours ne constitue pas un moyen juridictionnel de réclamation réellement opératoire pour les administrés. Gageons que le législateur donnera suite aux recommandations exprimées tant par la doctrine que par des rapports parlementaires en vue d'améliorer l'accessibilité des régimes d'action de groupe. C'est à ce prix que cette réforme pourra être comptée parmi les dispositifs contribuant à la mise en oeuvre concrète des droits fondamentaux.

⁴² Christophe Fardet, « L'action de groupe en droit administratif », in Olivier Renaudie, **L'intérêt à agir devant le juge administratif**, Berger-Levrault, 2015, p. 159.

⁴³ N° 86-224 DC, JO du 25 janvier 1987, p. 924.

⁴⁴ Assemblée nationale, Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, présenté par M. Damien Abad et M. Philippe Kernel, 19 octobre 2016, p. 19.

BIBLIOGRAPHIE

- AMRANI-MEKKI, Soraya. **Santé publique - Action de groupe santé Un nouveau modèle pour de nouveaux préjudices**, La Semaine Juridique Edition Générale, n° 6, 8 février 2016, p. 146.
- AMRANI-MEKKI, Soraya. **L'action de groupe du 21e siècle, un modèle réduit et réducteur?** JCP, 2015, p. 1196.
- AMRANI-MEKKI, Soraya. **Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du 21^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016**, JCP, 2016, p. 1340.
- BLANCO, Florent. **L'action de groupe en reconnaissance de responsabilité devant le juge administratif**, AJDA, 2016, p. 2260.
- BORE, Louis. **L'aspect procédural de la responsabilité collective**, in LEQUETTE, Yves; MOLFESSIS, Nicolas. Quel avenir pour la responsabilité civile ? Paris, Dalloz, 2015.
- COMBRADE, Bertrand-Léo. **Les actions de groupe en droit administratif: une rénovation inaboutie du contentieux administratif**, in COMBRADE, Bertrand-Léo (dir.) 1968-2068, La justice administrative en mutation. Paris, Lextenso, Coll. CEPRISCA, 2019, p. 112-129.
- COMBRADE, Bertrand-Léo. **Regards croisés sur l'action de groupe et l'action en reconnaissance de droits dans la loi "J21"**, Lexbase Hebdo - édition publique, 16 novembre 2017, p. 12.
- FARDET, Christophe. **L'action de groupe en droit administratif**, in RENAUDIE, Olivier. L'intérêt à agir devant le juge administratif, Berger-Levrault, 2015.
- FRANCE. Assemblée nationale, **Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation**, présenté par M. Damien Abad et M. Philippe Kemel, 19 octobre 2016.
- FRANCE. Assemblée nationale, **Rapport établi par la commission des lois sur le bilan et les perspectives des actions de groupe**, 11 juin 2020.
- FRANCE. Assemblée nationale, **Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi (n° 3204), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, de modernisation de la justice du XXI^e siècle**, 6 mai 2016.
- FRANCE. Conseil d'État, 28 déc. **1906, n° 25521, Lebon 977**, concl. Romieu.
- HAERI, Kami ; JAVAUX, Benoît. **L'action de groupe en matière de produits de santé: une procédure complexe à l'efficience incertaine**, Recueil Dalloz, 2016, p. 330.
- HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie; ROMAN, Diane. **Droits de l'Homme et libertés fondamentales**, 4^e éd., Paris, Dalloz, 2020.
- HAUTEVILLE, Jean-Michel. **Début du gigantesque procès du « dieselgate » en Allemagne**, Le Monde, 30 septembre 2019.

LOUVEL, Bertrand. **Pour l'unité de juridiction**, 25 juillet 2017. (disponible à l'adresse internet suivante : https://www.courdecassation.fr/IMG///Tribune_Pour_l_unite_de_jurisdiction.pdf).

SAUVÉ, Jean-Marc. **Dialogue entre les deux ordres de juridiction**, 21 juillet 2017. (disponible à l'adresse internet suivante : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/106687/1070305/version/1/file/2017-07-21%20-%20ENM%20-%20VF.pdf>).

STANGEL, Luke. **Report: Apple now faces 30 class-action lawsuits over iPhone slowdown**, Silicon Valley Business Journal, 11 janvier 2018.

PARTE II



DIREITOS SOCIAIS, IGUALDADE E CONTROLE JUDICIAL DE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E SUA EFETIVAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL: TENTANDO IDENTIFICAR ALGUNS PARÂMETROS

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO*

SUMÁRIO:

1. Algumas notas iniciais. 2. A crescente importância do Poder Judiciário no Brasil e algumas de suas causas. 3. Do Estado de Direito ao Estado Constitucional. 4. O fortalecimento da jurisdição constitucional com o Pós-Positivismo. 5. O Neoconstitucionalismo. 6. Tentativa de alguns parâmetros processuais para a efetivação judicial de direitos prestacionais. 7. Conclusões.

1. ALGUMAS NOTAS INICIAIS

Este texto se destina a compor obra coletiva em homenagem à consagrada Professora Jaqueline MORAND-DEVILLER, Professora Emérita da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, estudiosa do Direito Administrativo, seus institutos e instituições.

A proposta deste capítulo da obra coletiva, sob a coordenação dos eminentes professores Daniel Wunder Hachem (PUC/PR e UFPR) e David Capitant (Université Paris 1 Sorbonne-Panthéon), é abordar a efetivação dos direitos prestacionais¹ no Brasil em um contexto de valorização da jurisdição constitucional, bem como expor tentativas de parâmetros para a imposição judicial da efetivação de tais direitos.

* Professor da Faculdade Boa Viagem/DeVr (Recife – PE, Brasil). Mestre e Doutorando em Direito Constitucional e Processual pela Universidade Federal de Pernambuco. Visiting Student Researcher/University of California, Berkeley, bolsista CAPES. Estágio pós-doutoral na Université Paris I – Panthéon/Sorbonne. Visiting Scholar/University of British Columbia. Professor da UNIFBV. Membro do Grupo REC de Estudos Constitucionais. Membro da Associação Norte Nordeste de Professores de Processo (ANNEP). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. E-mail: luizdinizaraujo@hotmail.com.

¹ Aqui se emprega a expressão “direitos prestacionais” designando direitos fundamentais que demandam um agir, um *facere* estatal para a sua adequada efetivação.

2. A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E ALGUMAS DE SUAS CAUSAS

O Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional vêm assumindo, especialmente nas últimas duas décadas, uma crescente importância na organização dos poderes no Brasil. Podem ser apontadas como concorrentes para esse fenômeno algumas causas:

(i) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, transição histórica que fez surgir a ideia de constituição como norma jurídica e que conduziu ao reforço do papel do Poder Judiciário, que passou, em diversos ordenamentos, a ser o guardião dos direitos fundamentais;

(ii) a superação do Positivismo Exegético e o advento do Pós-Positivismo, que representaram a passagem da concepção do juiz como mero aplicador do Direito posto à concepção do juiz como intérprete e criador do Direito;

(iii) a propagação do conjunto de ideias (às vezes fugidias) que subjazem ao rótulo de Neoconstitucionalismo, envolvendo a revalorização da força normativa da constituição e o papel do Judiciário como instituição incumbida de interpretar e efetivar o seu conteúdo.

Cada uma dessas causas será apresentada em maior detalhes nos tópicos 3,4 e 5, que seguem.

3. DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL

A passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional contribuiu de forma importante para a valorização do papel do juiz na organização de poderes de diversos países do mundo ocidental, com reflexos inequívocos no Brasil.

As Revoluções americana e francesa, em fins do séc. XVIII, marcaram o êxito do movimento constitucionalista no mundo, no bojo do qual se solidificaram as concepções de Estado de Direito Liberal, Estado de Direito Social e Estado Democrático de Direito.

Apesar do advento das constituições do fim do século XVIII, como é o caso da Constituição dos Estados Unidos, da Primeira Constituição Francesa e, no início do século XIX, da primeira Constituição Brasileira, essa centúria é conhecida como o século do “Estado de Direito” (*Rechtstaat*, na expressão alemã) e não, ainda, do Estado Constitucional, na acepção que conhecemos hoje.

A II.^a Guerra Mundial foi um acontecimento histórico que contribuiu para se pôr em xeque o otimismo liberal expresso na crença em uma justiça natural imanente às relações

econômicas e sociais e marcou, por consequência, a crise de uma visão idealizada de separação radical entre Estado e Sociedade².

A nova natureza do Estado, agora preocupado também com a criação de uma situação que permitisse a cada indivíduo o desenvolvimento de sua personalidade, provoca alterações no entendimento dos direitos fundamentais e das técnicas jurídicas destinadas a protegê-los.

É nesse estágio histórico que cabe falar em surgimento do Estado Constitucional na sua plenitude, o qual é marcado pela oposição às ideias positivistas e pela concepção do Direito a partir de uma experiência essencialmente valorativa.

A lei cede passo, assim, à constituição, é destronada em favor de uma instância mais alta. A divisão de poderes perde o seu caráter de repartição mecanicista e estanque de funções – legislativa, executiva e judicial. Passa a ser compreendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do poder.

Dessa forma, no Estado Constitucional, em decorrência da força normativa que a constituição passa a ter, surge a necessidade de uma instância de poder destinada a aplicá-la. Em diversos países do mundo, como é o caso dos Estados Unidos, do Brasil, do Canadá e de diversos estados europeus, latino-americanos e asiáticos, por exemplo, o Poder Judiciário assume proeminência.

4. O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL COM O PÓS-POSITIVISMO.

O Positivismo Exegético se constituiu como proposta de confirmação do movimento jurídico que tentava atribuir caráter científico ao Direito. No final do século XIX, desempenhou a importante função de superar as incertezas causadas pela aplicação da Teoria do Direito Jusnaturalista, que surgira como alternativa jurídico-moral aos excessos monárquicos e da nobreza.

O postulado sobre o qual se funda o Positivismo é o de que nenhum dos poderes constituídos é senhor do significado das normas, uma vez que elas lhes são exteriores. Os poderes constituídos, incluindo o tribunal constitucional, nada acrescentam, nada criam. Apenas aplicam uma norma cujo significado é imposto e da qual é tão-somente porta-voz.

² HILBINK, Lisa. Beyond manychearism: assessing the New Constitutionalism, **Maryland Law Review**, Baltimore, v. 65, issue 1, p. 15-31, 2006.

A partir dos anos 50 do século XX, especialmente a partir de uma falsa percepção de que o Positivismo Jurídico havia contribuído para a ascensão do Nacional-Socialismo, a doutrina entrou em declínio e passaram a ganhar espaço teorias e escolas alternativas a ele.

Nessa passagem do Positivismo Exegético ao Positivismo Normativista (Kelseniano), verificava-se o crescimento do poder regulador do Estado, nas primeiras décadas no século XX e o fracasso dos modelos sintático-semânticos de interpretação. Aparece, então, o problema da indeterminação do significado do Direito. O Positivismo Normativo se propôs a fazer a passagem da razão à vontade, a partir da incorporação de teses voluntaristas-axiológicas³.

Esse retrato europeu e norte-americano em pleno debate demora a chegar ao Brasil, onde o Positivismo Jurídico, até a década de 1990, é a grande opção epistemológica. No final dos anos 90, uma postura “pós-positivista” se fez perceber, com a implementação de um direito principiológico e de uma constituição aberta, interpretada por todos os juízes e por toda a comunidade jurídica.

Assim, o aspecto humano passa a ser considerado de grande importância na interpretação do direito, enquanto a concepção positivista centrava elevada importância na lógica formalista e abstrativista. O Positivismo eliminava a *práxis* do cerne da questão, o que o Pós-Positivismo se propõe a questionar. Essa corrente, a partir do momento em que coloca ênfase a interpretação e a aplicação do direito, não pode fugir do caso concreto, tampouco do estudo da interpretação.

O Pós-Positivismo bebeu à fartura da fonte de KELSEN. Com efeito, ele já dizia na Teoria Pura que as sentenças criam direito sob a forma de normas particulares. Em suas palavras⁴:

A juris-dictio ou “ato de dizer o direito” não tem o caráter simplesmente declarativo que sugerem esses termos e que afirmam certas teorias, para as quais o direito já se encontra totalmente contido na norma geral da lei e o tribunal não tem outra missão que não a de verificar a sua existência. A jurisdição tem, ao contrário, um caráter francamente constitutivo. É um verdadeiro ato criador do direito (...).

Na fase pós-positivista, o sistema é dotado de valores, os quais estão nas leis, mas também nas constituições estatais. Junto às regras, existem também os princípios. Não mais aqueles princípios de baixa normatividade, como era próprio da concepção positivista clássica, mas princípios com uma força normativa tal capaz até de influir decisivamente na forma de interpretação das regras. E o juiz se afirma como intérprete e criador do Direito nos casos que julga.

³ STRECK, Lenio Luiz. Reflexión Hermenéutica sobre la Relación “Neoconstitucionalismo-Positivismo Jurídico”. In: POZZOLO, Susanna (coord.). **Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos**. Palestra Editores, Lima, 2011.

⁴ KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Eudeba. Buenos Aires. 2010.

5. O NEOCONSTITUCIONALISMO

O Neoconstitucionalismo, como Teoria do Direito, concebe um modelo de sistema jurídico de uma constituição “invasora”, em que se destacam três fenômenos: a) a positividade de direitos fundamentais; b) a onipresença de princípios e regras na constituição; c) particularidades na interpretação e aplicação da constituição em relação à interpretação e à aplicação das leis. Assim, aponta para a superação do estatalismo, do legicentrismo e do formalismo interpretativo⁵.

O Neoconstitucionalismo almeja o afastamento das concepções do Positivismo Teórico e a transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, sendo a sua principal arma de ataque ao Positivismo a presença dos princípios como critérios de interpretação⁶.

Verificam-se, como consequência, alguns fenômenos que merecem destaque:

- a) diluição de fronteiras entre as áreas do Legislativo e do Executivo;
- a) reforço da separação, independência e relevância do Poder Judiciário;
- a) reavaliação das relações entre política e jurisdição, com a atribuição ao Poder Judiciário do controle da Administração e de alguns atos políticos em confronto com a constituição;
- a) desenvolvimento de novos mecanismos de limitação efetiva do poder, como o encorajamento do pluralismo e o reconhecimento dos direitos da oposição e das minorias políticas, bem como do direito de alternância política.

O Neoconstitucionalismo, no Brasil, representa a superação no plano teórico-interpretativo do “paleo-juspositivismo”, sendo esse o Positivismo codificante e da interpretação meramente sintático-semântica da Escola da Exegese francesa⁷.

Apresentam-se, assim, como características do Neoconstitucionalismo a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.

⁵ COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico. **Isonomía: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 16, p. 90-112, abril 2002.

⁶ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In VICIANO PASTOR, Roberto (ed.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

⁷ STRECK, Lenio Luiz. Reflexión Hermenéutica sobre la Relación “Neoconstitucionalismo-Positivismo Jurídico”. In: POZZOLO, Susanna (coord.). **Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos**. Palestra Editores, Lima, 2011.

6. TENTATIVA DE ALGUNS PARÂMETROS PROCESSUAIS PARA A EFETIVAÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS PRESTACIONAIS

Conforme demonstrado, a superação do Positivismo Legalista levou à perda pela lei do papel central no Direito, em geral, e no Direito Administrativo, em particular. Esse fenômeno resultou do reconhecimento, a partir da segunda metade do século XX, do caráter normativo das normas constitucionais, que consagram princípios de caráter geral, bem como aplicados especificamente à administração pública⁸.

O Poder Judiciário é, portanto, chamado a examinar os atos de governo não apenas em contraste com a lei, senão com o ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, ocorre a ampliação do conceito de legalidade, que passa a abranger a legitimidade e a moralidade dos atos da administração⁹.

Esse processo ocorreu em um contexto de desvalorização moral e social da lei como técnica de governo das ações humanas. A lei passa a ser simplesmente meio técnico da estrutura administrativa burocrática. A essa concepção formalista do direito passa a se contrapor uma concepção substancialista, significando que a integração das leis se realizasse com apoio aos princípios gerais de direito¹⁰.

Esse entendimento está relacionado à constatação de que inclusão de temas em leis, nos diversos acordos momentâneos de interesses, encontra nos princípios constitucionais um mínimo conteúdo referencial. Assim, o juiz administrativo, em seu ofício, deve julgar as condutas da administração em confronto não apenas com a lei, mas com normas constitucionais.

Por outro lado, a imposição da efetivação de direitos prestacionais ao Estado muitas vezes depende de decisões complexas, como é o caso de imposições para adequações de prédios públicos a critérios de acessibilidade, para análise de benefícios previdenciários em determinados prazos, para reformas em escolas públicas, para incrementos no sistema de saúde, para melhoria nas prestações de serviços públicos em geral, entre diversas outras.

O atendimento a tais imposições depende de uma série de decisões e procedimentos administrativos prévios que dizem respeito a orçamento, elaboração de projetos, fases interna e externa de licitações, obtenção de atestes orçamentários, assinaturas de contratos, todas muitas vezes complexas e, de certa forma, impossíveis de se cumprir em curto tempo.

⁸ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo judicial: possibilidade e limites*. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 92-117, Dialética, Belo Horizonte.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**. Almedina, Coimbra, 2014.

¹⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. *Ativismo judicial: possibilidade e limites*. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 92-117, Dialética, Belo Horizonte.

Dessa forma, algumas sugestões processuais se apresentam para que as ordens judiciais de cumprimento de direitos prestacionais sejam razoáveis e efetivas:

• Negócios jurídicos processuais, calendário processual e cláusula geral executiva para que se estabeleçam cronogramas de cumprimento em etapas

O artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 estabelece a possibilidade de as partes firmarem negócios jurídicos processuais e o artigo 191 do mesmo diploma regula a possibilidade de as partes fixarem em conjunto com o magistrado calendário para a realização de atos processuais. Esse calendário pode ser realizado em fase executiva, para a finalidade de cumprimento dos atos executivos pelas partes.

Essa técnica foi adotada, por exemplo, em sede da Ação Civil Pública n.º 0802910-47.2019.4.05.8302, em tramitação perante a 37.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em que as partes (Ministério Público Federal x Instituto Nacional do Seguro Social) fixaram calendário em audiência, em conjunto com o magistrado, para que medidas administrativas e de gestão de servidores fossem adotadas com a finalidade de abreviar o tempo de análise de requerimentos de benefícios previdenciários aguardando em fila.

Mesma técnica foi adotada em sede da Ação Civil Pública n.º 0800527-78.2014.4.05.8300, em tramitação perante a 7.^a Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, em que as partes (Ministério Público Federal x INSS) vêm mantendo negociação para se fixar um cronograma de reforma de todas as Agências da Previdência Social no âmbito da Gerência Executiva em Recife/PE), com a finalidade de que sejam atendidos a requisitos de acessibilidade.

Cabe trazer, ademais, que o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 institui a chamada cláusula geral executiva, que permite ao magistrado adotar as medidas de coerção, indutivas e mandamentais mais adequadas ao cumprimento das ordens judiciais.

Todos esse cabedal (negócios jurídicos processuais, calendário processual, cláusula geral executiva) compõe um conjunto necessário ao conceito de processo estrutural, em que as ordens judiciais levam em consideração particularidades do caso concreto, com a direta participação dos demais sujeitos processuais.

Convém lembrar que o artigo 19 da Lei n.º 7.347/1985 estabelece que se aplicam à ação civil pública (e, por conseguinte, ao subsistema de ações coletivas) os dispositivos não conflitantes do Código de Processo Civil.

• Valorização de técnicas negociais (mediação, conciliação¹¹) sobre mérito da demanda.

Convém registrar, a esse respeito, que conciliações envolvendo a Administração Pública já são realidade relativamente antiga no Direito Brasileiro, as quais foram reforçadas pela adoção do Sistema Multiportas de Resolução de Conflitos pelo Código de Processo Civil de 2015, bem como do artigo 34 e seguintes da Lei n.º 13.140/2015, que regula o uso da mediação no âmbito da Administração Pública Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

Exemplo emblemático é a Ação Popular 0814745-72.2018.4.05.8300, em tramitação perante a 3.ª Vara Federal da Seção Judiciária de Pernambuco, proposta pelo cidadão Jaime Jemil Asfora Filho contra o Instituto Nacional do Seguro Social postulando a anulação de atos normativos que destinaram área localizada no Município do Recife a um parque urbano ainda nos anos 1980. Diante da complexidade do tema, que envolveria uma série de medidas administrativas, o magistrado abriu a possibilidade de as partes resolverem a demanda de forma consensual.

Outro exemplo ocorreu em sede do Mandado de Segurança Coletivo n.º 0800915-68.2020.4.05.8300, em tramitação perante a 9.ª Vara Federal de Pernambuco. O processo foi proposto pela Seccional da OAB/PE contra autoridades vinculadas ao INSS, com a finalidade de se obter análise de requerimentos de benefícios previdenciários em tempo mais curto do que o que vinha efetivamente sendo praticado. O Magistrado tomou a iniciativa de promover conciliação entre as partes, que, ao final, acabou não sendo exitosa.

• Pragmatismo e interpretação consequencialista, com fundamento nos artigos 20, 21 e 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterada pela Lei 13.655/2018

No ano de 2018, foram realizadas alterações na outrora denominada Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), que passou a se denominar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Essas normas servem de balizas para o intérprete e aplicador do Direito no Brasil.

Tocam a este trabalho, em especial, os artigos 20, 21 e 22, que tratam da interpretação pragmática ou consequencialista do Direito. Nessa linha, esses dispositivos estabelecem, sumariamente e no ponto que nos interessa neste trabalho, que as decisões judiciais deverão considerar as consequências práticas da decisão, bem como que devem ser considerados os obstáculos e dificuldades reais do gestor.

¹¹ MORAND-DEVILLER, Jaqueline. **Droit Administratif**. LGDJ, Lextenso Éditions, Issy-les-Moulineaux, 2015.

Exige-se a contextualização das normas de Direito Público. Assim, os fatos e as condições relevantes devem ser levados em consideração quando da imposição de obrigações ao gestor público.¹² O pragmatismo procura aquilatar a validade de uma ideia mais por sua operação na prática do que por estar em consonância com uma determinada doutrina.¹³

Um exemplo interessante é o Agravo de Instrumento n.º 0805747-18.2020.4.05.0000, interposto contra denegação de tutela provisória no já citado Mandado de Segurança Coletivo n.º 0800915-68.2020.4.05.8300, em tramitação perante a 9.ª Vara Federal de Pernambuco, proposto pela Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Pernambuco contra autoridades vinculadas ao INSS, com a finalidade de se obter análise de requerimentos de benefícios previdenciários em tempo mais curto do que o que vinha efetivamente sendo praticado.

O Magistrado de primeiro grau tomou a iniciativa de promover conciliação entre as partes, que, ao final, acabou não sendo exitosa. Na sequência, denegou o pedido de tutela provisória. Interposto agravo de instrumento pela OAB/PE, o Desembagador Relator denegou o pedido de tutela provisória em agravo de instrumento, sob os seguintes fundamentos, os quais pedimos vênha para transcrever parcialmente, dada sua força argumentativa:

(...)

Nos diversos processos semelhantes a este que chegam ao Judiciário, embora com demandas individuais, a Administração vem argumentando que há um enorme número de aposentadorias a propiciar a diminuição dos cargos providos no INSS. Daí que a Direção Central, tentando resolver o problema, que se apresenta como anormal, vem adotando procedimentos uniformes, como o INSS digital e o GET (gerenciador de tarefas), alterando os fluxos de análise de processos administrativos, permitindo o atendimento em ordem cronológica.

Aqui não se devem considerar duas premissas. Inicialmente, e sendo inconteste a impossibilidade de reposição de pessoal, por questão de óbice orçamentário, a decisão judicial não pode desconsiderar o art. 22, caput, da LINDB, a prescrever: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

Em segundo lugar, o deferimento aleatório de ordens liminares, bem como as sentenças que as ratificam, implicam num quebrantamento da ordem cronológica dos requerimentos e, forçosamente, do princípio da isonomia.

¹² JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

¹³ SHAPIRO, Sidney. Pragmatic Administrative Law. **Issues in Legal Scholarship**, Berlin, p. 1-24, 2005.

A hipótese em exame não dispensa uma visão de conjunto (regard d'ensemble) da eficiência, a partir das peculiaridades circunstanciais da organização administrativa, de modo a que o Judiciário, na qualidade de controlador da Administração, não vislumbre ilegalidade a partir da árvore, insuladamente considerada, mas sim com base na floresta em sua inteireza.

Neste sentido, embora não caiba ao administrado ser penalizado por problemas estruturais da administração, cada caso concreto deve ser analisado de maneira detalhada, posto que há diversos casos em que o procedimento administrativo não foi devidamente instruído, encontrando-se com pendência na documentação, o que justifica o afastamento da aplicação do art. 41-A, § 5o, da Lei nº 8.213/91.

Em assim sendo, por ora, entendo descabida uma ordem judicial que estabeleça a análise obrigatória de qualquer procedimento administrativo, uma vez ultrapassado o prazo legal, sem analisar-se o caso concreto. (g.n.)

(...)

Dessa forma, o Poder Judiciário aplicou declaradamente interpretação consequencialista/pragmatista, para considerar que abreviar o rito de procedimentos de análise de benefícios previdenciários em massa depende de fatores complexos, notadamente de contratação de pessoal, a depender, em primeiro lugar, de orçamento. Portanto, impossível de ser avaliada ao sede de liminar em Mandado de Segurança Coletivo.

• Deferência do juiz ao administrador

Há situações em que o direito fundamental prestacional foi, de certa forma, efetivado pela Administração. Todavia, ajuíza-se demanda judicial com o fito de modificar-lhe o cumprimento. Nesse caso, o Poder Judiciário deve agir com a adequada cautela.

Caso não se trate de não efetivação total ou parcial, mas de efetivação pela Administração de maneira diferente da que o autor da demanda judicial entenda adequada, deve o juiz agir com a devida deferência ao Administrador, sob pena de desfazer, na prática, uma série de decisões administrativas e planejamento destinados à implantação da política pública daquele modo específico. Afinal de contas, não se deve desconsiderar que pode haver mais de um caminho válido para se implementar um direito fundamental.

Essa ideia pode ser tomada de empréstimo ao Direito Administrativo Norte-Americano, em que há forte doutrina, com ressonância robusta na jurisprudência da Suprema Corte e Cortes Federais, que defende que o Poder Judiciário deve agir com deferência aos atos emanados de agências reguladoras, uma vez que decorrem de acurada análise técnica.¹⁴

¹⁴ REITZ, John C. **Deference to the Administration in Judicial Review**. The American Journal of Comparative Law, Oxford, vol. 66, p. 269-298, 2018.

7. CONCLUSÕES

O texto abordou a efetivação dos direitos prestacionais no Brasil em um contexto de valorização da jurisdição constitucional, bem como tentou apontar possibilidades de parâmetros para a imposição judicial da efetivação de tais direitos.

Demonstrou-se que o Poder Judiciário e o exercício da jurisdição constitucional vêm assumindo uma crescente importância na organização dos poderes no Brasil. Podem ser apontados como concorrentes para esse fenômeno algumas causas:

- i) a passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional, transição histórica que fez surgir a ideia de constituição como norma jurídica e que conduziu ao reforço do papel do Poder Judiciário, que passou, em diversos ordenamentos, a ser o guardião dos direitos fundamentais;
- ii) a superação do Positivismo Exegético e o advento do Pós-Positivismo, que representaram a passagem da concepção do juiz como mero aplicador do Direito posto à concepção do juiz como intérprete e criador do Direito;
- iii) a propagação do conjunto de ideias (às vezes fugidias) que subjazem ao rótulo de Neoconstitucionalismo, envolvendo a revalorização da força normativa da constituição e o papel do Judiciário como instituição incumbida de interpretar e efetivar o seu conteúdo.

Assim, o juiz administrativo, em seu ofício, deve julgar as condutas da administração em confronto não apenas com a lei, mas com normas constitucionais.

Por outro lado, a imposição de direitos prestacionais ao Estado muitas vezes depende de decisões complexas, como é o caso de imposições para adequações de prédios públicos a critérios de acessibilidade, imposição de análise de benefícios previdenciários em determinados prazos, imposições para reformas em escolas públicas, nos sistema de saúde, melhoria nas prestações de serviços públicos em geral, entre diversas outras.

Essas imposições dependem de uma série de decisões e procedimentos administrativos prévios que dizem respeito a orçamento, elaboração de projetos, fases interna e externa de licitações, obtenção de atestes orçamentários, assinaturas de contratos, todas muitas vezes complexas e, de certa forma, impossíveis de se cumprir em um curto tempo.

Dessa forma, algumas sugestões processuais foram apresentadas, com a finalidade de emprestar razoabilidade e efetividade às ordens judiciais que imponham a efetivação de direitos prestacionais à Administração Pública, notadamente: negócios jurídicos processuais e calendário processual para que se estabeleçam cronogramas de cumprimento em

etapas; medidas executivas atípicas; valorização de técnicas negociais sobre mérito da demanda; pragmatismo e interpretação consequencialista; deferência do juiz ao administrador.

REFERÊNCIAS

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (Neo)Constitucionalismo: Un Análisis Metateórico**. Isonomía: Revista de Teoría e Filosofía del Derecho, Alicante, n. 16, p. 90-112, abril 2002.

HILBINK, Lisa. **Beyond manychianism: assessing the New Constitutionalism**, Maryland Law Review, Baltimore, v. 65, issue 1, p. 15-31, 2006.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Eudeba. Buenos Aires. 2010.

MORAND-DEVILLER, Jaqueline. **Droit Administratif**. LGDJ, Lextenso Éditions, Issy-les-Moulineaux, 2015.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidade e limites. In: **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 92-117, Dialética, Belo Horizonte.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos**. Almedina, Coimbra, 2014.

REITZ, John C. **Deference to the Administration in Judicial Review**. The American Journal of Comparative Law, Oxford, vol. 66, p. 269-298, 2018.

SHAPIRO, Sidney. **Pragmatic Administrative Law. Issues in Legal Scholarship**, Berlin, p. 1-24, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Reflexión Hermenéutica sobre la Relación “Neoconstitucionalismo-Positivismo Jurídico”. In: POZZOLO, Susanna (coord.). **Neoconstitucionalismo, Derecho y derechos**. Palestra Editores, Lima, 2011.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In VICIANO PASTOR, Roberto (ed.). **Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latino-americano**. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO JUDICIÁRIO: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DA REGIÃO SUL QUANTO AOS MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO MAIS DEMANDADOS

VIVIAN LIMA LÓPEZ VALLE*

DANIEL CASTANHA DE FREITAS**

BIANCA SANCHES LOPES***

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** A exigibilidade imediata do direito fundamental à saúde e seu tratamento no âmbito do poder judiciário. **3.** Análise empírica da jurisprudência dos tribunais de justiça da região Sul e do Superior Tribunal de Justiça sobre os medicamentos mais postulados nos últimos cinco anos (2015-2020). **4.** Conclusões.

* Universitat Rovira i Virgili (Tarragona-Catalunha, Espanha). Doutora e Mestre em Direito do Estado pela UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Pós-doutoranda pela Universitat Rovira i Virgili. Especialista em Contratação Pública pela Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Professora Titular de Direito Administrativo da PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Coordenadora Adjunta do Curso de Direito da PUCPR. Líder do Grupo de Estudos em Serviços Públicos e Administração Pública Digital GESPAD, vinculado ao NUPED/PUCPR. Advogada e parecerista. E-mail: <vivian.lima@pucpr.br>.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando e Mestre em Direito pela PUCPR. Professor de Direito Administrativo da FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Membro do Núcleo de Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – NUPED/PUCPR. Advogado. E-mail: <advcastanha@gmail.com>.

*** FAE Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Graduanda do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica da mesma instituição (PAIC 2019-2020). E-mail: <bianca_sanchesls@hotmail.com>.

1. INTRODUÇÃO

O cenário nacional é cotidianamente marcado pela crescente judicialização do fornecimento de medicamentos de alto custo já negados pela via administrativa. De forma positiva, este subcampo foi influenciado pelos efeitos da implementação de políticas que vêm permitindo debates para o reconhecimento das tensões acerca do assunto, onde é nítido o conflito entre a Administração e a prerrogativa do Judiciário de garantir e defender os interesses das minorias.

Diante da situação apresentada, é necessário compreender que apesar de direito fundamental consagrado na Constituição da República, o direito à saúde carece ainda de medidas públicas efetivas para sua aplicação, mais ainda quando da análise de casos que envolvem fármacos de alto custo. Ocorre que, o direito à saúde sofre inúmeras restrições e obstáculos a fim de atingir sua efetividade, isso porque a garantia, oferta e manutenção de tais provimentos de saúde necessitam da destinação de verbas vultosas para possibilitar infraestrutura, pessoal e atendimento adequados ao público.

Por isso, não há como se falar em consagração do direito fundamental à saúde no Brasil, haja visto uma restrição de investimentos e uma amplitude de necessidades sociais, as quais se alicerçam no direito “incondicional” previsto na CRFB/88 buscando no Judiciário uma via para satisfazer e concretizar direitos.

Entretanto, é possível evidenciar com clareza que o processo administrativo de concessão dos medicamentos de alto custo pela Administração Pública não é linear, tampouco simples. Ao contrário, trata-se de caminho conflituoso e que exige prévio conhecimento acerca dos requisitos de concessão, bem como as razões pelas quais tais medicamentos são negados já na via administrativa, tudo isso a fim de que se passe a conferir maior efetividade e eficiência ao atual sistema de saúde brasileiro, eis que, no panorama atual, tais limites fundamentais à concessão parecem não existir.

Ante o reconhecimento da importância e a necessidade de que o mandamento constitucional à saúde seja efetivado da melhor maneira a toda população, bem como não venha ocasionar prejuízos orçamentários à Administração Pública, a análise proposta por este artigo em face da concessão de medicamentos ou procedimentos a determinados cidadãos é de suma relevância.

Assim, o objeto de análise versará na investigação dos reflexos da judicialização da concessão de medicamentos de alto custo, a qual visa cumprir políticas públicas em favor de determinado público. A partir desta premissa, a questão problematizadora do presente estudo será: a concessão de medicamentos de alto custo viola o princípio da separação dos poderes ou auxilia o cumprimento de políticas públicas ineficazes?

2. A EXIGIBILIDADE IMEDIATA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO

A busca ao acesso à saúde nos termos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 196)¹ encontra nos últimos anos inúmeros percalços para sua concretização. Deste modo, a judicialização da concessão de medicamentos e procedimentos médicos ganha força junto aos tribunais.

Os arts. 6º, 196 e 197 da CRFB/88, preveem que a saúde é direito fundamental social, sendo dever do Estado assegurar aos cidadãos os meios para ao acesso aos tratamentos necessários quando de suas necessidades clínicas. Em que pese a previsão constitucional, esta não apresenta quaisquer limites de caráter orçamentário, administrativo e/ou moral para o exercício desta atribuição.

Entretanto, os usuários encontram obstáculos de todo gênero à efetivação de seu direito, dentre os quais encontram-se questões econômicas e sociais, que impossibilitam o alcance de um direito universal e isonômico.

Ocorre que, os artigos supramencionados referem-se a normas de direito subjetivo individual e de exigência imediata, necessitando para seu efetivo cumprimento, a execução de procedimentos e a criação de estruturas organizacionais de modo a promover, preservar e recuperar a saúde. Sobre o assunto, Ingo Wolfgang Sarlet é claro quando preceitua que “os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo e de certa forma, dependentes de organização e do procedimento, mas simultaneamente também atuam sobre o direito procedimental e as estruturas organizacionais”.²

Isto implica dizer que os deveres de proteção do Estado no cumprimento da tutela e promoção dos direitos devem se concretizar por meio de normas administrativas e da criação de órgãos especializados, sem que se olvide que os limites de tais normas e órgãos são impostos pelo próprio texto constitucional.

No entanto, a Constituição da República de 1988 não se limitou a prever estrutura responsável pela garantia do direito à saúde e um esboço prévio do que hoje se conhece como Sistema Único de Saúde, tampouco esclareceu o funcionamento e as atribuições específicas do referido órgão. Por essa razão, houve a edição da Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), complementada pela Lei nº 8.142/90.

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

² SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de Processo - RePro, Rio de Janeiro, v. 34, n. 175, p. 254-, set. 2009.

O aludido diploma normativo prevê a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização, funcionamento e demais providências dos serviços correspondentes. Sendo assim, ao reconhecer tal norma como direito social fundamental, o Estado passou a se obrigar a prestações positivas, as quais acabam por demandar maiores recursos públicos para a sua efetiva concretização.

A exemplo de todo o extenso rol de direitos fundamentais sociais, a saúde possui rigorosamente a mesma aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais de liberdade, tendo em vista a sua multifuncionalidade, identificadora de um “direito fundamental como um todo”, por sua vez representado por um feixe de posições jusfundamentais que reclama, a um só tempo, deveres de respeito, de proteção e de prestação.³

No contexto apresentado, é lícito concluir, portanto, que ambos – direitos fundamentais de liberdade e direitos fundamentais sociais – dependem da existência de recursos orçamentários para a implementação, notadamente, de sua função prestacional (dever de prestação). Ocorre que, justamente por dependerem de verbas pecuniárias advindas do Estado, estão sujeitos todos, em casos excepcionais, à incidência da teoria da reserva do possível. Esta construção, oriunda de trabalho hermenêutico levado a efeito pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em um contexto de acesso gratuito e limitado ao ensino superior,⁴ prevê, em suma, que a efetivação de tais direitos constitucionais será feita de acordo com a possibilidade financeira do Poder Público.

Assim, tem-se que tal teoria não pode servir como justificativa universal para a ausência de efetivação dos direitos sociais. Afinal, deve o Estado buscar garantir um “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”.⁵ Trata-se do “direito ao mínimo existencial”, também retratado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino como o dever do Estado em zelar e assegurar aos cidadãos o direito à efetividade dos direitos mínimos através das prestações sociais, de modo a garantir uma vida digna através da fruição de direitos sociais básicos, como o direito à saúde.⁶

³ HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C –Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

⁴ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 152.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 247.

⁶ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. São Paulo: Método, 2012. p. 254.

Logo, em caso de inadimplemento da determinação constitucional de implementação do mínimo existencial pelo Executivo, é lícito deduzir que poderia o Judiciário atuar de maneira a assegurar tais condições para uma vida digna. No entanto, não se pode descuidar que eventual intervenção do órgão jurisdicional em assuntos para além do mínimo poderia, por outro lado, ocasionar violação das escolhas políticas engendradas pelos poderes democráticos, afrontando o princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição da República.

A via judicial passa a se tornar o caminho alternativo para a concretização do direito à saúde a partir do momento em que o seu respectivo titular pleiteia o fármaco ou procedimento que: (i) não consta das listagens oficiais – RENAME, RESME ou REMUME⁷ – ou dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)⁸ do Sistema Único de Saúde – SUS; ou que (ii) embora conste de tais catálogos, deixam de ser fornecidos pelo ente federativo responsável injustificadamente.

A fase administrativa precede a seara judicial. Requer-se o medicamento ou tratamento necessitado por meio de formulário específico e documentos médico-hospitalares justificadores, junto a uma unidade de saúde ou regional de saúde. Em havendo negativa de fornecimento, o Judiciário é a instância última para o atendimento da prescrição.

Embora as negativas administrativas, em princípio, contem com justificativas lastreadas em políticas públicas materializadas em lei pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, poderes que contam com legitimidade democrática, depreende-se que o Judiciário não usurpa a competência constitucional dos demais ramos do poder público quando restringe sua atuação à aplicação de medidas coercitivas para o cumprimento efetivo do direito fundamental à saúde.⁹

No mais, uma vez inserido no âmbito judicial, deverá o paciente postular o medicamento em face do ente federativo efetivamente responsável pelo seu fornecimento,¹⁰ consi-

⁷ Respectivamente: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (âmbito federal), Relação Estadual de Medicamentos Essenciais (âmbito estadual) e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais (âmbito municipal), todos documentos oficiais que auxiliam na concretização da diretriz constitucional da integralidade da assistência, prevista no art. 198, II da Constituição (BERMUDEZ et al. 2018).

⁸ Os PCDT são os que estabelecem “os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e suas respectivas doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento, a supervisão de possíveis efeitos adversos e a criação de mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz (BRASIL, 2010. p. 10.).

⁹ FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017.

¹⁰ “competência comum às três esferas federativas na atenção básica, exclusiva da União nos programas estratégicos de controle de endemias, União e Estados responsáveis por medicamentos excepcionais previstos na RENAME” (FREITAS, 2018, p. 166)

derando a previsão constitucional do art. 23, II da Constituição,¹¹ que grafa expressamente a competência comum das esferas de poder – municipal, estadual e federal.

No entanto, não se olvida que o entendimento jurisprudencial sobre o assunto caminhou no sentido de reconhecer a solidariedade entre os entes federativos, com posterior encaminhamento, pelo magistrado, ao ente responsável. É o que se depreende do primeiro precedente estabelecido pela STA nº 175/2009¹² e que, sendo utilizado como precedente para outros entendimentos, culminou com a recente tese fixada no âmbito do RE nº 855.178/SE, em sede de repercussão geral – *verbis*: “Tema nº 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.”

Para além da discussão sobre a incongruência da solidariedade entre os entes federativos para o fornecimento de fármacos e tratamentos de alto custo, é preciso apontar o referencial teórico utilizado para lançar luzes sobre o significado da expressão “alto custo”, uma vez que jurisprudência e doutrina hodiernas ainda não estabeleceram balizas seguras para o termo. Nesse passo, vale-se a pesquisa da noção conceitual relativa definida por Daniel Castanha de Freitas¹³, em obra monográfica dedicada aos medicamentos de alto custo, como sendo os medicamentos de alto custo os que se encontram nas listagens oficiais do Poder Executivo e que representam um gasto que impossibilite sua aquisição sem prejuízo das necessidades básicas do indivíduo e de seu grupo familiar.

Nesse compasso, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ainda em 2007, a existência de repercussão geral no âmbito do recurso extraordinário nº 566.471/RN, acerca da obrigatoriedade do fornecimento, pelo Estado, de medicamentos de alto custo a portadores de doenças graves sem condições materiais para adquiri-los.¹⁴

¹¹ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹² EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento”. (STA nº 175 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 17.03.2010, DJe 30.04.2010b).

¹³ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Reconhecimento de repercussão geral**. Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 15 nov. 2007. Publicado em: 7 dez. 2007.

Após mais de uma década, foi proferido o julgamento de mérito da demanda, em que restou assentada tal obrigação, após a decisão, por maioria, pela negativa de provimento ao recurso da União. Entretanto, deliberou a Corte pela fixação posterior de tese a respeito.¹⁵

Sob outra perspectiva, bem de ver que, durante o lapso temporal em que não houve qualquer pronunciamento de mérito pela Corte Constitucional, importante decisão fora proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o que assenta a relevância e atualidade do tema. Trata-se do Recurso Especial representativo de controvérsia nº 1.657.156/RJ, por meio do qual foi estabelecido um rol cumulativo de condições para guiar as decisões de instâncias recursais em todo o país.¹⁶ A tese firmada, integralizada em embargos de declaração apenas para determinar a modulação de efeitos e consignar validade para processos ajuizados a partir de 4 de maio de 2018, evidencia a necessidade de requisitos cumulativos para a concessão de fármacos não previstos nos PCDT – em grande parte, considerados de alto custo –, a exemplo de relatório específico expedido pelo médico do paciente, em que ateste a impossibilidade do uso de outro medicamento, a falta de recursos materiais pelo enfermo, além do prévio registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.¹⁷

Pois bem. Exposta a moldura doutrinário-jurisprudencial sobre o tema dos medicamentos considerados “de alto custo”, sobreleva ressaltar que os fármacos a cargo do SUS, aprovados após devido processo administrativo de incorporação no âmbito da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC,¹⁸ são atualizados periodicamente por meio da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME. Note-se, ilustrativamente, o alcance do sistema público de saúde, a partir da incorporação de fármacos sequer permitidos no Brasil anteriormente, mas que, por força de diálogos institucionais, tiveram seu trânsito permitido. É o que se depreende da Resolução da Diretoria Colegiada

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Julgamento de mérito.** Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 11 mar. 2020. Publicação DJe: 17 mar. 2020.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156.** Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25 abr. 2018. Publicado DJe: 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 30 jul. 2020.

¹⁷ “A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.”.

¹⁸ FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017. p. 48.

– RDC nº 66/2016 da ANVISA, que fez incluir medicamentos derivados da planta *Cannabis* para tratamentos específicos.¹⁹

Preocupado com a crescente judicialização da saúde, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 107/2010, procedeu à criação do “fórum nacional de monitoramento e resolução de demandas de assistência à saúde”, para subsidiar práticas que empreguem efetividade aos processos judiciais e objetivem prevenir litígios. Para melhor funcionamento, foram criados os Comitês Executivos Estaduais. No Paraná, o Comitê Estadual foi criado em 2011 e atua desde então, disponibilizando uma série de enunciados e recomendações acerca do assunto, facilitando a aplicação efetiva dos direitos à saúde.²⁰

Entretanto, se a atuação do Judiciário não fere o Princípio da Separação dos Poderes, estaria sendo ele um baluarte institucional para a efetivação de políticas públicas? Para investigar a pergunta proposta na pesquisa, imprescindível aclarar o que se entende pela expressão “políticas públicas”.

Eros Grau evidencia que “a expressão política pública designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.²¹ Trata-se, assim, de um conjunto de ações ou decisões governamentais para solucionar eventuais problemas da sociedade, por meio do estabelecimento de referências, organizadas e sistematizadas em atos administrativos e materializadas, usualmente, pela prestação de serviços públicos.²²

Nessa conta, tem-se que a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas de saúde, a rigor, deve permanecer restrita à determinação judicial para o seu efetivo cumprimento em caso de omissão ou ineficiência. Isso porque, em certos casos, diante da elaboração prévia de políticas amplas pelo Estado – a exemplo do SUS –, medidas coercitivas por vezes são necessárias para garantir o direito público subjetivo por cidadãos acometidos de enfermidades diversas.

Portanto, a análise judicial, diante de eventuais negativas de fornecimento de fármacos, pondera se houve justificativa amparada em documentos oficiais, bem como se houve omissão legislativa ou administrativa, considerando, inclusive, a existência de proibições de importação e manipulação de fármacos pelo órgão regulador (ANVISA).

¹⁹ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 66**, de 18 de março de 2016. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_66_2016_.pdf/e6f8f9cd-8046-4120-983c-42d3bf8c705e?version=1.0>. Acesso em: 6 jul. 2020.

²⁰ BRASIL. **Comitê executivo de saúde do Paraná**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 124.

²² FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 32.

O exame pelo Poder Judiciário, diga-se, é complexo e parte de premissas estabelecidas pela macropolítica de saúde existente. Por essa razão, situações específicas devem ser devidamente consideradas e sopesadas, a exemplo de medicamentos que, embora constantes das listas oficiais do SUS como prioritários para a maioria dos pacientes, são imprestáveis para combater a mesma enfermidade para outras pessoas. Veja-se ainda os casos em que os efeitos colaterais de medicação indicada para determinada moléstia em protocolo clínico específico (PCDT²³), resultam na melhora de pacientes acometidos de outras patologias²⁴.

Nessa senda, caso seja objeto de apreciação no âmbito judicial, a concessão de determinado medicamento deve ser precedida de ampla justificação probatória, de modo a comprovar a ineficácia ou inadequação de determinado fármaco existente no âmbito do SUS, ou mesmo apontamentos acerca da necessidade extravagante exigida no caso concreto²⁵.

Do exposto, evidencia-se que a judicialização de medicamentos de alto custo não é de todo prejudicial ao cenário atual e à Administração Pública, observadas as matizes jurídicas apresentadas. A crescente procura pelo Judiciário, que pode indicar certas deficiências nas políticas públicas arquitetadas pela Administração Pública, desencadeia um constante processo de análise e mudança com vistas à sua sofisticação, na medida em que “um efeito benéfico na responsabilização do Estado está em desenvolver procedimentos adequados de compra e distribuição de procedimentos terapêuticos pela rede pública”.²⁶

Uma das formas subsidiar a tomada de decisões judiciais a respeito da concessão de medicamentos de alto custo e, com isso, contribuir de maneira efetiva para fomentar o aperfeiçoamento da política estatal como um todo, é a consulta, pelos magistrados, aos chamados “NAT-Jus” – Núcleo de Apoio Técnico dos Tribunais de Justiça dos Estados –, os quais possuem, entre outras, a seguinte atribuição, prevista no art. 3º, I do Decreto Judiciário nº 348, de 12 de setembro de 2018: “Elaborar notas técnicas, respostas técnicas

²³ “[O]s PCDTs [Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas] têm o objetivo de estabelecer os critérios de diagnóstico de doenças, o algoritmo de tratamento com os medicamentos e as doses adequadas, os mecanismos para o monitoramento clínico quanto à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos, além de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz” (BRASIL, 2010a, p. 6)

²⁴ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 83.

²⁵ FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 160-165.

²⁶ BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. **Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes**. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, mar. 2009. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300018>>.

ou pareceres, a partir de critérios de medicina baseada em evidências, mediante solicitação dos magistrados, em relação a ações ou processos que digam com o direito à saúde (...).²⁷

Logo, despicienda a criação de novas políticas públicas no âmbito da saúde. Conforme abordado na presente pesquisa, o aperfeiçoamento do sistema de dispensação de medicamentos e outros insumos de saúde, tanto por meio de seu órgão de incorporação de novas tecnologias (CONITEC), quanto pelas contribuições advindas dos NAT-Jus nas decisões judiciais, são capazes de emprestar eficácia em favor da sociedade, suprimindo necessidades imperiosas de pessoas enfermas e concretizando, dessa forma, o direito fundamental à saúde em sua máxima extensão, mesmo em sua porção mais sensível – a dos medicamentos de alto custo.

O presente estudo é caracterizado por uma pesquisa documental de abordagem quantitativa. Esta abordagem apresenta aspectos essenciais para a sua utilização, que na compreensão de João José Saraiva da Fonseca,²⁸ se referem à análise de dados brutos recolhidos com base em instrumentos neutros e padronizados por parte do pesquisador (palavras-chaves).

A partir deste entendimento, a pesquisa objetiva investigar, por meio dos dados obtidos, o modo como a concessão dos medicamentos de alto custo ocorre junto ao judiciário, bem como se estes atuam como facilitadores da aplicação de políticas públicas ou como mecanismo de violação do princípio da separação dos poderes.

Assim, a pesquisa documental pode ser compreendida por André Cellard,²⁹ como indispensável à reconstituição de um passado, pois é capaz de demonstrar todos os aspectos de uma determinada época e das atividades humanas do período analisado.

A investigação pautou-se na busca de documentos, artigos científicos e doutrinas, bem como jurisprudência acerca do assunto junto aos Tribunais de Justiça da Região Sul (TJPR, TJSC e TJRS) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), dentro do lapso temporal de 2015-2020, através das palavras chaves previamente estabelecidas, junto aos sites e mecanismos a seguir colacionados.

Em momento posterior, será realizada a exploração do material, que consiste no início da codificação dos dados obtidos através dos documentos analisados e na enumeração das características destes, bem como dos medicamentos que surgiram quando da pesquisa.

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Núcleo de Apoio Técnico**: NAT-jus. Decreto judiciário nº 648, de 12 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

²⁸ FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. p. 20.

²⁹ CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa**: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, Vozes, 2008. p. 295.

As palavras chaves utilizadas para a busca dos dados, foram eleitas a partir da leitura dos documentos utilizados na fundamentação teórica, sendo estas: “MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO”; “FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO GRATUITO”; “AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA”; “PORTADORA DE DOENÇA GRAVE E CARENTE DE RECURSOS”; e “INEFICIÊNCIA DAS MEDIDAS TERAPÊUTICAS DISPONIBILIZADAS PELOS SUS”.

Os dados obtidos foram examinados por meio da análise de conteúdo proposta por Laurence Bardin.³⁰ Em relação ao conteúdo, a análise de conteúdo é a terceira etapa no processo para se obter o conhecimento em determinado campo, sendo que o primeiro envolve uma familiarização com a área, seguido pela meta-análise que permite recolher, combinar e analisar estatisticamente estudos e documentos, e por fim, a análise de conteúdo em uma descrição sistemática, qualitativa³¹ e quantitativa do conteúdo em determinada área.³²

3. ANÁLISE EMPÍRICA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DA REGIÃO SUL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE OS MEDICAMENTOS MAIS POSTULADOS NOS ÚLTIMOS CINCO ANOS (2015-2020)

Com a análise e categorização dos dados obtidos, foi possível obter uma representação dos dados e torná-los aptos a reflexão proposta no presente estudo, pautando-se nos três principais eixos da técnica de análise determinada por Bardin³³.

Com a análise de 93 julgados de três tribunais estaduais, um Tribunal Regional Federal (4ª região) e do Superior Tribunal de Justiça, entre os anos de 2015-2020, respeitados os critérios previamente estabelecidos, foram obtidos analisados.

Os dados obtidos foram incluídos na tabela a seguir, de modo a facilitar a análise e a justaposição entre eles:

³⁰ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.

³¹ FLICK, Uwe. **Uma introdução a Pesquisa Qualitativa**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004. *Passim*.

³² IBRAHIM, H. W.; ZAILANI, S.; TAN, K. C. **A content analysis of global supply chain research**. *Benchmarking: An International Journal*, v. 22, n. 7 p. 1429-1462, 2015.

³³ BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.

Quadro 1 – Principais doenças judicializadas para fins de concessão de medicamentos por tribunal

TRIBUNAL DE JUSTIÇA	AUTOS ANALISADOS	MEDICAMENTO PARA FINS DE
Paraná (TJPR)	9	Tratamento de Epilepsia (4)
Santa Catarina (TJSC)	21	Tratamento de doenças Pulmonares (9)
Rio Grande do Sul (TJRS)	10	Tratamento ao Câncer (5)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)	13	Tratamento à epilepsia (5)
Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)	40	Tratamento ao Câncer (18)

Fonte: Os Autores (2020)

Conforme demonstrado ao Quadro 1, cerca de 45% (quarenta e cinco por cento) dos julgados analisados junto ao TRF4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) se referiram pedidos de medicamentos para tratamento de câncer,³⁴ bem como pouco mais de 38% dos casos junto aos julgados do STJ se referiram a medicamentos para o tratamento da epilepsia.³⁵

Quadro 2- Principais doenças judicializadas no período junto aos tribunais analisados

TRATAMENTO	QUANTIDADE
Tratamento do Câncer	23
Tratamento de Úlcera	8
Tratamento de Epilepsia	7
Tratamento de Esclerose	3
Tratamento da Fibrose	3
Tratamento de doenças Pulmonares	3

Fonte: Os Autores (2020)

³⁴ “Câncer é o nome dado a um conjunto de mais de 100 doenças que têm em comum o crescimento desordenado de células, que invadem tecidos e órgãos.” (BRASIL. Instituto Nacional de Câncer. **O Que é câncer?** Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 22 mai. 2020.

³⁵ “É uma alteração temporária e reversível do funcionamento do cérebro, que não tenha sido causada por febre, drogas ou distúrbios metabólicos. Durante alguns segundos ou minutos, uma parte do cérebro emite sinais incorretos, que podem ficar restritos a esse local ou espalhar-se.”. O que é Epilepsia? [S. l.], 2019. Disponível em: <https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/>. Acesso em: 22 maio 2020.

Nos termos do Quadro 2, é possível identificar que entre os julgados analisados, independentemente do Tribunal de origem, merecem destaque os 21,39% (vinte e um vírgula trinta e nove por cento) referentes ao tratamento do câncer, bem como cerca de 8% (oito por cento) ao tratamento de Úlcera. Os demais 49% (quarenta e nove por cento) dos julgados apresentaram doenças diversas em número ínfimo, tais como depressão, bipolaridade, asma e Lúpus (entre uma ou duas presenças aos julgados), razão pela qual não se encontram indicados no quadro acima.

Quadro 3- Principais medicamentos requeridos junto aos Tribunais

MEDICAMENTO	QUANTIDADE
Canabidiol	6
Infliximabe	4
Olaparibe	2
Sunitinib	2
Avastin	2
Omalizumabe	2
Rituximabe	2
Aripiprazol	2
Adalimumabe	2
Tagrisso	2

Fonte: Os Autores (2020)

Entre os medicamentos requeridos aos julgados extraídos e aqui analisados, verificou-se que 6,45% (seis vírgula quarenta e cinco por cento) trataram de medicamentos à base de Canabidiol,³⁶ medicamentos estes que auxiliam no tratamento de doenças como esclerose, epilepsia, mal de Parkinson, dentre outras doenças neurodegenerativas e que podem ser considerados de alto custo.³⁷

³⁶ “O Canabidiol (CBD) é um dos 80 canabinóides presentes na planta Cannabis sativa (Canabis – Izzo et al., 2009) e não produz os efeitos psicoativos típicos da planta (Hollister, 1973; Martin-Santos et al., 2012).” Exposição de motivos da Resolução CFM N° 2.113/2014 [S. I.], 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php> Acesso em: 22 maio 2020.

³⁷ Medicamentos que contam com canabidiol em sua composição possuem valor de mercado superior a dois mil reais. Por todos: EXAME. **Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil.** Disponível

Ainda, entre os 73 medicamentos requeridos entre os todos os julgados analisados, cerca de 90,42% (noventa vírgula quarenta e dois por cento) permanece ausente na edição RENAME do ano de 2020, incluindo-se os medicamentos à base da Canabidiol.

Contudo, certos medicamentos como o Infiximabe (utilizado principalmente em pacientes com úlcera moderada e grave) e Omalizumabe (utilizado em pacientes com asma alérgica),³⁸ retornaram ao RENAME no ano de 2020, o que corresponde cerca de 9,58% (nove vírgula cinquenta e oito por cento) dos medicamentos requerimentos dentre os Tribunais pesquisados, bem como atendem somente 10,23 (dez vírgula vinte e três por cento) das doenças identificadas no presente estudo durante o período analisado.

O medicamento Infiximabe já fizera parte do SUS, tendo sido suspenso no início de 2019, retornando no mesmo ano por meio da Portaria da Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e insumos estratégicos em saúde (SCTIE) nº 49, de outubro de 2019. O custo de fábrica deste medicamento é superior a dois mil e cem reais.³⁹

Por fim, em relação ao fármaco Omalizumabe, tem-se que fora incorporado ao Sistema Único de Saúde após consulta pública sobre a possibilidade de oferta de tal medicamento, o qual, segundo dados do Ministério da Saúde, poderá beneficiar cerca de 20 milhões de brasileiros.⁴⁰

4. CONCLUSÕES

A judicialização dos medicamentos demonstra uma necessidade crescente do acompanhamento das políticas públicas de saúde atualmente executadas. Nesse contexto, a análise levada a efeito no presente trabalho identificou ausências importantes de fármacos relacionados ao tratamento de enfermidades como o câncer, além de úlceras e medicações para o tratamento de epilepsia.

em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

³⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS. 2020.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

³⁹ Sobre o preço de fábrica e valores máximos praticados no mercado, confira-se: BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Preços máximos de medicamentos por princípio ativo.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁴⁰ Sobre a incorporação do medicamento, confira-se: BRASIL. Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS.** Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

O fato da constante busca por medicamentos junto ao órgão jurisdicional e as decisões conseqüentemente proferidas demonstram, em suma, que o Poder Judiciário não comete ingerência indevida nas funções constitucionais dos demais poderes quando atua nas lacunas das políticas sociais ou quando estas se revelam deficitárias. Ao contrário, as decisões que determinam o fornecimento de determinados fármacos, lastreadas em documentação idônea e apoio técnico-pericial, além de sujeita ao crivo do contraditório, prestigia o princípio da separação dos poderes, na medida em que busca tão somente empregar coercibilidade ao cumprimento das atividades designadas ao Poder Executivo pela Constituição para gerir a saúde pública.

Uma vez compreendido o conceito de medicamentos de alto custo como sendo os que constam das listas oficiais elaboradas pelo Estado, além daqueles que representam, de per si, despesa capaz de ocasionar penúria ao grupo familiar do paciente, é possível identificar que, quando o Judiciário realiza distinções casuísticas por meio de critérios lastreados em arcabouço técnico-pericial e normativo-jurisprudencial, em prol do direito fundamental, não usurpa a competência institucional dos demais entes federativos, contribuindo para a sofisticação da macropolítica de saúde.

A falta de diálogo entre os atores envolvidos na judicialização da saúde – Administrações Federal, Estaduais e Municipais, de um lado, e tribunais estaduais e federais, de outro – representa obstáculo ainda não superado, ocasionando demora, por vezes injustificada, para a inclusão de certos medicamentos nas listagens oficiais, não cooperando para o aperfeiçoamento do processo de aquisição e dispensação de outras medicações já constantes dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticos – PCDT. É o caso do medicamento “Rituximabe”, indicado para certo tipo de câncer, enfermidade que representou 24% (vinte e quatro por cento) dos requerimentos dentre os tribunais analisados no período de cinco anos e que possui elevado custo de fábrica, valendo-se dos marcos teóricos já referidos.

Deste modo, por meio da judicialização dos medicamentos de alto custo, o Judiciário empenha-se em impulsionar e fortalecer políticas que, por vezes, são ineficazes ao deixarem de atender parcela da sociedade. No entanto, a questão nodular estudada que envolve o direito à saúde – a atuação do órgão jurisdicional –, indica que, em conjunto com o Poder Executivo, é possível robustecer diretrizes que favoreceriam e atenderiam o maior número possível de cidadãos, cumprindo com a prerrogativa do “acesso universal e igualitário” insculpida no art. 196 da Constituição, ampliando, assim, a abrangência das políticas públicas, o que contribui para a consagração do direito fundamental à saúde.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Pedro Thomé de. **Direito das políticas públicas**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria; MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Luciana Dias de. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, p. 829-839, mar. 2009. DOI: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232009000300018>>.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARDIN, Laurence. **Análise de conteúdo**. São Paulo: Edição 70, 2011.
- BERMUDEZ, Jorge Antonio Zepeda et al. Assistência farmacêutica nos 30 anos do SUS na perspectiva da integralidade. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 6, p. 1937-1951, jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232018236.09022018>>.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Preços máximos de medicamentos por princípio ativo**. 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/5932738/LISTA_CONFORMIDADE_2020_07_v1.pdf/bfc29afb-31bb-43bf-9037-92afe129b1c5>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Resolução da diretoria colegiada – RDC nº 66, de 18 de março de 2016**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/10181/2718376/RDC_66_2016_.pdf/e6f8f9cd-8046-4120-983c-42d3bf8c705e?version=1.0>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- BRASIL. **Comitê executivo de saúde do Paraná**. 2020. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 13 jul. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 30 out 2019.
- BRASIL. Instituto Nacional de Câncer. **O Que é câncer?**. 2019. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>>. Acesso em: 22 mai. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS**. 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>>. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. **Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: volume 1**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. p. 6.

BRASIL. **RENAME**: relação nacional de medicamentos essenciais. 2019. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/marco/18/Rename-2008--1-.pdf>> Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Representativo de Controvérsia nº 1.657.156**. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em: 25 abr. 2018. Publicado DJe: 4 mai. 2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201657156>>. Acesso em: 30 dez. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/2009**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em: 17 mar. 2010, Publicação DJe 30 abr. 2010b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE**. Rel. Min. Luiz Edson Fachin. Julgado em: 23 mai. 2019. Publicação DJe: 16 abr. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Reconhecimento de repercussão geral**. Rel. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 15 nov. 2007. Publicado em: 7 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Julgamento de mérito**. Rel. Min. Marco Aurélio Mello. Julgado em: 11 mar. 2020. Publicação DJe: 17 mar. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Núcleo de Apoio Técnico: NAT-jus. **Decreto judiciário nº 648, de 12 de setembro de 2018**. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CELLARD, André. A análise documental. In: POUPART, J. et al. **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, Vozes, 2008. p. 295.

EXAME. **Anvisa aprova primeiro medicamento à base de maconha no Brasil**. 2020. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/anvisa-aprova-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-do-brasil/>>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FALCHI, R. A. **A judicialização da saúde no município de Pelotas**. 2014. Dissertação (Mestrado em Política Social) - Universidade Católica de Pelotas, Pelotas, 2014.

FLICK, Uwe. **Uma introdução a Pesquisa Qualitativa**. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2004.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FREITAS, Daniel Castanha de. **Direito fundamental à saúde e medicamentos de alto custo**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da Política Nacional de Medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 43-71, jan./jun. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

IBRAHIM, H. W.; ZAILANI, S.; TAN, K. C. **A content analysis of global supply chain research**. Benchmarking: An International Journal, v. 22, n. 7 p. 1429-1462, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER. **O Que é câncer?** [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.inca.gov.br/o-que-e-cancer>. Acesso em: 22 maio 2020.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LIGA BRASILEIRA DE EPILEPSIA. **O que é Epilepsia?** [S. l.], 2019. Disponível em: <https://epilepsia.org.br/o-que-e-epilepsia/>. Acesso em: 22 maio 2020.

MEDICINA, Conselho Federal. **Exposição de motivos da Resolução CFM Nº 2.113/2014** [S. l.], 2014. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/canabidiol/motivos.php> Acesso em: 22 maio 2020.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 20ª ed. São Paulo: Método, 2012.

PICON DP, BELTRAME A, organizadores. **Ministério da Saúde: protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas - medicamentos excepcionais**. v. 1. Porto Alegre: Gráfica Pallotti; 2002.

REMÉDIO, Consultar. **Consultar Remédio INFLIXIMABE**. Disponível em: <https://consultaremedios.com.br/infliximabe/pa>. Acesso em 22.maio 2020.

SANTOS, Lenir. SUS: Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde. **Boletim de Direito Administrativo**. Campinas. Ano XXIII, n. 8, p. 921-927 agosto, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. Vitória. Revista de Processo. Ano 34, vol. 175, p. 1-22 setembro, 2009.

SÁUDE, Ministério da Saúde. **Medicamento para tratar asma alérgica grave será ofertado no SUS**. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46216-medicamento-para-tratar-asma-alergica-grave-sera-ofertado-no-sus>. Acesso em: 22 maio 2020.

TABOSA, T. M. S. **A judicialização da saúde no estado de Pernambuco: análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público**. 2010. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS – POSSIBILIDADE AO APRIMORAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS E À CONCRETIZAÇÃO ISONÔMICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

FERNANDA SCHUHLI BORGES*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Desenvolvimento. **2.1.** O protagonismo do Judiciário no controle de políticas públicas e na realização dos direitos fundamentais. **2.2.** Diálogos institucionais – novas luzes sobre a atuação do Judiciário. **2.3.** Os diálogos institucionais como possibilidade à realização de políticas públicas e à concretização de direitos fundamentais pelo Estado. **3.** Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe analisar o tradicional papel do Judiciário na realização e concretização de direitos fundamentais, a partir do seu protagonismo histórico, marcado especialmente pelo período entre e pós-guerras, até a atual necessidade de se rever a sua forma de atuação.

O problema que se apresenta é o grande número e a complexidade de demandas judiciais propostas, em busca de políticas públicas e direitos fundamentais complexos, pois exigem interdisciplinaridade, questões técnicas e decisões que ultrapassam os limites do direito e do Poder Judiciário. Ainda, tratam-se de decisões que envolvem diversos segmentos e interesses da sociedade, prospectivas com dimensões difusas e coletivas, direta

* Professora de Direito Administrativo (Curitiba – PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná com período de pesquisa na Université Paris 1 – Panthéon Sorbonne. E-mail: ferbourges@yahoo.com.br.

ou indiretamente, o que propicia as combatidas atuações judiciais intituladas por ativismo judicial, judicialização da política e contramajoritariedade.

O Judiciário tem o dever de julgar as demandas que lhe são propostas, porém, muitas decisões não se mostram efetivas à realização de políticas públicas e à concretização de direitos fundamentais, restringindo-se, em regra, a um indivíduo circunstancialmente.

Assim, com o uso do método dedutivo, a proposta é lançar novas luzes à atuação do Judiciário a partir da teoria dos diálogos institucionais, propondo-se o repensar de sua atuação nestas demandas complexas, de forma cooperada e em colaboração com os demais poderes, para que as decisões sejam dialogadas e tomadas pelo Estado, não apenas por um Poder isolado, em respeito às necessidades, interesses e valores da sociedade, na busca de maior efetividade e legitimidade na realização de políticas públicas e na concretização de direitos fundamentais.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O protagonismo do Judiciário no controle de políticas públicas e na realização dos direitos fundamentais

Diversos Estados, especialmente os Estados Unidos da América, os Europeus, os da América Latina e o Brasil, cada um com as suas peculiaridades, adotam um modelo constitucional típico do Estado Social e Democrático de Direito, característico do pós Segunda Guerra Mundial e das sociedades industrializadas no século XX, que configura um constitucionalismo social e não apenas liberal, com direitos atrelados à dignidade humana, a serem defendidos por um Tribunal.¹

Destacam-se como marco inicial as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, bem como a teoria da Justiça Constitucional de Hans Kelsen, com essa tendência rumo aos direitos sociais, a um novo perfil de Estado e de Jurisdição.² Em 1949 a Lei Fundamental instituiu o Tribunal Constitucional, que se tornou referência para os países ocidentais e é reconhecido como poder político.³

¹ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 102.

² KELSEN, Hans. *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 202 e ss. Apud: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 113-114.

³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002, p. 116.

Assim, a Constituição passou a disciplinar direitos econômicos e sociais, além de direitos de liberdade e igualdade e tratam do indivíduo como pertencente ao Estado e não em oposição a este, como no constitucionalismo liberal. Ainda, reconhece-se a força normativa da Constituição e a demanda pela efetividade dos direitos fundamentais, com ênfase aos sociais e à dignidade da pessoa humana.

Vislumbrou-se no Judiciário a garantia contra a violação de direitos, o que pode ser visualizado com o sistema da *judicial review*, de modo que decisões legislativas podem ser submetidas ao controle jurisdicional. Neste sentido destaca-se o caso americano *Marbury X Madison* (1803), em que foi proferido raciocínio inovador de John Marshal que defendeu a prevalência da Constituição, por ser superior, quando em conflito com a lei e assim, com o *judicial review*, houve aumento gradativo da jurisdição constitucional no fim do século XIX e início do século XX.

No caso brasileiro, o *judicial review* foi inserido formalmente no final do século XIX na Constituição de 1891, por influência de Rui Barbosa, inspirado pelo modelo incidental de controle de constitucionalidade de matriz norte-americana, e seguiu pelas demais, com ênfase na Constituição de 1988.

De um modo geral, pode-se considerar que no século XX houve uma expansão global do *judicial review*, ou seja, embora o controle de constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma peculiaridade do regime político norte-americano, o mecanismo se ampliou e universalizou pelos sistemas constitucionais.

Aos poucos, a sociedade passou a buscar o Judiciário cada vez mais e, diante do conteúdo da Constituição de Bem-Estar Social, das novas tecnologias, da globalização, dentre outros fatores, bem como pela ausência de mecanismos específicos para a consolidação dos direitos e garantias fundamentais, vem propondo demandas mais complexas e heterogêneas.⁴ O maior acesso da sociedade ao Judiciário faz com que este, na obrigação de efetivar a Constituição, o faça por meio de mecanismos deliberativos, não legislativos.⁵

Ademais, existe permanente desconfiância e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo pela coletividade acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário.

A nova ordem constitucional possibilitou, o que é relevante, o exercício ampliado da cidadania. Os cidadãos passaram a buscar o Poder Judiciário em busca da concretização

⁴ Por exemplo, intimidade e privacidade diante de redes sociais, compras e vendas por rede mundial de computadores, cirurgias, medicamentos, bioética, uniões homoafetivas e suas repercussões familiares e patrimoniais, dentre outros.

⁵ BARBOZA, Estefânia M. Q. **Jurisdição Constitucional: entre o constitucionalismo e a democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17.

de direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva⁶. Porém, na busca da efetividade dos direitos, “grande parcela dos indivíduos têm se valido da instância judicial para buscar a definição de questões que são relevantes para toda a sociedade brasileira e, por conseguinte, há a consolidação um novo *locus* de soluções de conflitos.” O que pode ser denominado por “judicialização da política”.⁷

Depositou-se, assim, no Judiciário, a garantia de maior proteção a direitos e garantias fundamentais contra interesses políticos e maiorias democráticas transitórias, o que refletiu também no aumento e na natureza das demandas propostas perante o Judiciário.

O Judiciário, até então, era aparelhado para atuar sobre fatos ocorridos, pretéritos e individuais ou restritos, enquanto a natureza das demandas propostas atualmente é prospectiva, relativa ao futuro⁸ e, em grande parte, com repercussões difusas ou coletivas. Busca-se uma decisão judicial “transformadora de um cenário de inércia ou insuficiência da ação pública” e, tal decisão, “que determina condutas ao administrador”, para ser legítima, deve ser acompanhada dos resultados que se pretende alcançar, o que demanda um repensar da atuação jurisdicional.⁹

A prestação jurisdicional se modifica, deixa de se referir aos “elementos clássicos em matéria de configuração de direitos fundamentais, ao contrário, a composição do conflito de interesses” passa a demandar “elementos de construção da decisão judicial que não são próprios ao seu mister original, como a escolha de prioridades e formas de ação num ambiente de demandas múltiplas e recursos escassos.”¹⁰

Um dos grandes problemas do aumento e complexidade das demandas judiciais e dessa concepção de remeter tais questões ao Judiciário, exclusivamente, se dá pelo fato

⁶ Pode-se vislumbrar a baixa efetividade de tais direitos, o que ocasiona elevado número de demandas judiciais em busca da realização subjetiva de direitos fundamentais, conforme pondera HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 345-349.

⁷ CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de Ré. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009, p. 83. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

⁸ Ressalta a autora: “Este tipo de atuação, porque prospectivo, atrai para a jurisdição um olhar para o futuro, que normalmente não lhe é próprio; e com essa prospectiva (de como se deva empreender à reestruturação da ação administrativa), invita igualmente o desafio de empreender-se à supervisão dessas novas medidas, numa lógica de execução de sentença que em muito se diferencia da disciplina processual tradicional.” VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 112.

⁹ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 152-153.

¹⁰ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

que na jurisdição constitucional a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada para alguns juizes não eleitos democraticamente. Assim, a contramajoritariedade dos tribunais, especialmente dos constitucionais, é um aspecto que se debate na doutrina nacional e estrangeira.

O modelo tradicional de jurisdição constitucional, de matriz norte-americana, também adotado em diversos países, “termina, ao cabo, por não acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, o que obscurece a amplitude do debate democrático”.¹¹

E há, ainda, grande risco de o Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do Poder Constituinte, de modo a obscurecer o papel de outras instâncias na definição do sentido da Constituição, sendo que a atividade interpretativa deve se processar pelo diálogo entre Poderes e instituições.¹²

A problemática que se enfrenta nessa crescente demanda de casos complexos e da correspondente resposta do Judiciário, tendo em vista a proibição de *non liquet*, é a sobreposição do Poder Judiciário sobre os demais Poderes, com invasão de competências e violação da separação de poderes, segundo parte da doutrina, mediante decisões não democráticas e com a prática de ativismo judicial e judicialização da política.¹³ Pondera-se também que, sem dúvida, um dos papéis importantes do Judiciário é, contramajoritaria-

¹¹ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 310. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

¹² ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 309-310. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

¹³ A respeito, a judicialização da política “se manifesta como fenômeno caracterizado pela presença expansiva dos direitos fundamentais, suas garantias e as instituições postas a seu serviço, expressando um “[...] avanço da agenda igualitária em um contexto que, tradicionalmente, não conheceu as instituições da liberdade [...]”. Compreensível, portanto, o entusiasmo com que a cidadania, por si ou por instituições que a representem, reencontrando-se com a democracia, tenha se lançado na perseguição jurisdicional dos direitos assegurados pelo novo Texto Fundante, supostamente não garantidos, no todo ou em parte, pelas estratégias de ação do Estado. Se a possibilidade em si, de submeter as opções políticas ao Poder Judiciário é atribuído do sistema constitucional, como ferramenta integrante do sistema de controle; a intensificação das ocorrências concretas desse tipo de questionamento envolve uma percepção coletiva de que essas mesmas escolhas devem efetivamente merecer o controle técnico e social que a arquitetura do poder permite. Intensificadas as provocações junto ao Judiciário, é natural que esta estrutura institucional sinta-se pressionada a oferecer réplica aos reclamos da coletividade. E sem o desenvolvimento de repostas específicas para o estado de coisas inconstitucional que resulta da contumaz ineficácia será a aplicação das velhas fórmulas de composição de conflito; ampliadas, todavia, no seu espectro de atuação, numa manifestação do comportamento qualificado por muitos como ativismo.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 103.

mente, proteger as minorias das maiorias. Contudo, o problema é rever os limites e modos da separação dos poderes, principalmente, como deve atuar o Judiciário diante das demandas complexas que lhe são propostas, em sua grande maioria relativas às políticas públicas e à concretização de direitos fundamentais. Deve manter-se isolado e proferir decisões por si, conforme for sua concepção, ou pode valer-se dos outros Poderes, em cooperação, para a busca conjunta de melhores, mais legítimas e universais soluções?

A visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, tende a desconsiderar “o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição”, e tal não é pertinente “na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições.”¹⁴

As demandas, em uma quantidade significativa, são complexas, um dos problemas iniciais, por exemplo, apontado por Vanice do Valle é que as Cortes Superiores, uma vez que não examinam matéria fática, não costumam distinguir se o direito fundamental perseguido já é objeto de alguma política pública existente ou em andamento.¹⁵

Em um ambiente onde os conflitos são complexos, evidencia-se que a Corte Suprema brasileira tem à sua frente a necessidade de efetuar uma escolha a respeito de um desenho institucional.¹⁶ Ocorre que, formular políticas públicas, ou seja, eleger prioridades e suas respectivas medidas “é opção de claro viés administrativo, que compreende a aferição de elementos que vão muito além da simples enunciação de que a dignidade da pessoa humana é objetivo fundamental da República.” Considerando-se apenas as determinações constitucionais, falta ao direito informações suficientes a perceber a riquíssima realidade administrativa “ante a afirmação peremptória de que o Judiciário pode determinar a contratação de profissionais, ou a realização de obras públicas, na proteção ao direito à saúde ou à dignidade do preso.”¹⁷

¹⁴ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 310. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

¹⁵ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 138.

¹⁶ CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009, p. 84-85. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lirio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 140.

A realidade, portanto, é tão rica de detalhes e nuances que a grande maioria de demandas judiciais atinentes às políticas públicas e aos direitos fundamentais não se resolve apenas pelo critério da subsunção normativa, mas demandam decisões políticas.

2.2 Diálogos institucionais – novas luzes sobre a atuação do Judiciário

Em combate ao protagonismo do Judiciário e suas consequências como o que vem se denominando judicialização da política, ativismo judicial e atuação contramajoritária das Cortes, teóricos americanos e canadenses do final do século XX propuseram um novo modelo de proteção aos direitos constitucionais, com a revisão da atuação do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional, com uma proposta cooperativa entre as instituições, por meio de atividade dialógica, sem isolamento, de modo a proporcionar maior coesão e estabilidade.

A teoria dos diálogos institucionais retira o foco da “última palavra”, da atribuição de competência a um único Poder e foca em “uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática.”¹⁸

Os diálogos institucionais não se restringem à relação entre Judiciário e Legislativo, mas este é o campo em que se encontram maiores propostas por parte das teorias. Os diálogos institucionais resumem-se como uma metáfora definidora do mecanismo de atuação das instituições quando suas decisões afetam diretamente deliberações construídas por outra instituição.¹⁹

Outros países como Reino Unido, Nova Zelândia e Israel também possuem mecanismos de diálogo institucional. Não há como deixar de se reconhecer a maior facilidade de implementação em países parlamentaristas.

O tema dos diálogos institucionais ainda se encontra em construção, com destaque aos teóricos americanos e canadenses, de modo que não há consenso acerca de sua configuração e abrangência, trabalhado, portanto, sob diversos enfoques, contudo, o aspecto

¹⁸ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 312. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

¹⁹ BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José, RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 05, n.17, p.288-309, out/dez. 2011, p. 304. Apud: TOMAINO, Bianca. Teorias dialógicas e significantes vazios: breve ensaio sobre a historicização do direito, no Brasil contemporâneo. **Quaestio Juris**. vol.07, nº 01, Rio de Janeiro, 2014. pp 165-184, p. 173.

comum é a revisão da atuação do Judiciário como aquele que possui exclusividade na interpretação da Constituição, isoladamente, e, portanto, como detentor da “última palavra”.

Dentre os teóricos, Cass Sunstein considera que “a interpretação da Constituição deve ser compreendida como um produto de contribuições de diferentes atores e perspectivas teóricas” e, em muitos casos, pode ser necessária uma “postura de autocontenção por parte dos magistrados em situações controversas”. O autor possui um posicionamento minimalista e menos ambicioso. Sunstein adota uma teoria de revisão judicial minimalista, no sentido de a Corte decidir o necessário e não mais, a fim de evitar o risco da decisão errada ou da decisão certa com efeitos contraproducentes, de modo que quando a Corte lida com questões complexas, diante das quais a sociedade se divide, esta seria a melhor estratégia judicial.²⁰

A teoria de Sunstein não implica em estabelecer quem detém a última palavra, mas na proposta “de um processo dialógico complexo, construído em universos deliberativos a partir dos vários influxos provenientes da sociedade civil, de órgãos legitimados por seu conhecimento técnico e dos representantes democraticamente eleitos.”²¹ Busca-se a construção de uma “rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista”.²²

A proposta dos diálogos institucionais, exposta por Rosalind Dixon, propõe a modificação “do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional” em busca do equilíbrio entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e as decisões democráticas.²³ A maior efetividade dos direitos

²⁰ É o que se extrai da tese de Conrado Mendes a respeito da teoria de Cass Sunstein, **One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press. 2001. Apud: MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008, p. 111-113. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf> Acesso em 04 de agosto de 2017.

²¹ CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009, p. 85. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

²² SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002. WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993. Apud: ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 17. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

²³ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002. WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993. DIXON, Rosalind. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011. Apud: ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma

fundamentais requer uma atuação menos ativa do Poder Judiciário e a adoção do modelo de diálogos institucionais.²⁴

Peter Hogg, a partir da experiência canadense²⁵, defende que a decisão judicial deve estar aberta para modificações, revogação ou anulação por processo legislativo ordinário, assim, a decisão causa um debate público e os valores da Carta adquirem um lugar mais proeminente e o corpo legislativo terá condições de dar uma resposta que respeite os valores identificados pela Corte, mas que também respeite os econômicos e sociais que a decisão impediu, assim, a revisão judicial não é um poder de veto sobre as políticas da nação, mas o começo de um diálogo de como conciliar os valores individuais da Carta com a realização de políticas sociais e econômicas em benefício da comunidade.²⁶

É possível vislumbrar efeitos positivos do diálogo entre os Poderes não apenas quando o Parlamento elabora outra lei, mas também quando a lei é mantida e, quando na exposição de motivos e em outras medidas, regulamentos, por exemplo, os Poderes acatam as decisões e considerações do Judiciário.²⁷

Christine Bateup propõe uma teoria que permita não apenas uma maior participação de todos os poderes na afirmação do significado das disposições constitucionais, como, ao mesmo tempo, que propicie incentivo à incorporação da cidadania no diálogo constitucional.²⁸ Bateup defende o que denomina como “fusão dialógica”, que consiste na combinação

jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 312. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

²⁴ DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law - I-Con**, vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418. Apud: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009, p. 85. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

²⁵ O modelo de diálogo canadense foi estabelecido a partir da Carta de Direitos e Liberdades de 1982.

²⁶ HOGG, Peter H. E BUSHHELL, Allison. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas**, p. 22. In: GARGARELA. **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Siglo XXI Editores, Argentina, 2014.

²⁷ Por exemplo o caso “Committee for the Commonwealth of Canada c. Canada” em que a Corte derrogou parte das Regulações Governamentais de Funcionamento da Concessão de Aeroportos por restringir excessivamente a liberdade de expressão. Posteriormente, foram expedidos novos regulamentos menos restritivos. HOGG, Peter H.; BUSHHELL, Allison. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas**, p. 45-47. In: GARGARELA. **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Siglo XXI Editores, Argentina, 2014.

²⁸ BATEUP, Christine. “The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”, in **Brooklyn Law Review**, vol. 71, nº 3, p. 1164-1165. Apud: TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009, p. 2170. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017.

de elementos das teorias de equilíbrio e de parceira, de maneira a permitir uma reconciliação entre as preocupações democráticas e o modelo de parceria. Esta “fusão” possibilita uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais do diálogo, bem como da forma como os diferentes atores participam da construção do significado da Constituição.²⁹

A partir das teorizações acerca dos diálogos institucionais, depreende-se que todas as instituições são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, todas devem, conjuntamente, proteger direitos, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões. A Constituição não é considerada como um texto a ser interpretado, mas como uma construção; não há uma última palavra, o texto constitucional sofre constantes ressignificações.

Na defesa dos diálogos institucionais questiona-se a preponderância de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a teoria da separação dos poderes, como as estruturas principais de um Estado Democrático.³⁰

Os diálogos institucionais exigem revisão da teoria da Separação dos Poderes para uma versão mais dinâmica e flexível, que pressupõe a ideia de parceria e colaboração entre os Poderes. A teoria da *judicial review* está atrelada a uma determinada concepção da teoria da separação dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, segundo Gargarella, de defesa entre os poderes.³¹ Nessa sistemática, cabe ao Judiciário a decisão final acerca

²⁹ BATEUP, Christine. “The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue”, in *Brooklyn Law Review*, vol. 71, nº 3, p. 1174. Apud: TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009, p. 2170. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017. O que também se extrai de BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review* v. 71, p. 1109-1180. Apud: SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espindola. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. p. 76-77 Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>> Acesso em 23 de junho de 2017.

³⁰ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. *REVISTA DA AGU*, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 313. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

³¹ “Por un lado, Madison dejó en claro, entonces, cuál era el *objetivo* del sistema institucional de frenos y contrapesos. El mismo, consistente con la idea general de evitar las mutuas opresiones, se concentraba en la propuesta de *resistir las intrusiones de una rama de gobierno sobre las demás*. Para ello, se optaba por una estrategia institucional de *paz armada*, que consistía en otorgar a cada uno de los poderes de gobierno armas contundentes (“medios constitucionales”), capaces de prevenir los posibles ataques de los demás. Dotados, cada uno de los poderes, de armas defensivas, todas las ramas de gobierno podrían sentirse igualmente poderosas e intimidadas ante el poder de las demás, y tenderían por tanto a no excederse, temerosas del potencial “disparo defensivo” de las demás.” (...) “La lógica de dicha concepción era la *lógica agonial, del conflicto –la lógica de la guerra*. Lo que se pretendía era utilizar al sistema institucional de modo tal de organizar y contener al conflicto social, canalizando las energías de todos –los impulsos expansivos y/u opresivos propios de los integrantes de cada una de las ramas de poder- en pos del beneficio común.” GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Argentina:

da interpretação da Constituição, acerca do Direito, o que vem sendo questionado quanto à característica contramajoritária e antidemocrática dessa concepção de freios e contrapesos, além de propiciar o também questionável ativismo judicial na definição de direitos e políticas públicas, ultrapassando-se os limites interpretativos.

A respeito, Gargarella ressalta que o sistema dominante, da lógica de freios e contrapesos, é organizado com caráter de guerra, portanto, não se adequada e, ainda, obstaculiza o desenvolvimento de uma prática apropriada de diálogo constitucional. De modo que para promover um diálogo democrático entre os distintos ramos do Poder, e entre eles e a sociedade em seu conjunto, deve-se pensar em reformar o sistema de freios e contrapesos, antes de prosseguir no caminho de consolidação do modelo de diálogo constitucional.³²

Vê-se que uma das propostas do atual constitucionalismo é repensar a atuação tradicional do Judiciário, do modelo do *judicial review*, ou seja, no qual o Judiciário acaba sendo o protagonista da interpretação constitucional e o detentor da última palavra. Esse repensar exige também reflexão sobre o modelo da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, adaptando-os à maior flexibilidade e cooperação.

Esta revisão proposta é fomentada pelo questionamento quanto à atuação do Judiciário diante de novas espécies de demandas judiciais que lhe são submetidas, muito mais complexas, prospectivas e, em geral, com direitos ou consequências difusas e coletivas, que exigem interpretação e aplicação da Constituição diferenciada, em compasso com valores e interesses heterogêneos da coletividade, razão pela qual o diálogo se faz imprescindível à legitimidade e à efetividade das decisões.

Apresentam-se as teorias do diálogo institucional como um interessante instrumento de revisão da teoria da separação de poderes e diálogo entre estes, de modo que a separação seja adotada de forma menos rígida, propiciando-se maior legitimidade democrática à jurisdição constitucional³³ e definições mais democráticas das políticas públicas e do conteúdo de direitos fundamentais sociais.³⁴

Universidade de Buenos Aires, 2014, p. 1-30, p. 6 e 8. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

³² **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**, p. 26. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

³³ Deve-se ressaltar, contudo, que o mecanismo do “diálogo institucional” não é eminentemente democrático. Se inserido em um contexto de liberdades democráticas, poderá potencializá-las. SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>> Acesso em 23 de junho de 2017.

³⁴ Neste sentido: “Estes novos arranjos institucionais vêm sendo chamados de “teorias dialógicas”, e defendem uma visão menos rígida da separação de poderes, baseada na capacidade de se estabelecer um verdadeiro diálogo entre os diversos ramos (legislativo, executivo e judiciário) na busca pela melhor proteção possível aos direitos fundamentais.” TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os

2.3 Os diálogos institucionais como possibilidade à realização de políticas públicas e à concretização de direitos fundamentais pelo Estado

As Constituições, especialmente em Estados de Bem-Estar Social e Democrático de Direito como o brasileiro, consagraram diversos direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos, que, sob o aspecto subjetivo, compreendem diversas posições aos seus titulares e sob o aspecto objetivo diversos deveres ao Estado e aos particulares, seja abstenção, proteção ou promoção. Reconhece-se, também, a força normativa da Constituição e a necessidade da incessante busca pela efetividade de suas normas.

A judicialização da política é uma consequência de fatores como a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, do elevado grau de pluralismo político e social nela existente, do fortalecimento da independência do Poder Judiciário e da mudança na nossa cultura jurídica hegemônica, que passou a ver os preceitos constitucionais como normas jurídicas vinculantes.³⁵

Aspectos estes que, acrescidos à complexidade da vida em sociedade, diante de novas necessidades, que se modificam rapidamente, atreladas ao desenvolvimento tecnológico, geram demandas judiciais também complexas, em velocidade e número expressivos.

O fenômeno do aumento do número de demandas judiciais, segundo Estefânia Barboza, decorre do fato de os cidadãos não aceitarem aguardar as prestações estatais e buscam o Poder Judiciário, “como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo”, assim, o Poder Judiciário passa a ser demandado no tocante à realização de políticas públicas.³⁶

Estas demandas, contudo, costumam se relacionar a aspectos e efeitos que não se restringem às partes e sim a direitos coletivos e difusos, requerem uma atuação do Judiciário sobre políticas públicas e direitos fundamentais³⁷ e demandam interpretação e

sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017.

³⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 34-35.

³⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: entre o constitucionalismo e a democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 149.

³⁷ Segundo Thais Sampaio da Silva, “o Judiciário é inerte. Não fosse pela demanda não satisfeita pelo Legislativo e pelo Executivo, não haveria essa “nova” demanda, esse “novo” problema. Os casos que lhe são trazidos, então, devem ser julgados (CF, art. 5º, XXXV), sendo-lhe vedado o *non liquet* – eis o conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Aos juízes, nega-se o capricho da indecidibilidade.” A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

integração de lacunas, com limites tênues, muitas vezes ultrapassados, que tornam as decisões judiciais ativistas ou políticas, desbordando-se do tradicional limite de atuação do Judiciário, com invasão de competências legislativas e executivas.

Caroline Bittencourt ressalta que a política pública envolve uma decisão da sociedade sobre ela mesma e que toda forma de escolha implica uma decisão. Desse modo, quando houver controle jurisdicional sobre o objeto da política pública “estar-se-á substituindo ao menos parte de uma decisão por outra, uma escolha anterior por outra escolha e, conseqüentemente, novas exclusões.” Ainda, as decisões em termos de políticas públicas, na sua base, na sua essência, tratam da relação entre direito e política; “portanto, a decisão em termos de política pública reflete no mínimo em dois campos: na arena política e no sistema jurídico.”³⁸

Diante desta realidade de demandas complexas, que envolvem valores e interesses heterogêneos da sociedade, se adotadas as teorias dos diálogos institucionais estas podem representar importante mecanismo de decisão, não apenas jurisdicional, mas como um modo dialógico de estabelecimento ou revisão de políticas públicas e realização de direitos fundamentais, mais legítimo³⁹ e eficaz. E, destarte, de maior efetividade às normas constitucionais.

Casos complexos demandam maior diálogo, com flexibilidade decisória e legitimidade democrática.⁴⁰ A dinâmica atual da sociedade contemporânea requer aprimoramento no funcionamento institucional. A legitimidade estatal é construída a partir de suas instituições, as quais, na busca pela concretização do Estado Democrático de Direito, devem primar pelo diálogo.⁴¹

Vê-se pois que a atuação do Judiciário sobre demandas complexas, muitas das quais envolvem políticas públicas, requerem atuação e decisão por procedimentos distintos daqueles tradicionais, em que os Poderes se isolam e, às vezes, “se atacam”. Em que o Judiciário decide e ordena.

³⁸ **Controle jurisdicional de políticas públicas.** Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p. 72.

³⁹ Neste sentido, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos e instituições. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002. Apud: ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 313. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

⁴⁰ SILVA, Thais Sampaio da. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁴¹ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 320. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

As políticas públicas envolvem decisões ora políticas (Legislativo, Executivo) e ora jurídicas (quando o Judiciário faz o controle e substitui a decisão anteriormente tomada) ou porque a decisão política pressupõe aspectos jurídicos, como, por exemplo, a concretização dos direitos fundamentais e sua obrigatoriedade. Ainda, deve-se realçar a necessidade de atendimento do elemento democrático, uma vez que a democracia integra o conceito de política pública. A Constituição, ao tratar de política pública, funda-se na ideia de participação.⁴² Assim, decidir sobre política pública requer diálogo e participação.

Vanice do Valle, após analisar inúmeras decisões judiciais brasileiras acerca das políticas públicas e direitos fundamentais⁴³, diagnostica algumas das dificuldades e dos problemas que podem surgir a partir de tais decisões judiciais nestas demandas complexas. Dentre estes, destaca, inicialmente, as decisões não costumam distinguir as hipóteses de heterovinculação (determinações da Constituição) daquelas de autovinculação (determinações de políticas públicas já estabelecidas), que não se diferenciam as dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais e se desconsidera a necessidade de planejamento e financiamento das políticas públicas. Outro aspecto identificado é no sentido que as decisões podem gerar desequilíbrio nas políticas públicas e desigualdade, diante da preferência de um jurisdicionado específico, ou de uma área específica, em detrimento dos demais, consequência esta que é comum e grave. Ainda, a decisão judicial não possui aptidão a gerar continuidade, se refere a um determinado momento ou lapso temporal reduzido, o que não representa o controle de uma política nem a efetivação de um direito fundamental na sua dimensão objetiva.⁴⁴

A falta de efetividade das decisões judiciais nesta temática também pode ser vislumbrada pela não indicação do montante de recursos, nem da política pública específica, de modo que o Judiciário decide, a Administração cumpre algo, mas não se pode avaliar a efetividade e o real atendimento da necessidade, razão pela qual se defende outra forma de atuação do Judiciário.⁴⁵ Ressalta Vanice do Valle que a decisão judicial em políticas públicas deve ser transformadora e, assim, deve consignar os resultados futuros que se pretende alcançar.⁴⁶

⁴² BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. p. 78.

⁴³ Para maiores detalhes, conferir: **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 112-135.

⁴⁴ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 137-138, 142-143, 144-145 e 150-151.

⁴⁵ A respeito, pondera Daniel Wunder Hachem, que algumas decisões judiciais determinam a realocação de vultosos recursos públicos ao atendimento de um único caso, em desrespeito ao princípio da igualdade. HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 51.

⁴⁶ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 151-153.

De acordo com a autora, “o Judiciário passa a funcionar como verdadeiro *veto player*”, uma vez que passa a deter poder de remanejar recursos e prioridades do Poder Público, com a possibilidade de repercussões danosas em termos sociais.⁴⁷

A análise do Judiciário costuma recair sobre o acerto das escolhas políticas da Administração, de modo que o Judiciário desloca-se do campo abstrato do direito fundamental para o aspecto concreto e operacional.⁴⁸ Uma das dificuldades encontradas é o déficit de expertise do Judiciário, a importância das técnicas é cada vez maior e o direito é apenas um dos aspectos envolvidos, o que reforça, segundo Vanice do Valle, a importância de uma jurisdição mais dialógica e plural.⁴⁹ As políticas públicas precisam ser compreendidas de modo coordenado, assim, o magistrado deve analisar para além do pedido, antecipando as possíveis interferências e efeitos.⁵⁰

O alerta de Vanice do Valle quanto à efetividade das atuais decisões judiciais em políticas públicas e direitos fundamentais é relevante para a reflexão acerca do modelo até então adotado e da necessidade de se repensá-lo, especialmente com a adoção de mecanismos de diálogos institucionais. A autora ressalta que ainda que a decisão judicial assegure uma prestação específica e contingente, ela não assegura o desenvolvimento da política pública, ou seja, não beneficia a coletividade, assim, o provimento não garante a efetividade dos direitos fundamentais.⁵¹ E a decisão judicial, portanto, pode desencadear profunda desigualdade na realização dos direitos fundamentais.

É salutar, portanto, repensar a atuação do Judiciário, coordenada e em diálogo institucional. A respeito, “os poderes podem concertar-se a fim de chegar a uma solução concreta”. A interdisciplinaridade pode ser utilizada na criação de “instrumentos processuais específicos para, além do contraditório formal, estimular a tomada de decisões, senão consensuais, tecnicamente melhor subsidiadas. Afinal, trata-se de questões e relações jurídicas complexas.” Sem dúvida, existem dificuldades de implementação, os “juízes nem sempre dialogam – argumentativamente – entre si, com juízes de outras jurisdições e com outras instituições.”⁵²

⁴⁷ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 150. A respeito, também pondera NOVAES, Jorge Reis. **Direitos sociais:** teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 27.

⁴⁸ VALLE, Vanice do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108.

⁴⁹ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 109.

⁵⁰ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 110.

⁵¹ **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 111.

⁵² SILVA, Thais Sampaio da. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015, p. 8. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

Thais Sampaio da Silva apresenta que o próprio diálogo processual pode auxiliar no diálogo institucional. As teorias de diálogos interinstitucionais podem ser utilizadas no processo judicial, por exemplo, no tocante aos limites de controle do mérito do ato administrativo, ou seja, entre os Poderes Executivo e Judiciário. “Pela teoria dos diálogos, os poderes não são excludentes, mas, de fato, harmônicos.”⁵³

A teoria dos diálogos pode contribuir à legitimidade democrática por intermédio de um processo deliberativo mais compatível com a complexidade do caso, assim, a concretização do sentido constitucional pode ser realizada pelos diversos atores e não apenas pelo Judiciário.⁵⁴

Nos diálogos institucionais, deve-se superar e aprimorar a interpretação constitucional e a concepção da separação de poderes, “a partir da conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política.”⁵⁵

A teoria dos diálogos contribui à realização e à concretização dos direitos fundamentais a partir da relação entre os poderes públicos e entre estes e a sociedade, “reconhecendo a falibilidade de todas as instituições políticas, não adotando uma concepção idealizada das capacidades institucionais.” Trata-se de um “modelo de circularidade procedimental” que viabiliza a concretização dos direitos fundamentais de modo interativo, no qual os Poderes agregam seus conhecimentos, de modo a propiciar “a construção de

⁵³ A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015, p. 8. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁵⁴ A autora exemplifica que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem experiências interessantes na tentativa de estimular o diálogo, como os Fóruns Interinstitucionais Previdenciários, cuja finalidade é ampliar a discussão sobre o aperfeiçoamento e a padronização das práticas e dos procedimentos nas demandas previdenciárias da Justiça Federal, facilitando a interlocução, fomentando a postura de colaboração e promovendo o diálogo, com vistas à célere e efetiva resolução dos processos, com resultados nas práticas administrativas. Ainda, tem-se o Comitê Executivo de Saúde, que visa atender às demandas referentes à judicialização da saúde cujo objetivo é a busca pela resolução dos conflitos na área de assistência à saúde, a fim de uniformizar procedimentos a serem realizados por médicos e operadores do Direito, de modo a otimizar a assistência à saúde, garantir a organização do Sistema Único de Saúde e, principalmente, permitir que as políticas públicas sejam desenvolvidas de modo isonômico para todos aqueles que buscam o tratamento por intermédio do SUS. SILVA, Thais Sampaio. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015, p. 11-12. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁵⁵ ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional, **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013, p. 291. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

um modelo de tomada de decisão mais qualificado” com a potencialidade de se produzir decisões melhores, “a forjar consensos políticos e a garantir segurança jurídica.”⁵⁶

Destarte, defende-se que o novo Judiciário, para o controle das políticas públicas, deve desenvolver “atividade dialógica com as instâncias técnicas que possam contribuir para o aprofundamento do problema”, inclusive, com os Tribunais de Contas.⁵⁷

A prática dialógica permite “restabelecer o reequilíbrio entre os poderes na busca de uma legitimidade democrática” e, ao admitir a participação de diversos segmentos e conhecimentos permite “a concretização de direitos fundamentais, notadamente em favor de segmentos minoritários.”⁵⁸

As decisões judiciais nas temáticas complexas de políticas públicas e direitos fundamentais, a partir do diálogo institucional, com contribuições técnicas e democráticas, podem vir a superar grande parte das atuais dificuldades de efetividade das atuais decisões judiciais, cujos principais obstáculos se referem ao atendimento apenas individual, concreto e temporário daquele que busca o Judiciário, além da interferência e bloqueio gerado por decisões judiciais no atendimento de outras demandas ou de outras políticas. Desse modo, a adoção dos diálogos institucionais pode contribuir para a efetiva realização das políticas públicas e à concretização dos direitos fundamentais.

⁵⁶ BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 289. Neste sentido, Conrado Hübner também propõe as noções de “rodada procedimental” e de “última palavra provisória”: “Seu significado é simples e autoexplicativo: toda constituição prevê os caminhos para a vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos. esses caminhos têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, no entanto, somente dentro de uma rodada, que pode ser recomeçada, indefinidamente.” MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170. Apud: SILVA, Thais Sampaio. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015, p. 10-11. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

⁵⁷ VALLE, Vanice do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 154.

⁵⁸ TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009, p. 2170. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que existe grande tendência em se repensar a atuação do Judiciário e a forma tradicional da separação de poderes adotada nos Estados Unidos da América e difundida, ao seu modo, em grande parte dos Estados.

A atuação do Judiciário, em muitos casos, tem gerado questionamentos quanto ao ativismo judicial, (que pode ser entendido, sucintamente, como uma interpretação que ultrapassa os limites do texto normativo), quanto à judicialização da política e ao caráter contramajoritário das decisões judiciais, o qual, em verdade, foi e ainda pode ser salutar na proteção de direitos e garantias contra entendimentos e pressões transitórias.

Assim, dentre outras teorias, surgiu no contexto acadêmico internacional, em especial, a partir de teóricos americanos e canadenses, as teorias dos diálogos institucionais. Como se depreendeu, não há consenso quanto à configuração, o que se propõe, em síntese, é rever a posição do Judiciário como o detentor da última palavra na interpretação e, a partir de diálogos, reconhecer que todos os Poderes são intérpretes da Constituição, bem como que não há uma definitividade. De acordo com Conrado Hubner Mendes, há uma última palavra provisória, até que se recomece uma nova rodada.

As teorias dos diálogos institucionais também propõem a cooperação e colaboração entre os Poderes na solução das demandas da coletividade, de modo a propiciar maior democratização e efetividade às decisões.

Tendo em vista o modelo de Estado Democrático de Direito e de uma Constituição com força normativa, que deve efetivar os direitos albergados, existe uma plêiade de demandas judiciais em busca da realização e controle de políticas públicas, bem como de concretização de direitos fundamentais.

Ocorre que as demandas judiciais vêm se tornando cada vez mais complexas pois as necessidades, as relações jurídicas, afetivas, familiares se modificaram, bem como a tecnologia insere com velocidade nunca antes vista grandes transformações na sociedade, em todos os campos. O Judiciário tinha um papel muito mais voltado a demandas individuais, restritas e relativas a fatos pretéritos, atualmente, com a complexidade das questões, as demandas tendem a surtir efeitos prospectivos, com grande repercussão na sociedade, e envolvendo valores e interesses de diversos segmentos, heterogêneos e conflitantes.

Destarte, o modelo tradicional de decisão judicial, isolada dos demais poderes, em que o Judiciário é o grande protagonista e tem como atribuição dar a “última palavra” não tem demonstrado efetividade nestas demandas complexas atreladas a políticas públicas e direitos fundamentais. As políticas públicas e a definição e concretização de direitos fundamentais envolvem questões diversas, técnicas e multidisciplinares, além de valores,

necessidades e interesses da coletividade destinatária, que não se restringem ao proponente da ação judicial, assim, necessariamente, o Estado e a sociedade devem participar, em cooperação, destas definições, e não apenas um dos Poderes estatais.

Desse modo, o que se propõe é repensar o modelo adotado ao controle judicial sobre políticas públicas e direitos fundamentais e visualizar a teoria dos diálogos institucionais como uma possibilidade ao aprimoramento das decisões judiciais com vistas à realização de políticas públicas e concretização de direitos fundamentais de modo mais eficiente, isonômico, democrático e legítimo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins. Supremacia ou diálogos judiciais? O desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional. **REVISTA DA AGU**, v. 12, n. 38, 31 dez. 2013. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/26>>. Acesso em 24 de agosto de 2020.

BARBOZA, Estefânia M. Q. **Jurisdição Constitucional: entre o constitucionalismo e a democracia**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 17.

BATEUP, C. The Dialogic promise: assessing the normative potential of theories constitutional dialogue. **Brooklin Law Review** v. 71, p. 1109-1180, 2006. Apud: SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>> Acesso em 23 de junho de 2017.

BATEUP, C. The Dialogic Promise: assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue, in **Brooklyn Law Review**, vol. 71, nº 3, p. 1164-1165. Apud: TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009, p. 2170. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013. p. 78.

BOLONHA, Carlos, EISENBERG, José, RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais no Constitucionalismo Contemporâneo. In: **Direitos Fundamentais & Justiça**, ano 05, n.17, p.288-309, out/dez. 2011, p. 304. Apud: TOMAINO, Bianca. Teorias dialógicas e significantes vazios: breve ensaio sobre a historicização do direito, no Brasil contemporâneo. **Quaestio Juris**. vol.07, nº 01, Rio de Janeiro, 2014. pp 165-184.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de Ré. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited. **International Journal of Constitutional Law** - I-Con, vol. 5, nº 3, 2007, p. 391-418. Apud: CARVALHO, Flávia Martins de; VIEIRA, José Ribas; RÉ, Mônica Campos de. As teorias dialógicas e a democracia deliberativa diante da representação argumentativa do Supremo Tribunal Federal. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, n. 5, p. 81-92, outubro/2009. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/33307-42498-1-PB.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

GARGARELLA, Roberto. **El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos**. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HOGG, Peter H. E BUSHHELL, Allison. **El diálogo de la Carta entre los tribunales y las legislaturas**. In: GARGARELLA. **Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática**. Siglo XXI Editores, Argentina, 2014, p. 17-50.

KELSEN, Hans. **La giustizia costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1981, p. 202 e ss. Apud: SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 170. Apud: SILVA, Thais Sampaio. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015, p. 10-11. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

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

SILVA, Alexandre Garrido da; FERREIRA, Ruan Espíndola. **Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c>> Acesso em 23 de junho de 2017.

SILVA, Thais Sampaio da. A judicialização de demandas político-sociais e a possibilidade do controle judicial do “mérito” do ato administrativo. Legitimação a partir da teoria dos diálogos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 67, ago. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao067/Thais_daSilva.html Acesso em: 03 de agosto de 2017.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **One case at a time: Judicial Minimalism on the Supreme Court**. Harvard University Press. 2001. Apud: MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo: 2008, p. 111-113. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/.../TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf> Acesso em 04 de agosto de 2017.

TAVARES, Rodrigo de Souza; BERMAN, José Guilherme. Teorias dialógicas e os sistemas de constituições não escritas: o caso israelense. **Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI**, realizado em São Paulo – novembro de 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2259.pdf> Acesso em 21 de junho de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE AÇÕES AFIRMATIVAS: IGUALDADE, SOLIDARIEDADE, ALTERIDADE – LIMITES

REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI*

SUMÁRIO:

1. Limites aos direitos fundamentais. 2. Igualdade substancial, material e formal. 3. Critério discriminatório. 4. Ações afirmativas: efetivação/solidariedade. 5. Políticas públicas para ações afirmativas: limites.

1. LIMITES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O homem é um ser social, o que significa dizer que a sua existência tem como característica a coexistência. Deste modo, se os homens coexistem, seus direitos, por natureza, possuem o mesmo atributo e se limitam mutuamente.

Os direitos fundamentais, por decorrerem da própria natureza humana, não podem ser absolutos, primeiramente, porque são direitos positivados em um determinado tempo e lugar e, em segundo lugar, como afirma Konrad Hesse, porque “as liberdades jurídico-fundamentais são liberdades jurídicas e, como tais, sempre determinadas materialmente, isto é, limitadas”, ou, melhor dizendo, “cada direito fundamental encontra seu limite, principalmente, lá onde termina seu alcance material”. Além disso, os direitos fundamentais não são absolutos e ilimitados, na medida em que possuem uma dimensão subjetiva e outra objetiva. Não o são na sua dimensão subjetiva, porque não remetem ao arbítrio do titular para determinar o âmbito de satisfação do seu interesse e na, sua dimensão objetiva, por-

* Professora aposentada de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná – UFPR e Coordenadora Geral do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Doutora em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. E-mail: reginanferrari@gmail.com

que, enquanto valores previstos na Constituição estão integrados na comunidade e ligados à ideia de responsabilidade.¹

Deste modo, tais direitos mantêm, entre si e com os outros bens constitucionalmente protegidos, uma relação de harmonia, em que pese ser comum o conflito entre eles, como, por exemplo: entre a liberdade de expressão e comunicação e o direito à honra, à imagem, à intimidade, à vida privada; entre a efetividade jurisdicional e a segurança jurídica, entre a liberdade de circulação e a saúde pública.

Sampaio Doria, analisando o tema, afirma que “O único limite ao direito fundamental de um indivíduo é o respeito à igual direito de seus semelhantes, e a certas condições fundamentais das sociedades organizadas”², já Celso Bastos diz que, em face de um caso concreto, é pelo princípio da harmonização que se devem conformar normas ou valores em conflito no texto constitucional, ou seja, quando dois princípios mostrem-se antagônicos, devem abdicar da pretensão de serem aplicados de modo absoluto, prevalecendo só até o ponto em que devam renunciar em favor de um valor ou princípio que lhe for divergente³.

O próprio texto constitucional, expressamente, permite restrição ao conteúdo do direito fundamental por meio de lei, como, por exemplo, quando, no art. 5, XIII, da Constituição Federal Brasileira de 1988, prevê que a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, fica restrita às qualificações profissionais que a lei estabelecer; e se no inciso XXII, do citado artigo 5º, garante o direito de propriedade, no XXIII exige que a propriedade atenda a sua função social.

Como se pode observar, tanto se fala em limite como em restrição, expressões que, conforme Jorge Miranda, não significam a mesma coisa. A *restrição* “tem que ver com o direito em si, com sua extensão objetiva; o *limite* ao exercício de direitos contendo com a sua manifestação, com o modo de se exteriorizar através da prática do seu titular. A restrição afeta o direito (em geral ou quanto a certa categoria de pessoas ou situações), envolvendo a sua compressão ou, doutro prisma, a amputação de faculdades que *a priori* estariam nele compreendidas; o limite reporta-se a quaisquer direitos. A restrição funda-se em razões específicas; o limite decorre de razões ou condições de caráter geral, válidas para quaisquer direitos”.⁴

Neste enfoque Canotilho, ao analisar o desenvolvimento dos direitos fundamentais, reconhece que as restrições, veiculadas em lei, podem representar uma restrição ou uma

¹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988. p. 250-251.

² DORIA, Sampaio. **Os Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942. p. 574.

³ BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999. p. 107.

⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. T. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 329.

conformação. Adverte que restritivas são as normas que limitam as posições que, *prima facie*, “se incluem no domínio de proteção dos direitos fundamentais e que as normas legais conformadoras pretendem “completar, complementar, densificar, concretizar, o conteúdo fragmentário, vago, aberto, abstrato ou incompleto, dos preceitos constitucionais garantidores de direitos fundamentais”.⁵

Assim, é possível concluir que “o complexo normativo dos direitos fundamentais é composto por normas constitucionais e normas infraconstitucionais, sendo que estas podem ser normas restritivas ou normas conformadoras” e, para compreender seus efeitos, é preciso enfrentar a distinção entre limites internos e externos aos direitos fundamentais.⁶

Não se pode esquecer, por exemplo, que a própria Constituição no afã de detalhar, de descrever melhor um direito, pode restringir o universo de um direito fundamental. Na verdade, tal detalhamento não pode ser considerado como um verdadeiro limite, mas uma cláusula restritiva constitucional expressa, que, segundo Alexy, converte um direito *prima facie* em um não-direito definitivo. O exemplo característico da hipótese levantada vem no art. 5º, XVI, da CF de 1988, quando, ao prever a liberdade de reunião, exige que se dê de modo pacífico, sem armas, em locais abertos ao público, “independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”.

Para Alexy, tais cláusulas nem sempre estão expressas, o que significa dizer que podem estar tacitamente previstas pela Constituição. Decorrem da interpretação sistemática e unitária do diploma constitucional e acontece quando direitos fundamentais de terceiros, entram em colisão com outros valores jurídicos constitucionais e por isso, limitam, também, direitos fundamentais irrestringíveis.⁷

Além dessas restrições diretamente constitucionais, existem limites instituídos pelo legislador ordinário, a partir de prévia e expressa autorização constitucional. Tal característica propiciou Alexy alertar que a previsão constitucional que autoriza a restrição dos direitos fundamentais por meio de lei, apenas fundamenta sua restringibilidade, na medida em que as restrições propriamente ditas são aquelas introduzidas por lei, as quais serão válidas quando obedecerem aos contornos determinados pela Constituição e desde que protegido o núcleo essencial.⁸

⁵ CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1131.

⁶ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, p. 28/29.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. De Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

⁸ ALEXY, Robert, *ibidem*, p. 272/273.

As Constituições contemporâneas, elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, impõem aos Poderes Públicos acabar com as desigualdades sociais e impedir a discriminação.

A Constituição Federal de 1988 depois de afirmar, no *caput* do seu art. 5º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, declara no primeiro inciso do referido artigo que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Da simples leitura dos dispositivos registrados é possível sentir a preocupação do Legislador Constituinte com a igualdade. Conforme Antonio Manuel Hespanha, “a instauração da igualdade entre os cidadãos tem sido – juntamente com a garantia da sua liberdade e da segurança (ou da paz) – a definição clássica das funções do direito no Estado contemporâneo”⁹. Mesmo porque, a necessidade de determinar juridicamente a garantia da igualdade pressupõe que ela não é um dado espontâneo nas sociedades, embora possa ser um elemento da natureza dos homens.

Para Canotilho a ideia de igualdade está presente sempre que se pensa em justiça, em que pese compreender diversas esferas: “‘direito a ser considerado igual’ (Rawls), ‘direito a ser titular de igual respeito e consideração’ (Dworkin), ‘direito a iguais atribuições na comunicação política’ (Ackerman, Habermas), ‘direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei’”.¹⁰

Fala-se em princípio da igualdade, no sentido de representar a ideologia constitucional e um dos seus postulados básicos, o qual não só nivela os cidadãos perante a norma, mas, também, exige que a norma não possa ser criada prevendo tratamento diverso entre eles.¹¹

Neste sentido o STF se pronunciou, ao considerar que “O princípio da isonomia, que se reveste de auto aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio – cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar as discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei; b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A

⁹ HESPANHA, Antonio Manuel. **Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 140/141.

¹⁰ CANOTILHO, Joaquim Gomes, Op Cit., p. 239.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 10.

igualdade perante a lei, contudo, pressupondo a lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade” (MI 58, Rel. Min, Celso de Mello, j. 14.12.1990, RDA 183/143).

Ademais disso se encontra a denominada igualdade substancial, significando a equiparação de todos os homens no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, bem como sua sujeição a deveres¹².

A grande dificuldade para entender o princípio da igualdade ou da isonomia, decorre do fato dos homens não serem todos iguais, vale dizer: são, ao mesmo tempo, iguais e desiguais. Iguais pela sua natureza, desiguais pela diversidade de sua condição de vida, seja ela de ordem física, psicológica, moral, econômica, social, etc. Esta desigualdade pode acarretar, por exemplo, situações diferentes no que diz respeito à instrução, inteligência, idade, ascensão social.

Segundo Aristóteles a essência da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas isto não resolve o problema relativo distinguir os iguais dos desiguais, vale dizer: para concretizar a igualdade, que em princípio é abstrata, é preciso partir de critérios objetivos, “sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades”¹³.

2. IGUALDADE SUBSTANCIAL, MATERIAL E FORMAL

O grande problema que se põem, em relação ao princípio da igualdade, refere-se à distinção entre a igualdade formal ou jurídica e a igualdade material ou substancial e fática. Vale dizer: a igualdade de oportunidades no plano das relações sociais.

É preciso, portanto, diferenciar a igualdade substancial, material ou fática, da formal.

Ainda no século XIX o marxismo salientou esta diferença e fundamentou sua crítica ao Estado Liberal, ao considerar que ele nem sempre instaurava a igualdade, 1. pois admitia o sufrágio censitário, a exclusão do voto feminino, a situação privilegiada de certas religiões, como acontecia com relação à religião católica, em Portugal, Itália e Espanha; 2. a liberdade e a igualdade prevista para todos, pelo direito, não podiam ser exercidas na mesma medida em virtude das condições sociais e econômicas de cada um, como, por exemplo, as normas que garantiam a propriedade, sob o ponto de vista dos mais pobres,

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 317.

¹³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 400.

representaram uma proibição de acesso. Ainda assim, o direito criava o mito da igualdade e insinuava que as desigualdades materiais tinham origem nas diferenças de mérito e na capacidade de trabalho, o que legitimava a desigualdade, que era “encoberta por um discurso que afirmava a possibilidade futura de uma igualdade para todos. Com isso, desonerava a sociedade das responsabilidades nessa situação de facto, devolvendo esta responsabilidade para os desfavorecidos (pobres, mas responsáveis pela sua pobreza; mulheres, mas responsáveis pelo papel discriminado que tinham na sociedade, subdesenvolvidos, mas culpados por isso)”¹⁴.

A igualdade substancial ou material, própria do Estado Social, propugna o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade real e efetiva frente aos bens da vida, isto, até hoje, em sentido absoluto, não se realizou em nenhuma sociedade, nem nos países de ideologia comunista, nas chamadas democracias populares.

Nas constituições contemporâneas, próprias das democracias ocidentais, a igualdade material é reconhecida na medida em que preveem normas programáticas que tendem a desfazer o desnivelamento, por exemplo, entre capital e trabalho, bem como propiciar o acesso à saúde, educação, moradia e seguridade social, etc. Nos dias de hoje, diante dos princípios democráticos em vigor, não se concebe alguém ser discriminado em razão de sua genealogia, de um tratamento mais benévolo em razão de sua casta social. Mas, ainda se vê a necessidade de reafirmar o princípio da igualdade, inclusive no seu sentido formal, que consiste no direito de todo indivíduo não ser desigualado pela lei a não ser que isto aconteça em consonância com critérios aceitos e não vedados pela Constituição, ou seja, o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas a própria lei não pode ser editada em desconformidade coma isonomia¹⁵.

Trata-se de saber se o Estado deve assegurar apenas uma neutralidade processual ou se sua ação deve realizar a igualdade material.

Quando o princípio da igualdade é entendido no sentido da igualdade de todos na lei e perante a lei, se aplica quando da atuação do Legislativo, do Executivo e, também, do Judiciário, no tratamento dispensado às partes no processo.

¹⁴ HESPANHA, António Manuel, *Op. Cit.*, p. 142- 144.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op. Cit.*, p. 10.

3. CRITÉRIO DISCRIMINATÓRIO

Como já registrado, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 depois de prever, no *caput* do seu art. 5º, que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, no inciso III do artigo 3º, estabelece que cabe ao Estado “promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

A Constituição Federal de 1988 ao admitir que os indivíduos não são sempre iguais, escolhe alguns critérios que não devem ser utilizados para desigualá-los, tais como a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade, quando se trata de promover o bem,

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar o conteúdo do princípio da igualdade, acentua que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido como fator discriminatório, mas “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional”¹⁶.

Isto porque, nem sempre a desigualdade, prevista em lei, fere o princípio da isonomia, como, por exemplo: quando se trata do sexo da pessoa, se sob um ponto de vista é inaceitável que seja escolhido para desnivelar materialmente homem e mulher, de outro prisma, pode ser utilizado com a finalidade de atenuar este desnível.

O que importa é a finalidade protegida e que o elemento discriminador seja eleito a serviço de uma finalidade amparada pelo direito, vale dizer: que haja uma relação de pertinência entre o elemento discriminador e a finalidade pretendida. Um mesmo fator pode, em uma situação, estar ligado a uma violação ao princípio da isonomia e em outra não caracterizar uma desigualdade. O que torna inadmissível a desigualação é a ausência de correlação lógica entre o elemento do discrimen e os efeitos jurídicos produzidos.

Para saber quando podem ser feitas as diferenças sem quebra da isonomia, deve-se, primeiro, analisar o elemento escolhido como fator de desigualação e, em um segundo momento, verificar a correlação existente entre este elemento e a disparidade estabelecida no tratamento. De um lado se deve investigar o escolhido como critério discriminatório e, de outro, se existe justificativa para atribuir a diferença do tratamento jurídico escolhido, em decorrência da desigualdade proclamada.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Ibidem.*, p. 21-22.

O caráter inconstitucional da desigualdade não repousa só no critério escolhido, mas na falta de correlação lógica entre ele e a finalidade ou valor adotado, expressa ou implicitamente, pelo ordenamento jurídico.

A própria Constituição de 1988 estabeleceu desigualdades, como no artigo 7º, XVIII e XIX, ao prever a licença maternidade e paternidade, artigo 143, §2º isenta do serviço militar, em tempo de paz as mulheres e os eclesiástico; o artigo 201, § 7º, I e II, determina, no inciso I, que aposentadoria estará assegurada para as mulheres com 30 anos de contribuição para a Previdência Social e, para os homens, como 35 anos e no inciso II que aposentadoria poderá ser adquirida: pelos homens aos 65 anos de idade e, para as mulheres, como 60 anos.

Celso Antônio Bandeira de Mello estabelece três questões a serem observada para verificar se houve o respeito ou desrespeito à isonomia. “A primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b. a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; 3 A terceira atina à consonância dessa correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados”¹⁷.

Não é permitido a lei prever a consequência de um fato sem que exista uma justificativa lógica jurídica para tal ligação. Do mesmo modo, a lei não pode deixar de observar critérios de proporcionalidade, sem enveredar no campo da falta de isonomia, como, por exemplo, cobrar multa de valor astronômico, pelo não pagamento da uma das parcelas correspondentes ao valor anual do Imposto Predial e Territorial Urbano, incidente sobre um terreno urbano de 300m².

A igualdade, por si só, não assegura nenhum direito, mas impede a sua má utilização. Assim, se lei, ao prever tratamento igual para todos, não levar em conta a existência de uma desigualdade, a qual impõe uma consideração desigual, estará ferindo o princípio da igualdade e cometendo uma inconstitucionalidade.

Assim, se a igualdade formal é relativa e convive com diferenciações, todas elas não podem ser aceitas, pois, além de serem uma condição para evitar a arbitrariedade, sua justificativa deve ter conteúdo razoável, no sentido de ser objetiva e racional, e proporcional, isto é, que seja um reajuste de situações desiguais¹⁸.

Afirma Carmem Lúcia Antunes Rocha que “O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Ibidem.*, 21-24.

¹⁸ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Seminário Internacional “As minorias e o Direito”. **Série Cadernos do CEJ**, nº24, p. 112.

e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º. III, da Constituição da República)¹⁹.

O que se deve precisar não é só a igualdade perante a lei, mas a igualdade material ou de resultados, como decorrência da eliminação das desigualdades, pois, só assim, será efetivamente respeitado o preceito isonômico constitucionalmente previsto.

4. AÇÕES AFIRMATIVAS: EFETIVAÇÃO/SOLIDARIEDADE

A Constituição Federal brasileira de 1988 assegura a busca da igualdade material e se preocupa com os aspectos que podem impactá-la. Não se limita a proibir a discriminação, mas, afirmando-a, permite sua utilização, como uma das formas de realizar os objetivos do Estado Brasileiro, e indica medidas para realizá-la.

Deste modo, por exemplo, os artigos 3º, 7º, XX, 37, VIII e 170 preveem:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Art. 7º. São direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição de social: (...)

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

Art. 37. (...)

VIII - A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais (...);

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País;

¹⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - Conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº15, p. 85. 1996.

Cármem Lúcia Antunes Rocha ressalta que os verbos construir, erradicar, promover, reduzir, indicam ação, ou melhor, um comportamento ativo, uma obrigação de agir, com vistas a realizar uma mudança nas condições sociais, políticas, econômicas e regionais, para alcançar uma vida digna como valor supremo e fundamental do nosso Estado Democrático de Direito e obter uma sociedade livre, justa e solidária²⁰.

Para alcançar tal desiderato, cabe ao Estado adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, para a concretização da igualdade material ou substancial.

A Constituição Federal de 1988 não só proíbe a discriminação, mas, exige que se busquem mecanismos aptos a promover a igualdade e, dentre eles, estão as denominadas ações afirmativas, usadas como forma de se chegar à equidade e à igualdade de oportunidades.

No afã de colocar os membros de uma sociedade em condições iguais de competição pelos bens da vida, muitas vezes é necessário favorecer uns em detrimento de outros.

Trata-se do que Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva chama, também, de discriminação positiva ou de discriminação inversa, e que se resume na introdução de uma desigualdade para conseguir uma igualdade maior²¹.

Em 4 de junho de 1965, na Howard University, Lyndon B. Johnson, o Presidente dos Estados Unidos da América do Norte, passou a inflamar o movimento conhecido e denominado pela Suprema Corte Americana como *affirmative action*, no sentido de comprometer as organizações públicas e privadas com uma nova prática do princípio da igualdade. No mesmo ano de 1965, uma ordem executiva federal norte-americana, determinou que as empresas empreiteira contratadas pelas entidades públicas ficavam obrigadas a aumentar a contratação dos grupos ditos minoritários, desiguais social e juridicamente.

As ações afirmativas significam o favorecimento de minorias socialmente inferiorizadas por preconceitos culturalmente arraigados, os quais precisam ser superados para alcançar a igualdade assegurada constitucionalmente, com solidariedade, justiça e equidade.

Nesta seara, Clèmerson Clève depois de ponderar que o princípio da diferença substancial, de certa maneira, um corretor das desigualdades, cita Michel Sandel, quando afirma: “Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa (...). Uma das formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, Op. Cit., p. 85.

²¹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. As Minorias e o Direito. Seminário Internacional. **Série de Cadernos do CEJ**, nº24.

justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas”²².

Mas, quando se pensa em minoria, é preciso esclarecer que nem sempre significa o menor número de pessoas, pois este pode ser maior do que aquele reconhecido como maioria. É o que acontece, no Brasil com as mulheres e os negros que, são tidos como minoria, mas, na verdade, representam o maior número de pessoas da sociedade brasileira.

Todo grupo discriminado, excluído e marginalizado, pode ser sujeito de ações afirmativas, tais como: pequenas empresas ou, também, empresas de propriedade de grupos étnicos ou raciais.

Com as ações afirmativas não se pode pretender trocar os excluídos e produzir nova discriminação. As medidas a serem tomadas devem estar num contexto de razoabilidade, de modo que qualquer excesso pode representar uma violação à ordem constitucional. Para que isto não aconteça, alguns critérios devem ser observados para dar lugar a diferença jurídica de tratamento, vale dizer: 1. a diferenciação deve ser motivada e adotada para a estrita finalidade de conceder uma vantagem a uma certa categoria de pessoas; 2. Esta categoria deve ter sido objeto de discriminação; 3. O estabelecimento de uma igualdade de fato, deve ser a meta do legislador, de modo que uma vez alcançada, cesse a política discriminatória²³.

Foi dentro desta realidade que o inciso I do artigo 5º da Constituição Federal não só aboliu a discriminação entre o homem e a mulher, como permitiu que se buscassem mecanismos para promover a igualdade entre eles, o que, por exemplo, foi inicialmente feito pelas Leis 9.100/95 e 9.504/97 que estipularam cotas de candidatas mulheres para as eleições.

Conforme redação dada pela Lei 12.034 de 2009, o §3º de seu artigo 10 dispôs: “Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação preencherá o máximo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo”.

Sobre o assunto, a Resolução 23.373/2011, do Tribunal Superior Eleitoral, deu novo entendimento à referida Lei ao considerar os 30% (trinta por cento) de vagas, como o mínimo obrigatório, com vista a possibilitar a pluralidade de gênero no pleito eleitoral.

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). **Direito Constitucional brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2014. p. 751.

²³ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da, Op. Cit., p. 136-138.

O objetivo das cotas é corrigir injustiças, inclusive, quanto ao acesso à educação superior e, conseqüentemente, ao mercado de trabalho.

Segundo o IBGE, em 2008, os brasileiros brancos tinham dois anos a mais de escolaridade que os negros e pardos, sendo que a primeira universidade a adotar o sistema de cotas foi a Universidade Estadual do Rio de Janeiro, em 2002, por conta de uma lei estadual. Mas, no Brasil, há ainda as chamadas cotas sociais, quando o sistema beneficia, também, os alunos vindos de escolas públicas, caracterizando, conforme o caso as denominadas cotas mistas, reservadas a estudantes negros que estudaram na rede pública de ensino.

O STF no julgamento da ADPF 186, proposta pelo Partido Democratas, se manifestou em relação às cotas étnico-raciais para ingresso na Universidade de Brasília, que reservava 20% (vinte por cento) para os negros e um percentual menor para os indígenas, pelo prazo de 10 anos, quando, em abril de 2012, a considerou improcedente.

Para concorrerem a tais vagas, os candidatos necessitam assinar um termo de compromisso no qual declaram sua condição e, para que não haja o risco de distorções no processo de seleção, em algumas instituições, existe a realização de entrevista, perante uma comissão de avaliação, para confirmar sua natureza.

A Lei 12.711/2012 ampliou o ingresso de grupos vulneráveis nas universidades e instituições federais, nos seguintes termos:

Art. 1º. As instituições federais de ensino superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. Parágrafo único: No preenchimento das vagas que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário mínimo e meio) per capita”.

(...) “Em cada instituição federal de ensino superior, as vagas de que trata o art. 1º desta lei serão preenchidas, por curso e turno, por autodeclarados pretos, pardos e indígenas, em proporção, no mínimo, igual de pretos e indígenas na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Parágrafo único: No caso de não preenchimento das vagas segundo os critérios estabelecidos no *caput* deste artigo. Aquelas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas”.

No art. 7º da referida Lei está prevista a necessidade de revisão periódica do programa de inclusão social, ao dizer: “ O Poder Executivo promoverá, no prazo de 10 (dez) anos, a contar da publicação desta Lei, a revisão do programa especial para o acesso de

estudantes pretos, pardos e indígenas, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas, às instituições de educação superior”.

O problema das ações afirmativas transcende ao Direito brasileiro e envolve o Direito Internacional dos Direitos Humanos que, conforme trata o §2º, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os tratados sobre direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte, incluem-se no rol dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

O Brasil é signatário dos principais instrumentos de proteção dos direitos humanos, como, na hipótese da Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, porém, ainda lhe faltam técnicas para a prática de ações afirmativas.

Entre nós se fala, quase que exclusivamente, em sistema de cotas, mas a utilização de políticas afirmativas não exige só a reserva de vagas a ser preenchida por um grupo da população, como acontece, com a reserva para os afrodescendentes em concursos públicos para ingresso no serviço público e nos concursos vestibulares para um curso superior em instituições públicas.

Quando se trata de discriminação racial, é essencial que o Estado brasileiro a reconheça oficialmente e tome a decisão política de enfrentá-la, de modo a admitir a existência de um problema racial em nosso país e tomar medidas sérias para minorar os efeitos sociais dele decorrente. Entretanto, se ao Estado cabe enfrentar a questão e tentar solucioná-la, ele não é o único a aceitar e assumir este desafio, e, deste modo, deverá traçar diretrizes para que os demais atores sociais se comprometam em agir neste sentido.

As ações afirmativas não devem estar limitadas à esfera pública, também devem englobar a privada, vale dizer: às universidades privadas, às empresas, às organizações não governamentais, etc., o que pode, por exemplo, ser implementado, além de pela reserva de cotas, por um sistema de incentivos fiscais e bônus como instrumentos de motivação do setor.

São instrumentos de superação da noção de que o princípio constitucional da igualdade se exaure na dicção da igualdade formal, na medida em que fornecem mais completude à igualdade material, não só pelo tratamento igual para os iguais e desigual para os desiguais, com a absorção social dos histórica e culturalmente discriminados, vale dizer: dos afrodescendentes, das mulheres, dos homossexuais, dos deficientes físicos, e dos que sofrem qualquer tipo de discriminação.

O que se deve precisar não é só a igualdade perante a lei, mas a igualdade material ou de resultados, em decorrência da eliminação das desigualdades, pois, só assim, será efetivamente respeitado o preceito isonômico constitucionalmente previsto.

Conforme pondera Roberta Fragoso Menezes Kaufmann ao tratar das medidas de ação afirmativas, não deve ser pressuposta sua constitucionalidade para, então, averiguar sua conveniência e oportunidade social e política. Tal tarefa compete às ciências sociais, econômicas e políticas, mas identificar a constitucionalidade deste tipo de políticas públicas é tarefa problemática, pois, reconhecer a necessidade de intervenção do Estado, por meio de políticas públicas, para promover a igualdade material/fática, não significa admitir ser fácil estabelecer limites para esta atuação.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA AÇÕES AFIRMATIVAS: LIMITES

A Constituição Brasileira de 1988 aceita a implementação de medidas de ação afirmativa e, em alguns momentos, inclusive, as torna obrigatórias, como em hipóteses já registradas. Nestes casos, não cabe escolha ao legislador ordinário, senão estabelecê-las modalidade prevista. Isto porque a exigência de tais ações pode estar, também, no art. 5º, LXXVI, ao prever a gratuidade do registro civil de nascimento e da certidão de óbito para os reconhecidamente pobres, o que, em certa medida, pode levar a perguntar: qual o limite para ser reconhecidamente pobre?

Temos ao nosso alcance uma série de medidas que nos são facultadas mas nossa Lei Fundamental não fornece, a priori, qual a solução para a colisão entre os princípios da igualdade jurídica e da igualdade material/fática.

Existem ações afirmativas embasadas em critérios raciais e de gênero, expressamente permitidas com a internalização de tratados e convenções internacionais, firmados pelo Brasil, com hierarquia constitucional e supralegal, tais como: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação racial (Dec. Leg. 65.810/1969); Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (Dec. Leg. 4.377/2002)²⁴.

Adotada a hierarquia constitucional, existe autorização para o estabelecimento de ações afirmativas que utilizem critérios raciais e de gênero, o que exige competência formal e material para seu estabelecimento, ou seja, além de serem estabelecidas por agente competente, necessitam de justificação material.

Os atos infra-legais, em sentido amplo, podem restringir princípios constitucionais quando sustentados por outros princípios constitucionais. Isto é, uma ação afirmativa, des-

²⁴ No RE 349.703/RS o STF decidiu "o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante".

de que observe a proporcionalidade em sentido amplo, pode trazer restrições ao princípio da igualdade jurídica.

Quando se analisa a constitucionalidade das medidas de ação afirmativa, surge a necessidade de observância do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, que consiste na noção de adequação entre meios e fins, tal como emerge no campo do Direito Administrativo, o que não se confunde com a máxima da proporcionalidade, que serve para verificar a legitimidade das ofensas a princípios constitucionais.

A proporcionalidade administrativa, por sua vez, implica que os atos “cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar ao objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade”, isto é, deve ser adotada a conduta menos gravosa possível, ponderando-se meios e fins para alcançar os interesses prestigiados pela Constituição.²⁵

Nossa Lei Magna ao exigir que o Estado brasileiro promova o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, sem quaisquer formas de discriminação, não impede que a lei possa criar distinção entre as pessoas. Aqui é preciso estabelecer diferença entre o que se entende por diferenciação e discriminação: esta se resume na diferenciação injustificada; aquela, é a que considera a diferenciação justificada, de tal modo que o que a Lei Fundamental proíbe são as diferenciações não justificadas.

Portanto, é possível adotar a raça como critério de diferenciação, o que, no Brasil, leva à solução de um problema em razão da miscigenação de raças e pela dificuldade em determinar a qual pertence certo indivíduo. Tal reflexão não é juridicamente eficiente, na medida em que sua fundamentação deve ser sólida para demonstrar a proporcionalidade, caso a caso.

Conforme dispõe o art. 3º, II, da CF, são objetivos da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e as ações afirmativas são medidas que visam atacar a desigualdade fática, como, por exemplo, a baseada no critério étnico-racial para estabelecer a reservas de vagas para negros e pardos nas universidades públicas.

Tais medidas, entretanto, não apresentam certeza absoluta no que tange a fomentar o princípio da igualdade fática, mas, basta que seja provável seu resultado, para ser possível sua utilização em um contexto jurídico.

Perquirir qual o melhor critério a ser escolhido a fim de programar ações afirmativas é, em última análise, uma escolha política, cabendo à jurídica analisar a proporcionalidade da medida.

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros 2009. p. 110.

Nem sempre as melhores escolhas políticas podem ser consideradas válidas, pois, podem levar a sua sobreposição, ou seja, a conjugação de critérios étnico-raciais com os socioeconômicos com os que levam em consideração as deficiências físicas para reduzir a desigualdade social.

Como se vê, a adoção de ações de políticas afirmativas, quando facultativas, resulta sempre de um posicionamento político, o qual só será motivo de apreciação jurídica em razão de proporcionalidade da medida, considerada de acordo com o ordenamento jurídico.

É oportuno notar que visa fornecer critério para uma intervenção justificada e legítima, afim de que a ação afirmativa seja caracterizada apenas como uma restrição e não uma violação.

Em face dos problemas referentes à sua justificação, a própria Suprema Corte Norte-Americana depois de haver propiciado a expansão de sua aplicação, inclina-se para sua gradativa restrição, o que também ocorre no plano legislativo, como, por exemplo, no Estado da Califórnia, onde, em 1996, houve a aprovação, em plebiscito, por 54% do eleitorado, da Proposition 209, que proíbe discriminação de qualquer indivíduo ou quando a ele se dê tratamento preferencial em razão da raça, sexo, origem nacional, etc..., em relações de emprego público, contratação pública ou educação pública, encerrando a possibilidade de aplicação de medidas de ação afirmativa pelo governo do Estado. Tal medida é apenas estadual, mas tem servido de exemplo para outros estados e municípios, como para o Estado de Michigan, que adotou, em 2006, medida semelhante, aprovada por 58% do eleitorado.²⁶

É importante registrar que as ações afirmativas embora com declínio em solo americano, embora em declínio, não estão ali enterradas, pois, ainda, recebem grande apoio da sociedade.²⁷

Entre nós ainda não existe consenso quanto à forma como a sociedade e o governo tratam a questão e mesmo depois de o STF ter considerado constitucional o sistema de cotas raciais em universidades públicas, existem críticas que defendem que elas devem privilegiar os pobres, sejam brancos, pretos, pardos ou índios, já que, no Brasil, a questão racial nunca impediu o acesso e frequência às universidades.

Aqui é importante ponderar que a opção para a adoção de ações afirmativas, antes de ser um ato político volitivo é um compromisso necessário para com a sociedade e com o próprio cidadão, o que leva o administrador a uma contingência de observância do sistema normativo.

²⁶ MENDONÇA, Luis Felipe Ferreira. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 69.

²⁷ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa, *Op. Cit.*, p. 231.

Embasada em política/social, precisa ser legal, moral e possível, na medida em que o administrador deve ver o próximo como reflexo de sua própria identidade e reconhecer que a convivência dos administrados, no mesmo tempo e lugar, necessita propiciar uma postura dialógica de ideias e de troca de conhecimento e compreensão.

Concebendo a si mesmo, a própria sociedade recorre à alteridade, ou seja, vê no próximo a sua identidade, o seu mundo em que o ideal de iguais oportunidades deve ser o referencial para todos os seus membros, na medida em que o bem-estar do homem, como centro das atos humanos e, conseqüentemente, das ações jurídicas, é um valor para adoção das políticas públicas afirmativas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. trad. De Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, IBDC, 1999.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord). **Direito Constitucional brasileiro - Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2014

DORIA, Sampaio. **Os Direitos do Homem**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Seminário Internacional “As minorias e o Direito”**. Série Cadernos do CEJ, nº24, p. 112.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Caleidoscópico do Direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. Coimbra: Almedina. 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDONÇA, Luis Felipe Ferreira. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa - Conteúdo democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº15, p. 85. 1996.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Seminário Internacional “As minorias e o direito”**. Série de Cadernos do CEJ, nº24.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2002.

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM PROL DA IGUALDADE

DIOGO KASTRUP RICHTER*

EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO**

« [a] utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter». (SEN, 2010, p. 28)

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Teoria institucional e o desenvolvimento econômico. **3.** O ecossistema de inovação do Brasil. **4.** O estado como agente da inovação e as políticas públicas orientadas por missões. **5.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O ser humano vive em uma sociedade baseada no conhecimento.¹ A especialização do conhecimento técnico e a crescente complexidade das inter-relações humanas implica em maior desenvolvimento da economia. Nesse viés, a inovação tecnológica é

* Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) (Curitiba/PR, Brasil). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela PUCPR, com período de estudos na Universidad de Zaragoza (UNIZAR/Espanha). Advogado. E-mail: diogo.richter@pucpr.edu.br

** Professor Titular de Direito Empresarial da Escola de Direito da PUCPR e Professor Colaborador do PPGD da PUCPR (Curitiba/PR, Brasil). Doutor em Direito Econômico pela PUCPR. Advogado. E-mail: eduardo.agustinho@pucpr.br

¹ ETZKOWITZ, Henry. **The triple helix: university-industry-government innovation in action**. Londres: Routledge, 2008, p. 05.

usualmente visualizada como grande meio de crescimento econômico e de melhora da qualidade de vida do ser humano, impulsionada, de maneira convergente, por gestores públicos, corporações e o meio acadêmico.² A plena interação entre os agentes da inovação num ambiente de transações seguro – de menores riscos – é imprescindível para que o desenvolvimento tecnológico venha a ocorrer de maneira sustentável, rentável e inclusivo³: a construção de ecossistemas saudáveis de inovação⁴, lastreados em instituições eficientes, favorece o desenvolvimento de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação – PD+I, permitindo a difusão de conhecimento entre os setores da economia, que poderão compartilhar das suas externalidades positivas.⁵

Contudo, em vista do alto risco do ambiente institucional brasileiro, investir em inovação tecnológica dificilmente é opção viável ao empreendedor nacional para incrementar suas atividades, sendo mais atrativo, em geral, recorrer à tecnologia estrangeira. É o que se revela, senão, no *Global Innovation Index 2020*⁶, em cujo *ranking* de inovação entre os países do globo o Brasil obteve a 62ª colocação. Sob esta ótica, as oportunidades existentes no ambiente institucional nacional levam a um caminho de oportunidades distantes da almejada produção de PD+I com o DNA brasileiro.

Para corrigir esse quadro vicioso, o Estado tem o dever de sistematizar e estruturar o ecossistema de inovação nacional em prol do desenvolvimento cultural e socioeconômico, do bem-estar da população e da autonomia tecnológica do País, conforme o disposto nos arts. 218 a 219-B da Constituição Federal de 1988 (CF/88).⁷ Afinal, diante dos recursos e instrumentos institucionais que tem à disposição, é a Administração Pública a entidade capaz de coordenar as atividades dos agentes econômicos em direção ao desenvolvimento almejado, por meio da facilitação da criação de oportunidades alinhadas ao interesse público.

² BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A2ncia%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 06.

³ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002., p. 34.

⁴ De acordo com o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 857/2017, um ecossistema de inovação compreende “o ambiente em que pessoas, empresas, universidades e organizações interagem para o desenvolvimento de projetos e soluções de criação inovadora”.

⁵ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 69.

⁶ CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2020: Who Will Finance Innovation?**. 13. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2020/>. Acesso em 02 set. 2020, p. 33.

⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

Por essas razões, a análise dos mecanismos de incentivo a PD+I não passa despercebida pelos estudos jurídicos e econômicos. Imperando o Estado Democrático de Direito, é por meio de um adequado arcabouço legislativo que o Estado pode atuar em prol da inovação tecnológica, seja desburocratizando a atividade econômica, concedendo incentivos fiscais, ou agindo diretamente na economia por meio de empresas públicas e de sociedades de economia mista.⁸

Portanto, o presente artigo tem como objetivo destacar a importância da formação de um aparato de políticas públicas voltadas para a inovação, caracterizando-se este como um preceito constitucional que deve servir de vetor na persecução de condições materiais de igualdade.

O estudo se inicia com a exposição do marco teórico que embasa a análise crítica do presente artigo e que sustenta a importância das políticas públicas para o florescimento de um ambiente propício para a inovação tecnológica, passando-se pela teoria da economia institucional de Douglass North⁹. Constatada a centralidade da Administração Pública nas ações de fomento a PD+I, analisam-se aspectos gerais dos ecossistemas de inovação nacional, visando situar e identificar os gargalos do sistema legal vigente. Por fim, retoma-se o enfoque teórico pautado pelo ambiente institucional, destacando-se o papel do Estado como agente ativo do ecossistema de inovação e, ainda no ambiente institucional, pelo papel do Estado como agente ativo do ecossistema de inovação na perspectiva suscitada por Mariana Mazzucato¹⁰. É, neste último ponto, que se extrai o conceito de “efetividade” e da importância dessa política pública erigida à preceito constitucional na persecução de uma sociedade pautada pela igualdade.

⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Development and Innovation: The Role of State Enterprises. **Global Trade and Customs Journal**, Vol. 6, ed. 7/8, Holanda, 2011, p. 361-375. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=GTCJ2011044>>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 362.

⁹ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

¹⁰ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

2. TEORIA INSTITUCIONAL E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Conforme Douglass North¹¹, um dos principais teóricos da nova economia institucional, a evolução da economia a longo prazo está intimamente relacionada com a evolução das instituições. Desenvolvida por expoentes economistas da contemporaneidade, tal como Williamson, Coase, Demsetz e Alchian¹², a teoria institucional em muito se contrasta à tradicional teoria econômica neoclássica, sob o argumento de que esta última não explica, satisfatoriamente, o desenvolvimento desigual das economias do mundo.¹³

A literatura da nova economia institucional aponta que a teoria neoclássica, embora relevante para o estudo econômico, trabalha com condições irreais do meio, tal como custos nulos de transação, de informação e de *enforcement* dos contratos. Contraindo-se à referida teoria, afirma North¹⁴ que o mundo real é complexo demais para ser guiado tão somente pela competitividade ou pelo cooperativismo dos agentes, os quais não possuem acesso total às informações do meio, sequer fazem sempre as melhores escolhas (pois não conseguem processar todas as informações adequadamente). Esse cenário, por conseguinte, tende a tornar as transações econômicas invariavelmente custosas.¹⁵ Ainda segundo North¹⁶, em um mundo no qual é custoso transacionar, as instituições são cruciais para fornecer uma estrutura estável – embora não necessariamente eficiente – para a interação humana. Elas existem para limitar e simplificar as incertezas das interações humanas e afunilar os padrões de escolha do homem, diminuindo, assim, os custos de transação. Nessa senda, quanto maior o grau de especialização do contrato e o número de variáveis em jogo, naturalmente maior será o papel das instituições, de forma a permitir que os agentes contratuais adentrem em trocas complexas com um mínimo de segurança jurídica.

North¹⁷ segmenta as instituições em duas espécies: as formais (normas jurídicas, contratos, regras políticas e econômicas) e as informais (normas e padrões de comportamento, ideologias e laços sociais). As primeiras existem para facilitar as transações,

¹¹ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 107.

¹² GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, vol. 23, n. 2 (90), abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 90.

¹³ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 11.

¹⁴ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 11-12.

¹⁵ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 22-23.

¹⁶ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 22-23.

¹⁷ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 22-23.

definindo as oportunidades de maximização de riqueza dos agentes. As segundas, por seu turno, derivam do substrato cultural que molda o ser humano, sendo extensões e modificações das primeiras. Este quadro institucional, somado aos conceitos de competitividade e de escassez, definem o conjunto de oportunidades proporcionados aos agentes econômicos, que se estruturam em organizações (econômicas, políticas, sociais ou educacionais) para maximizá-las por meio da execução de atividades de propósito comum.

Para os teóricos da nova economia institucional, a interação das organizações com as oportunidades proporcionadas pela matriz institucional é responsável pelo que se denomina de “dinâmica da teoria institucional” e explica a evolução econômica das sociedades.¹⁸ Dessa dinâmica recíproca, que molda a evolução das economias no tempo e determina o curso de desenvolvimento tomado pela sociedade, ocorre o que North¹⁹ denomina de *path dependence*. Nesse sentido, North²⁰ afirma que o *path dependence* se amolda da seguinte forma: (i) alterações econômicas de longo prazo são a consequência cumulativa de inúmeras decisões de curto prazo tomadas por agentes políticos e econômicos que moldam o desempenho econômico; (ii) as escolhas feitas refletem o modelo subjetivo dos agentes, que acabam por moldar o ambiente; (iii) os retornos crescentes característicos de um conjunto de instituições criam organizações e grupo de interesse que participam desse quadro, cujo regime de interesses se amolda às oportunidades apresentadas; (iv) a construção ideológica dos participantes evoluirá de tal modo que se perpetuará a trajetória rumada no tempo, independentemente de sê-la eficiente ou não a longo prazo.

Porque os modelos subjetivos refletem ideologias que processam apenas parte das informações à disposição, as consequências de políticas específicas são não apenas incertas, como são também, a certo grau, imprevisíveis. Contudo, os rendimentos crescentes característicos da matriz institucional, aliados ao modelo subjetivo complementar dos agentes, sugerem que, embora os cursos de curto prazo são imprevisíveis, o panorama geral do curso de longo prazo é mais previsível – porém mais difícil de reverter.²¹

As concepções de instituições, organizações e *path dependence* são cruciais para, neste estudo, se compreender o decisivo papel do Estado no desenvolvimento de incentivos à inovação tecnológica. Aliás, o próprio North²² afirma que o Estado é determinante no

¹⁸ GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, vol. 23, n. 2 (90), abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 101.

¹⁹ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 99.

²⁰ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 99-104.

²¹ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 104.

²² NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 140.

desenvolvimento de instituições eficientes, estando o agente político em posição de incitar as mudanças mais radicais na economia.

No âmbito do desenvolvimento tecnológico, as instituições (aqui, as políticas públicas) são responsáveis por oferecer às organizações oportunidades rentáveis voltadas às atividades de PD+I, definindo, como aponta North²³, os custos de transação incutidos no desenvolvimento dessas atividades. E atividades de PD+I, por conta do alto capital fixo, do grau de alto risco e do retorno incerto, necessitam de instituições eficientes para que venham a ser desenvolvidas – instituições confiáveis o bastante para solidificar contratos complexos e de longo prazo. Ao contrário, instituições ineficientes, que geram altos custos de transação, estimulam o subdesenvolvimento e atividades de baixa complexidade.²⁴

Oportunidades lucrativas de longo prazo, advindas da imersão em ciência, tecnologia e inovação, surgem somente com instituições dignas de confiança, que possam fornecer um grau de segurança satisfatório aos agentes da inovação. Nesse mesmo sentido, os também integrantes da escola da nova economia institucional, Daron Acemoglu e James A. Robinson²⁵, afirmam que as instituições econômicas são responsáveis pelo sucesso ou fracasso de um país, uma vez que essas regulam a estrutura de incentivos para as ações dos indivíduos. Em uma sociedade extrativista e não democrática, a estrutura de incentivos tende a desvalorizar a iniciativa privada e a busca por riquezas individuais. Por outro lado, em uma sociedade democrática as regras tendem a permitir que o indivíduo seja proprietário daquilo que produz com esforço próprio, o que gera como consequência o incentivo a inovação e o crescimento econômico do país em uma estrutura social que admite maior mobilidade social e, portanto, mais propensa à existência das liberdades necessárias para o acesso à igualdade.²⁶ A partir dessas premissas, passa-se à análise do ambiente institucional - regras formais postas como políticas públicas – voltado para a inovação vigente no Brasil, de modo a se permitir uma avaliação crítica sobre a sua adequação como suporte para a formação de um ecossistema propício ao empreendedorismo e à inovação e, por consequência, ao florescimento de oportunidades e liberdades indutoras de uma sociedade mais igualitária.

²³ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 62-63.

²⁴ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 67.

²⁵ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity, and poverty**. New York: Currency, 2012, p. 42.

²⁶ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity, and poverty**. New York: Currency, 2012.

3. O ECOSISTEMA DE INOVAÇÃO DO BRASIL

O desenvolvimento do ecossistema de inovação brasileiro tem respaldo na CF/88. O texto constitucional, que já continha disposições sobre este tema quando da sua promulgação (Capítulo IV do Título VIII), sofreu importantes alterações com a Emenda Constitucional nº 85/2015, que alterou a redação dos arts. 218 e 219 e incluiu os arts. 219-A e 219-B. Alinhava-se a proposta da referida Emenda Constitucional às necessidades de o Brasil se adaptar às estratégias institucionais contemporâneas de desenvolvimento econômico e social por meio de soluções tecnológicas.²⁷

O aludido Capítulo da CF/88 institui o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SINCTI), gerido pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações (MCTIC), e dispõe as diretrizes estatais referentes ao desenvolvimento de PD+I no País.²⁸ Determinam os arts. 218 a 219-B a articulação entre entes públicos e privados nas diversas esferas de governo, inclusive sob regime de colaboração, para a consecução dos objetivos ali previstos (desenvolvimento e capacitação científico-tecnológico, pesquisa e inovação).

A Emenda Constitucional supradita também inseriu alterações na Constituição a respeito da Organização do Estado (Título III), instituindo que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionar os meios de acesso a PD+I e, ainda, que é de competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal legislar sobre este tema (art. 23, V, e art. 24, IX). Salieta-se a ausência do Município nesta última faceta da competência legislativa constitucional.

A nível infraconstitucional, a Lei nº 10.973/2004 (Lei de Inovação) é a principal ferramenta legal de incentivo a PD+I no País. Referida Lei, atualizada pela Lei nº 13.243/2016 (Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação), instrumentaliza parcialmente o SINCTI, cujas medidas visam conferir agilidade à transferência do conhecimento gerado no meio acadêmico ao meio produtivo, estimulando a cultura de inovação e a cooperação entre entes públicos e privados.²⁹

A Lei de Inovação prevê diversos instrumentos de PD+I que podem vir a ser efetivados pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, tais como:

²⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 290, de 2013**. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=041F58C22791103B73A173C065301E99.proposicoesWebExterno1?codteor=1113429&filename=Tramitacao-PEC+290/2013>. Acesso em: 04 out. 2017.

²⁸ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%A4ncia%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 06.

²⁹ GARCIA, Christimara (Org.). **Lei do Bem**: Como alavancar a inovação com a utilização dos incentivos fiscais (*e-book*). 2. ed. Pillares, 2015, p. 319.

constituição de alianças estratégicas e desenvolver projetos de cooperação voltados a atividades de PD+I com empresas, instituições de pesquisa e entidades privadas sem fins lucrativos; implantação de parques tecnológicos e incubadoras de empresas; atração de centros de PD+I e empresas estrangeiras; fomentação de programas específicos de PD+I para microempresas e empresas de pequeno porte; participação no capital social de empresas com o intuito de desenvolver produtos e processos inovadores; apoio financeiro a atividades de PD+I de instituições de pesquisa; concessão de recursos financeiros e de infraestrutura para atividades de PD+I de empresas e de entidades sem fins lucrativos (arts. 3º, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 5º, 9º e 19 da Lei de Inovação).

Dentro desse contexto, segundo o estudo realizado pelo Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, Mariana Mazzucato e Caetano Penna (2016, p. 8-9), o SNCTI reúne todos os elementos de um sistema desenvolvido, com instituições-chave em todos os subsistemas: (i) possui instrumentos de financiamento de longo prazo; (ii) tem organizações de aprendizagem de excelência; (iii) detém recursos naturais estratégicos; possui agências de fomento ligadas à promoção de PD+I; e (iv) possui mercado interno forte para o consumo em massa.

Todavia, não obstante os aspectos positivos mencionados como presentes no SNCTI, o mesmo estudo aponta que o grande gargalo do ecossistema de inovação brasileiro é a ausência de uma agenda consistente voltada ao longo prazo. O sistema é deveras fragmentado, com baixa propensão para inovar ante a desconexão entre o subsistema de produção (indústria) e o de inovação (universidades e instituições de pesquisa). Além disso, o SNCTI sofre de ineficiências no subsistema de políticas e regulamentação, resultando em regulação, tributação e burocracia excessivos.³⁰

Os crônicos problemas da matriz institucional de inovação brasileira se revelam nos dados compilados pelo *Global Innovation Index 2020*, elaborado anualmente pela Universidade Cornell, pelo Instituto Europeu de Administração de Empresas e pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (2020), que analisou e ordenou diversos indicadores de PD+I de 131 países. O Brasil timidamente ocupa a 62ª posição do ranking dos países mais inovadores, estando atrás de outros países latino-americanos (e.g. Chile: 54ª posição; México: 55ª posição; e Costa Rica: 56ª posição) e dos demais membros do BRICS (China: 14ª posição; Rússia: 47ª posição; Índia: 48ª posição; África do Sul: 60ª posição).³¹

³⁰ CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em <https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 09-10.

³¹ CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2020: Who Will Finance Innovation?**. 13. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2020/>. Acesso em 02 set. 2020, p. 33-34.

Ressalte-se que a insatisfatória colocação brasileira contrasta bastante com os investimentos financeiros do Brasil em inovação, haja vista ser o 9º país do mundo em termos de investimentos brutos em PD+I (42,1 bilhões de dólares americanos, em 2017), somando-se gastos públicos e privados.³² Isso demonstra haver um claro descompasso de eficiência entre os *inputs* (instituições, capital humano e pesquisa, infraestrutura, sofisticação do mercado e sofisticação dos negócios) e os *outputs* (resultados em termos de conhecimento e criatividade) do ecossistema de inovação e desenvolvimento tecnológico avaliados pelo referido estudo.

Dos *inputs* de inovação brasileiros, um dos indicadores de pior desempenho (o pior entre os *inputs*) é, justamente, o das instituições (82ª colocação global), que abriga os índices dos ambientes político, regulatório e de negócios. Observe-se, na tabela abaixo, os indicadores de inovação voltados ao ambiente institucional brasileiro, merecendo destaque o péssimo desempenho do ambiente de negócios:

Tabela 1 – Ambiente institucional brasileiro

	INPUT	SCORE (0-100)	RANKING
1.	AMBIENTE POLÍTICO	48.8	91
1.1	Estabilidade e segurança política	66.1	76
1.2	Efetividade governamental	40.1	97
2.	AMBIENTE REGULATÓRIO	60.9	77
2.1	Qualidade regulatória	33.5	94
2.2	Estado de Direito	39.4	78
2.3	Regularização trabalhista	15.4	60
3.	AMBIENTE DE NEGÓCIOS	65.9	80
3.1	Facilidade em abrir negócios	81.3	106
3.2	Facilidade em sanar insolvência	50.4	69

Fonte: CORNELL UNIVERSITY, INSEAD, WIPO, 2020, p. 279.

Ante o exposto, afere-se que o Brasil, em que pese disponha de instrumentos e recursos para desenvolver PD+I, possui uma matriz institucional extremamente ineficaz e

³² CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2020: Who Will Finance Innovation?**. 13. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2020/>. Acesso em 02 set. 2020, p. 59.

ineficiente, desprovida de objetivos de longo prazo. Some-se a isso o intrincado ambiente regulatório brasileiro e a crônica instabilidade política, a enorme dificuldade e morosidade em abrir empresas e a complexidade do sistema tributários são obstáculos que, ao que se indica, desestimulam o surgimento de negócios inovadores no País.

Observa-se, desse modo, que a estrutura para a formação de um ecossistema propício à inovação e à emancipação das pessoas por intermédio da PD+I já está posta, permitindo-se identificar esse ambiente institucional formal. Todavia, a ausência de um planejamento de longo prazo e outros entraves presentes no ambiente institucional nacional tendem a refrear o potencial de desenvolvimento econômico e socioambiental que poderia ser gerado pela pesquisa, desenvolvimento e inovação.

Carece-se, portanto, de efetividade para a persecução da inovação como instrumento para a igualdade.

4. O ESTADO COMO AGENTE DA INOVAÇÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS ORIENTADAS POR MISSÕES

Em que pese North³³ interrelacione o conceito de instituições eficazes com o crescimento econômico e este elemento seja um indicador relevante para a sustentação do papel do Estado como indutor da atividade econômica, essa visão vai além do conceito de efetividade que se busca neste estudo, notadamente a efetividade de políticas públicas voltadas ao incentivo à inovação tecnológica.

Por conta disso, tendo sido destacada a necessidade de se desenvolver instituições (políticas públicas) que incentivam a criação de oportunidades relacionadas à área de ciência, tecnologia e inovação, passa-se em diante à análise dos estudos da economista Mariana Mazzucato, que municiam o conceito de efetividade. Mariana Mazzucato é estudiosa do papel do Estado no desempenho da inovação tecnológica. A economista defende que o Estado é agente ativo do desenvolvimento de PD+I, indo além da clássica concepção de redutor de custos de transação e de fornecedor de infraestruturas.³⁴

Por meio de estudos de caso, Mazzucato³⁵ demonstra que o Estado é criador de novos mercados, liderando o processo de inovação em situações em que o setor priva-

³³ NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

³⁴ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 18-19.

³⁵ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 49-51.

do, por conta do alto risco e da baixa rentabilidade, não tomaria a iniciativa para tanto. Investimento em pesquisa básica é um típico exemplo de falha de mercado dependente do Estado: para as organizações, o investimento em pesquisa aplicada representa maior e mais célere rentabilidade do que o investimento em pesquisa básica, que é custosa, lenta e de alto risco – porém extremamente necessária para que o processo de inovação venha a ocorrer.³⁶ Segundo a referida economista, o Estado, por outro lado, tende a recepcionar os riscos da exploração das fronteiras do conhecimento que têm o potencial de gerar crescimento econômico. Nessa toada, toma a frente da empreitada ao formular as políticas de desenvolvimento econômico-tecnológico a serem adotadas, ao investir em pesquisa nos estágios iniciais (de retorno incerto) e ao proporcionar a estrutura institucional para que as organizações venham a desenvolver PD+I, aproximando as redes de agentes que fazem parte do ecossistema de inovação.³⁷ Para que um ecossistema de inovação venha a ser considerado efetivo, ele deve ser guiado por políticas públicas orientadas por missões (*mission-oriented policies*), que são “*políticas públicas sistêmicas na fronteira do conhecimento para atingir metas específicas*”.³⁸ As missões definem objetivos e meios concretos para resolver determinado desafio social, mobilizando um conjunto de setores para tal fim, por meio deles catalisando novos métodos de produção e distribuição.³⁹ Nesse sentido, ensejando a determinação do conceito de efetividade almejado neste estudo, é imprescindível, conforme o mencionado estudo do Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, Mariana Mazzucato e Caetano Penna⁴⁰, que o quadro institucional de um ecossistema de inovação deva seguir os seguintes princípios-chave: (i) construção de políticas de inovação a partir

³⁶ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 49.

³⁷ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 70-71.

³⁸ CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em <https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 05.

³⁹ CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em <https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 08.

⁴⁰ CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em <https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 06-08.

das características do processo de inovação (incerteza, cumulatividade e coletividade)⁴¹; (ii) utilização de instrumentos financeiros e não-financeiros para o cumprimento das missões; (iii) abordagem ampla do ecossistema nos quatro subsistemas de inovação: políticas públicas e financiamento público; pesquisa e educação; produção e inovação; e fundos privados e financiamento privado; (iv) incentivo institucional dos interesses dos atores da inovação e sua maior inter-relação, com a capacidade de formular políticas arrojadas; (v) consecução de metas específicas; (vi) orientação das missões com base em diagnósticos e prognósticos; (vii) financiamento de longo prazo em um conjunto diversificado de investimentos; e (viii) aprendizado por tentativa e erro, requerendo avaliação e ajuste contínuos das políticas ao longo de seu processo.

Em direcionamento similar, o *Global Innovation Index 2020*, embora reconheça não haver uma única maneira para um país ter resultados satisfatórios em PD+I, aponta que algumas medidas essenciais para o sucesso é formular uma clara política pública de inovação que abranja setores diversos da Administração Pública (“*cross-ministerial task force*”) e que incentive fortemente a interação entre atores da inovação dos setores público e privado.⁴² Diante desses apontamentos, resta claro que o Estado, como agente da inovação, também tem a incumbência de fazer distribuir o desenvolvimento tecnológico na economia nacional, mobilizando recursos e permitindo que conhecimento e inovação sejam difundidos nos diversos setores da economia, de modo que as externalidades positivas do desenvolvimento tecnológico sejam disfrutadas pela sociedade como um todo.⁴³ Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva para a relação entre público e privado. Valorizando-se a atuação estatal no processo de geração de conhecimento e inovação. Com efeito, essa interação, que sempre existiu, pode trazer maiores benefícios sociais uma vez que reconhecida a sua importância e ao se implementar a atuação cooperativa público e privado como premissa para as políticas públicas⁴⁴, tendo-se por suporte os mecanismos de monitoramento para a aferição de sua efetividade.

⁴¹ “*Incerteza significa que agentes comprometidos com inovação não podem calcular a probabilidade de sucesso ou fracasso de forma antecipada – ou seja, os resultados são desconhecidos – portanto, para obter sucesso terão de aceitar fracassos ocasionais e desvios do planejamento. Cumulativo significa que os agentes precisam ser pacientes e agir estrategicamente para acumular conhecimento e competências (aprendizagem), com uma visão de longo prazo. Coletivo significa que todos os agentes têm de trabalhar juntos e, portanto, suportar certo grau de risco; por conseguinte, todos também têm direito a compartilhar dos ganhos do processo de inovação bem-sucedido.*” (CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO; PENNA, 2016, p. 06).

⁴² CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2019: Creating Healthy Lives – The Future of Medical Innovation**. 12. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2019. Disponível em: < <https://www.globalinnovationindex.org/gii-2019-report>>. Acesso em: 01 ago. 2020, p. 63.

⁴³ MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017, p. 69.

⁴⁴ MAZZUCATO, Mariana. **The value of everything: making and taking in the global economy**. Londres: Penguin Books, 2019, p. 264-269.

5. CONCLUSÃO

Aumentar a riqueza e promover o desenvolvimento econômico significa dar mais condições para os indivíduos exercerem sua liberdade plena de capacidades e possibilidades. Nas palavras de Amartya Sen,⁴⁵ “[a] utilidade da riqueza está nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda a obter”.

É dentro desse percurso que se procura enfatizar o papel da inovação como política pública – instituição – ensejadora de desenvolvimento e de igualdade, eis que por meio da inovação, oportuniza-se, não tão-somente o desenvolvimento econômico – com o aumento da riqueza – mas também a emancipação das pessoas por meio da difusão do conhecimento e da cultura empreendedora – liberdade plena de capacidades e possibilidades que propicia a igualdade.

A política pública para a inovação, contudo, tem sua efetividade atrelada a dois fatores: a) um ambiente institucional favorável; e b) um planejamento orientado por missões, mobilizando-se um conjunto de setores para a superação de determinados desafios sociais, com objetivos e meios concretos definidos, catalisadores de novos métodos de produção e distribuição.

Por fim, destaca-se que as instituições, nesse ambiente, precisam superar e sobrepor a dicotomia público e privado. O investimento estatal e privado em P,D+I é sinérgico e complementar, de forma que a cooperação é passo relevante para a efetividade das políticas públicas de inovação.

Essa dinâmica, por sua vez, propicia o desenvolvimento econômico.

E propicia, sobretudo, condições de emancipação, individual e coletiva.

O Brasil já avançou na organização do ambiente institucional, mas ainda precisa avançar na sinergia público-privado para uma política pública orientada por missões.

Esse é o principal desafio de uma efetiva inovação em prol da igualdade.

⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 28.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. **Why Nations Fail: the origins of power, prosperity, and poverty**. New York: Currency, 2012.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Brasília, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.973 de 2 de dezembro de 2004**. Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.973.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.243 de 11 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação e altera a Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, a Lei no 6.815, de 19 de agosto de 1980, a Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei no 12.462, de 4 de agosto de 2011, a Lei no 8.745, de 9 de dezembro de 1993, a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, a Lei no 8.010, de 29 de março de 1990, a Lei no 8.032, de 12 de abril de 1990, e a Lei no 12.772, de 28 de dezembro de 2012, nos termos da Emenda Constitucional no 85, de 26 de fevereiro de 2015. Brasília, 2016. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13243.htm>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 290, de 2013**. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=041F58C22791103B73A173C065301E99.proposicoesWebExterno1?-codteor=1113429&filename=Tramitacao-PEC+290/2013>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. **Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação 2016-2019**. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/documents/10179/1712401/Estrat%C3%A9gia+Nacional+de+Ci%C3%AAncia%2C%20Tecnologia+e+Inova%C3%A7%C3%A3o+2016-2019/0cfb61e1-1b84-4323-b136-8c3a5f2a4bb7>>. Acesso em: 04 out. 2017.

CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS; MAZZUCATO, Mariana; PENNA, Caetano. **The Brazilian Innovation System: A Mission-Oriented Policy Proposal**. Sumário Executivo. Avaliação de Programas em CT&I. Apoio ao Programa Nacional de Ciência (Plataformas de conhecimento). Brasília: Centro de Gestão e Estudos Estratégicos, 2016. Disponível em <https://www.cgee.org.br/documents/10195/1774546/The_Brazilian_Innovation_System-CGEE-MazzucatoandPenna2-Executive_Summary.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2019: Creating Healthy Lives – The Future of Medical Innovation**. 12. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2019. Disponível em: <<https://www.globalinnovationindex.org/gii-2019-report>>. Acesso em: 01 ago. 2020.

CORNELL UNIVERSITY; INSEAD; WIPO. **The Global Innovation Index 2020: Who Will Finance Innovation?**. 13. ed. Ithaca, Fontainebleau e Genebra, 2020. Disponível em: <https://www.wipo.int/global_innovation_index/en/2020/>. Acesso em 02 set. 2020.

ETZKOWITZ, Henry. **The triple helix: university-industry-government innovation in action**. Londres: Routledge, 2008.

GALA, Paulo. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, vol. 23, n. 2 (90), abr./jun. 2003. Disponível em: <<http://www.rep.org.br/pdf/90-6.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2017.

GARCIA, Christimara (Org.). **Lei do Bem: Como alavancar a inovação com a utilização dos incentivos fiscais (e-book)**. 2. ed. Pillares, 2015.

MAZZUCATO, Mariana. **The Entrepreneurial State**. Londres, Demos: 2011. Disponível em: <http://www.demos.co.uk/files/Entrepreneurial_State_-_web.pdf>. Acesso em: 04 out. 2017.

MAZZUCATO, Mariana. **The value of everything: making and taking in the global economy**. Londres: Penguin Books, 2019.

NORTH, Douglass Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. **Development and Innovation: The Role of State Enterprises**. *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 6, ed. 7/8, Holanda, 2011, p. 361-375. Disponível em: <<https://www.kluwerlawonline.com/abstract.php?area=Journals&id=GT-CJ2011044>>. Acesso em: 04 out. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

A “TRIDIMENSIONALIDADE” DA IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: AFINAL, IGUALDADE DE QUÊ?

NATÁLIA BRASIL DIB*

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. A igualdade como solidariedade: a inserção social como terceira via.
- 2.1. A dicotomia “liberais igualitários” X “comunitaristas”.
- 2.2. A igualdade como solidariedade – uma nova perspectiva.
3. A solidariedade na Constituição de 1988: a adição de matriz filosófica na ideia de igualdade na Constituição de 1988. Afinal, igualdade de quê?
4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Pode-se afirmar que, a partir do ideal de igualdade originário da Revolução Francesa e da Declaração de Independência dos Estados Unidos, não se discute mais a necessidade ou não da igualdade nas sociedades modernas, ou mesmo a necessidade de promoção da igualdade. Mesmo nas teorias utilitaristas, alerta Amartya Sen¹, a igualdade encontra espaço e importância. Dessa forma, o conceito de igualdade ocupa grande espaço nas teorias filosóficas, em especial quanto à promoção da igualdade material, superando as discussões apenas sobre a igualdade formal. Enquanto essa se estabelece como a igualdade presente na “lei formal”, expressa, especialmente, na determinação de que “todos são

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutoranda e Mestre em Direito pela PUCPR. Especialista em Direito Tributário pelo IBET (Curitiba-PR, Brasil). O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. E-mail: nataliabrasildib@gmail.com.

¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 325.

iguais perante a lei”; aquela se conceitua em seu sentido de justiça aristotélico, definindo-se como a “igualdade para os iguais e a desigualdade para os desiguais”².

A refutação da igualdade formal, na qual não se consideram as diferenças e singularidades que exigem o tratamento desigual parece não encontrar arcabouço nas teorias predominantes. Mesmo os liberais clássicos preocupam-se com o critério de diferenciação, defendendo a igualdade no ponto de partida como pressuposto da meritocracia. Admitindo-se, então, a exigência de discussão quanto à igualdade material, o foco do estudo deixa de ser – como pontuam muito bem Amartya Sen, Pierre Rosanvallon e Norberto Bobbio³ - sobre a importância ou não da igualdade, para se estabelecer sobre o critério, ou critérios, de igualdade que exprimem o melhor conceito de justiça. É dizer, admitindo a necessidade de reduzir diferenças como pautas necessárias nas relações sociais, quais desigualdades são ou não aceitáveis no contexto social.

Essa discussão provocou, como não poderia deixar de ser, diversas abordagens, em especial pelo fato da igualdade formal, ou igualdade na lei, ser um “conceito morno”⁴, que necessita da igualdade material para se concretizar. Discutir sobre a necessidade da igualdade e sua importância deixa de ter tanta importância – vez que evidente – para que as discussões se ocupem sobre qual igualdade deve-se promover. A discussão reside, portanto, no critério que se quer adotar e é nesse ponto que se inserem as maiores discordâncias entre os filósofos que tratam do tema. Pode-se selecionar algumas vertentes teóricas que acabam por protagonizar a discussão acerca do critério (ou critérios) de igualdade a ser adotado, frente ao objetivo do trabalho de análise da Constituição de 1988.

Quanto a isso, convém esclarecer que o trabalho elege recortes teóricos como pressuposto do estudo científico do tema, sem, contudo, ignorar a multiplicidade de perspectivas possíveis para a abordagem. É uma imposição da linguagem e do conhecimento o recorte do objeto de estudo⁵. Ainda assim, o que se pretende neste trabalho, como será

² DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro. Curitiba, 2014. 155 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná., p. 5 e ss.

³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 327. FITOUSSI, Jean Paulo. ROSANVALLON, Pierre. **La nueva era de las desigualdades**. 1. Ed. Buenos Aires: Manantial, 2003, p. 104. BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p.12.

⁴ ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. In: **Novo Estudo Jurídico**, Vol. 13 - n. 2 – Univali, 2008, p. 77-92. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441> Acesso em: 11 ago. 2018., p. 79.

⁵ DIB, et al. A superação do reducionismo epistemológico na educação: um panorama do problema. In: **Revista Plurais** – Virtual, Anápolis - Go, Vol. 7, n. 1 –Jan./Jun. 2017 – p. 80-96, p. 89. FOLLONI, 2013, p. 67. CILLIERS, Paul. Why we cannot know complex things completely. In: **Emergence**. n. 4, p. 77-84, 2002. Disponível em <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/15213250.2002.9687736#.VVXza_lVhBc> Acesso em: 11 ago. 2018, p. 81. TSOUKAS, Haridimos; HATCH, Mary Jo. Complex thinking, complex practice:

desenvolvido, é alargar esse recorte como pressuposto do estudo da igualdade, enquanto uma questão social, propondo a inclusão de nova perspectiva da igualdade para além da utilizadas em alguns trabalhos.

Pode-se afirmar que há duas correntes majoritárias em constante debate acerca do melhor critério de justiça: a teoria dos liberais-igualitários⁶ e a teoria dos comunitaristas⁷. Os primeiros se definem a partir do grande valor que atribuem à liberdade individual, prevalecendo esta sobre o bem comum. De outro lado, os comunitaristas defendem a antecedência do bem comum à liberdade individual. É dizer, para os liberais-igualitários é necessária a promoção, antes, da liberdade individual para, depois, eleger-se o critério de justiça comunitária. De maneira contrária, para os comunitaristas, o bem comum antecede à liberdade individual, é dizer, há primeiro a necessidade de estabelecimento de valores comuns que construirão os critérios de justiça da comunidade.

Neste trabalho, entretanto, para além dessas duas vertentes, defende-se a existência de uma "terceira via", como denominam Anthony Giddens e Pierre Rosanvallon, de modo que a mais hodierna noção de igualdade material acaba por se conceber na redefinição dos "laços sociais" a partir da solidariedade, aspecto que não possui protagonismo nas duas teorias acima e que, na perspectiva tratada neste artigo, merece atenção.

Nesse sentido, ainda que fazendo resgate dos conceitos trazidos pelos liberais igualitários, especialmente por John Rawls e Amartya Sen (ainda que haja discordância sobre a classificação da teoria deste autor como tal); bem como da perspectiva comunitarista de Michael Sandel (mesmo que ele rejeite essa classificação)⁸; busca-se trazer outra perspectiva de inclusão, qual seja a da igualdade como solidariedade, especialmente a partir das teorias de Pierre Rosanvallon e Anthony Giddens. Não se desconhece que referidos autores sejam de escolas distintas. Contudo, é possível encontrar semelhança nas teorias, que permitem identificar terceira perspectiva acerca da igualdade e avaliar a correspondência ou não com a Constituição Federal de 1988.

Desse modo, no primeiro tópico do trabalho serão abordadas a dicotomia existente entre os liberais-igualitários e os comunitaristas. Em seguida, serão abordadas as perspectivas de solidariedade de Rosanvallon, Dubet e Giddens, para, finalmente, realizar cotejo

the case of a narrative approach to organizational complexity. In: **Human Relations**, v. 54, p. 979-1013, 2001. Disponível em: <<http://hum.sagepub.com/content/54/8/979.full.pdf>> Acesso em: 11 ago. 2018.

⁶ BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro**. Curitiba: CRV, 2014.

⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁸ Quanto ao tema, convém destacar que, além das obras dos filósofos, utilizou-se a excelente e completa abordagem das teorias por Christian Britto, na obra "O bom e o justo na Constituição de 1988: a influência liberal igualitária na prefiguração do Estado brasileiro", a qual se indica fortemente para análise da questão.

da adequação desses conceitos na Constituição de 1988. Trata-se de trabalho que exigiu a revisão bibliográfica das teorias abordadas, construindo-se, da interpretação das teorias abordadas, a argumentação para alcance do objetivo definido.

2. A IGUALDADE COMO SOLIDARIEDADE: A INSERÇÃO SOCIAL COMO TERCEIRA VIA

2.1. A dicotomia “liberais igualitários” X “comunitaristas”

John Rawls, em sua teoria de justiça, avançando nas ideias propostas por Locke, Rousseau e Kant, objetiva encontrar critério único e universal (geral e o mais abstrato possível) para definição da justiça dentro da proposta contratualista. Desenvolve teoria normativa para estabelecimento dos melhores termos do contrato social, os termos mais justos – “justiça como equidade”⁹, para, com isso possibilitar o estabelecimento de instituições mais justas¹⁰.

Sua ideia de justiça está fundamentada em estrutura básica de sociedade, regida por dois princípios. Para que haja o estabelecimento de instituições justas, e via de consequência, sociedade justa, todos os seus cidadãos devem estar imbuídos do “véu de ignorância”, ou seja, devem estar despidos de qualquer interesse particular, e assim estariam em condições de escolher o melhor critério de igualdade para a coletividade¹¹. Uma escolha livre e racional. A ideia central do véu da ignorância seria a de que, para o autor, numa “situação original” todos os indivíduos agiriam de maneira livre e racional, desconhecendo – em razão do véu da ignorância – sua posição na sociedade¹², de modo que seriam escolhidos critérios de justiça aceitos por todos. Assim sendo, as escolhas tenderiam ao altruísmo. Ou seja, ao serem escolhidos os critérios do contrato social nessa situação hipotética, inevitavelmente, seria alcançado o bem comum, o bem para a coletividade, sempre a partir da ação individual, racional e livre¹³.

⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 13 e 14.

¹⁰ CLÊVE, Clemerson Merlin. Ações Afirmativas, justiça e igualdade. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 3, p. 542-557, 2016.

¹¹ DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro. Curitiba, 2014. 155 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 38

¹² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.p. 15

¹³ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 45 e ss.

Para o filósofo, a noção de justiça geral deve ter como premissa a distribuição de todos os “valores sociais” de forma igual, justificando-se as desigualdades nas hipóteses de vantagens para todos¹⁴ – princípio da diferença. O principal valor é a liberdade. Partindo, então, dessa equidade garantida pelo “véu da ignorância”, a ideia de justiça implica dois princípios básicos: (i) o primeiro deles refere-se à ideia de que, na situação original de estabelecimento dos acordos sociais, todos devem ser tratados como iguais, sendo-lhes garantidas todas as liberdades básicas (bens primários); (ii) o segundo determina que as desigualdades econômicas e sociais devem existir à medida que sejam benéficas a todos, dentro da razoabilidade, atrelando-se a cargos e posições, de modo que todos tenham acesso a uma “igualdade equitativa de oportunidades”¹⁵. Nesse ponto, é possível perceber de forma mais evidente a vertente liberal igualitária atribuída a Rawls, bem como a identificação da sua teoria com a ideia de promoção de igualdade de oportunidades como o critério de justiça.¹⁶

É nesse aspecto que Christian Britto¹⁷ pontua que para Rawls, o “justo” vem antes do “bom”. Ou seja, antes da definição do que é melhor para a coletividade, dos melhores termos do acordo social, é necessário conceder igual liberdade para que, sob o véu da ignorância, os cidadãos escolham os melhores critérios de justiça.

Para Rawls, o primeiro princípio deve prevalecer sobre o segundo, ou seja, define os bens primários como essenciais na busca pela igualdade e pela justiça. A teoria de Rawls se insere na proposta de refutação do critério utilitaristas de maximização da soma das utilidades, donde se extrai o critério de igualdade a partir da máxima felicidade. O que os utilitaristas pretendem é a soma das utilidades como o objetivo da sociedade, ou seja, não importa a perspectiva individual da utilidade, mas a maximização da soma das utilidades. Essa é a ética utilitarista.¹⁸ Propõe alternativa à ideia utilitarista ao definir as liberdades e a igualdade como primado da sua teoria de justiça¹⁹.

¹⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 75

¹⁵ GOMES, Jacqueline de Souza; OLIVEIRA Fabio Alves Gomes de. O Conceito de Igualdade na Filosofia política contemporânea: um debate entre Rawls, Dworkin E Amartya Sen. **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, v.1, n.2, 2013. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/view/9292> Acesso em: 10 ago 2018..

¹⁶ Cf. BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 55. DISSENHA, 2014, p. 43.

¹⁷ BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 56.

¹⁸ BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 41 e ss. SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 48. SEN, Amartya. Well-being, agency and freedom: the Dewey lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, v. 82, n.4, p. 169-221, abr.1985, P. 175/176.

¹⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008., p. 17

Michael Sandel explica com o seguinte exemplo: um contrato, em que ambas as partes possuam o mesmo poder e o mesmo conhecimento, tendo por objeto os princípios, deveres e direitos que governam a vida dos contratantes, não havendo coação, vantagens, enganos – um contrato justo. “Se você puder imaginar um contrato assim, terá compreendido a concepção de Rawls de um acordo hipotético baseado na equanimidade.”²⁰

Amartya Sen, por sua vez, traz novas perspectivas quanto ao tema. Discordando da teoria de justiça rawlseniana, propõe teoria que, na sua óptica, atende à realidade que se pretende modificar. Critica a transcendentalidade da teoria de Rawls e a ausência de correspondência com a realidade que pretende modificar (ambas são teorias normativas). Sen busca, no *Ideia de Justiça*, definir critério de justiça mais conectado com as mazelas do mundo. Afirma, já no prefácio do livro, que busca “uma teoria da justiça em sentido mais amplo”, com vias a “esclarecer como podemos proceder para enfrentar questões sobre a melhoria da justiça e a remoção da injustiça, em vez de oferecer soluções para questões sobre a natureza da justiça perfeita.”²¹

O autor esclarece que não discorda do valor dado por Rawls à liberdade, mas discorda do critério de avaliação e do excesso de foco que Rawls emprega a poucos bens primários. O ponto de dissidência de Sen quanto à teoria de Rawls consiste na valoração e função da liberdade.

Para Amartya Sen, a liberdade possui dois aspectos, a liberdade como meio e a liberdade como fim, de modo que para a mensuração das vantagens gerais do indivíduo, capazes de fornecer elementos para se encontrar critérios de redução de desigualdades, deve-se considerar o que denomina de capacitações²² (capabilities), que se definem não apenas a partir das liberdades que cada um possui (no sentido Rawlseniano de bens primários) mas a partir da capacidade de viver a vida que tem boas razões para tanto (liberdade num sentido amplo – freedom). Propõe, então, a igualdade de capacitações (“capabilities”). Explica que as capacitações possuem duas características fundamentais: (i) elas apontam as desigualdades, são, portanto, medida de avaliação (capability approach); bem como (ii) devem focar na vida humana e não em objetos (recursos). Neste sentido, o autor exemplifica com a hipótese em que alguém possua uma alta renda, mas também uma deficiência. A alta renda não garante uma vantagem, mas sim a deficiência uma de-

²⁰ SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011., p. 188.

²¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 11.

²² Utiliza-se o termo capacitações, em atenção ao alerta feito por Izete Bagolin quanto à melhor tradução do termo “capabilities”. BAGOLIN, Izete. Da renda às capacitações: Analisando e Avaliando o Desenvolvimento Humano. **Tese de doutorado**. UFRGS. 2005.

sigualdade²³. Da mesma forma que a igualdade, para o autor, o desenvolvimento mede-se pela redução de obstáculos às capacitações. Ou seja, para Amartya Sen, os conceitos de liberdade, igualdade e desenvolvimento estão conectados pelas "capacitações".

A abordagem das capacitações passa, nesse sentido, a ser o modelo teórico capaz de avaliar a liberdade (intrínseca e instrumental) que o indivíduo possui de alcançar as capacitações e transformá-las em funcionamentos (functionings), que se definem pelos estados e funções que o indivíduo valoriza e consegue alcançar/realizar. O que Sen propõe é que pela abordagem das capacitações seja possível mensurar as vantagens gerais do indivíduo que permitem que ele transforme as capacitações em funcionamentos.²⁴

Para Sen, as capacitações são fatores importantes para medir a vantagem total de um indivíduo, em termos comparativos, que não se restringe ao alcance do seu bem-estar, no sentido utilitarista, mas a possibilidade de fazer coisas que tem boas razões para valorar. O conceito é extraído da obra *A ideia de justiça*, na qual a preocupação do autor é com a utilização de vantagens (advantage) e das capacitações para verificação de critérios mais justos de igualdade. Por essa razão é que o critério de vantagem total é utilizado, em especial, com critério de comparação²⁵

Os comunitaristas, por sua vez, têm como principal característica a sobreposição do bem comum sobre a liberdade individual – o "bom" antecede ao "justo". Defendem a concepção do bom antes do justo. A construção dos valores de justiça se dá com vistas, primariamente, ao bem da coletividade e não com foco primordial na liberdade individual. Essa é sua principal característica. As críticas dos comunitaristas aos liberais, destaca Britto, resumem-se em três pontos: (i) a neutralidade do Estado; (ii) a antecedência dos direitos em relação ao bem comum (justo antes do bom) e (iii) o foco no indivíduo e não na sociedade enquanto coletividade²⁶. Havendo o estabelecimento primeiramente do bem comum, os critérios de justiça derivam dessa moral. Importa destacar que se extrai a classificação a partir da característica majoritária de cada uma das correntes, não significando necessariamente que os comunitaristas desprezem a liberdade individual por completo e nem mesmo que os liberais igualitários não concebam a ideia de bem coletivo.

Michael Sandel, mesmo refutando a atribuição da sua teoria como comunitarista, apresenta crítica pontual ao liberalismo igualitário. Para o autor não há como elaborar uma

²³ DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro. Curitiba, 2014. 155 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 51-52

²⁴ SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Oxford University Press, 2001, p. 56.

²⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 231.

²⁶ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 77.

teoria da justiça a despeito da concepção do bem. Isso é inerente à cultura e à sociedade.²⁷ O foco, apenas, nos direitos individuais e na liberdade, como inerentes à ideia de bem, para alcance da justiça não satisfaz a questão. E afirma: “Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado de vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão.”²⁸ Interpretando a teoria do autor à luz da Constituição de 1988 seria o mesmo que admitir que os direitos fundamentais atinentes à liberdade existiriam antes da ideia de bem comum, antes dos valores socialmente construídos. Para o autor, isso não seria possível.

E quanto a esse ponto, mesmo assumindo que não possui a resposta ao que significa o “bem comum” e como alcançá-lo propõe algumas formas de deliberação política e salienta que a busca da cidadania democrática passa, como afirma, pelo reconhecimento da solidariedade na sociedade. O apelo ao indivíduo, característica tanto do liberalismo libertário quanto do liberalismo igualitário, para o autor, não atender à busca pela justiça na sociedade e tende ao aumento das desigualdades.²⁹

A breve análise das teorias trazidas demonstra que, ao final, a eleição de critério de justiça é o que os caracteriza. Seja a eleição do bom antes do justo ou do justo antes do bom, há ponto de conexão importante, que não é objeto direto de estudo pelas teorias e que merece atenção: a solidariedade decorrente do laço social.

2.2. A igualdade como solidariedade – uma nova perspectiva

A eleição de critério único para a igualdade é fortemente rechaçada por Amartya Sen que pontua, acertadamente, a complexidade e pluralidade do tema, que não permite a redução do objeto de análise a um ou outro critério, mas a assunção de que a complexidade da questão exige, da mesma forma, teoria complexa, que não reduza o objeto a ponto de distanciar-se da realidade³⁰.

De forma precisa, o autor elabora sua teoria afirmando que mesmo a sua proposta de igualdade – focada nas capacitações – não é suficiente para tratar do tema frente à clara necessidade de análise plural. Em determinadas situações, afirma, a mera justiça distributiva com foco na liberdade para alcance da “igual liberdade geral” não será suficiente, jus-

²⁷ SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 245/246.

²⁸ SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 322.

²⁹ SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 328/329.

³⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011p. 331.

tamente em razão da pluralidade de conceitos da própria liberdade e a sua valoração. Com isso, o autor refuta conceitos unívocos e estáticos da igualdade e da liberdade, concluindo pelas suas “múltiplas dimensões”, de modo que, para Sen, uma teoria da igualdade que ignora essa multiplicidade deve ser refutada. O autor é pontual ao afirmar que, para ele: “Na investigação e avaliação social, é, sem dúvida, preferível estar vagamente correto do que precisamente errado.”³¹

Referida perspectiva, ainda que não seja feita – obviamente – com base nos contornos dados pela Constituição de 1988 à igualdade, encaixa-se na proposta de igualdade presente na Constituição. Nesse sentido, concorda-se com Clève³² ao não se aceitar influência única ou majoritária acerca da igualdade na Constituição. Da mesma forma, Dissenha³³ apresenta o que denomina de análise tridimensional da igualdade na Constituição de 1988.

Com base nessa multiplicidade de dimensões, o que se propõe neste trabalho é a consideração, para fins de análise da Constituição de 1988, de outro critério que merece estudo e que acaba não tendo espaço central nas teorias já abordadas.

Nesse sentido, os recentes trabalhos de Pierre Rosanvallon e François Dubet³⁴ acerca da igualdade parecem fornecer aspecto que evidencia outra dimensão importante para o que se pretende na análise deste artigo. Rosanvallon defende a concepção de igualdade como dever de solidariedade, decorrente do laço social, que precisa ser recuperado na sociedade moderna. Dubet, por sua vez, questiona, em especial a partir da experiência nas escolas francesas, a igualdade de oportunidades, apresentado uma nova forma de encarar as desigualdades.

Para Rosanvallon, as teorias de Rawls e Sen são de certa forma paradoxais, na medida em que acabam por exaltar a meritocracia³⁵. Estão, em boa medida, inseridas na

³¹ SEN, Amartya. Development as capability expansion: In: FUKUDA-PARR. **Reading in human development**. New Delhi: New York. Oxford University Press: 2003, p.45. “In social investigation and measurement, it is undoubtedly more important to be vaguely right than to be precisely wrong.” (tradução nossa)

³² CLÈVE, Clemerson Merlin. Ações Afirmativas, justiça e igualdade. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 3, p. 542-557, 2016. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>> Acesso em: 11 ago. 2018.

³³ A análise acerca da igualdade nessa perspectiva foi feita por Larissa Dissenha, em dissertação de mestrado defendida na UFPR, intitulada “Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro”, a qual serviu de base para o raciocínio utilizado neste trabalho.

³⁴ Utilizando a perspectiva de Dubet, é possível mencionar não apenas o trabalho de Clémerson Clève já mencionado (Ações afirmativas, justiça e igualdade...) mas também artigo publicado por Hachem, no qual se defende a *igualdade de posições* na Constituição de 1988 a partir da perspectiva do autor francês: HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

³⁵ DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. **Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro**. Curitiba, 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. p. 54.

ideia de igualdade de oportunidades – fornecer aos indivíduos o mesmo ponto de partida. Tentam igualar as condições, atribuindo ao indivíduo a reponsabilidade pelo seu desenvolvimento. O que se mostra absolutamente coerente com as premissas da teoria, em especial quanto à valorização da liberdade individual. Entretanto, para Rosanvallon, a igualdade deve ser construída na sociedade, baseada em laço social. Acredita que a meritocracia acaba por atribuir o “fracasso” de certo indivíduo a ele mesmo, excluindo os fatores sociais que levaram a isso.

Aposta na igualdade como solidariedade, argumentando que ela será construída a partir do abandono da concepção individualista característica da sociedade atual e a retomada dos laços sociais decorrentes da vida em comunidade. Argumenta que a igualdade deve ser entendida não como distribuição de riquezas, mas como “filosofia da relação social”³⁶. Há, segundo o autor, crise da igualdade, resultado das consequências do individualismo exacerbado decorrente da Revolução Industrial³⁷ que gerou, num primeiro momento, a criação do Estado Providência e que agora encontra novas dificuldades que, segundo o autor, devem ser superadas com a solidariedade.

E como resposta a isso, Pierre Rosanvallon aborda a solidariedade de maneira distinta. Remonta as origens do termo e da sua inserção na sociedade, em especial pautada na ideia de assistencialismo, distributividade, segurança. Explica que a correspondência entre seguro e solidariedade se fez emergir no Estado Providência, ou Estado de Bem-Estar social. A emergência da solidariedade, nesse contexto, não deixa de ser reação do próprio modelo meritocrático, decorrente da economia de mercado, com o intuito de solucionar/ amenizar as questões sociais que são resultados não esperados do capitalismo. Diz-se não esperado, pois, com frequência encontra-se o argumento, dentre os liberais clássicos, especialmente, de que o sucesso da economia capitalista, necessariamente, leva à melhora na vida dos indivíduos. Contudo, a realidade demonstra que os resultados danosos do capitalismo e da economia de mercado, na sua perspectiva mais libertária, levaram à necessidade de emergência do Estado Providência.

Nesse sentido, partindo da análise dos resultados do Estado Providência, baseado, na perspectiva atual restringe-se à ideia de seguridade. Para Rosanvallon, o Estado Providência emerge com “três modelos para conceber o vínculo social: o contrato (resultante da confrontação política); o mercado (funcionando como uma mão invisível para associar

³⁶ ROSANVALLON, Pierre. **A desigualdade se mundializou**. Entrevista realizada pelo Instituto Humanitas Unisinos em 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon> Acesso em: 09 jan. 2015.

³⁷ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Trad. Sergio Bath. Brasília: Instituto Teotonio Vilela. 1998, p. 53 e ss. DISSENHA, 2014, p. 56.

economicamente os indivíduos); e o seguro (agindo como uma espécie de ‘mão invisível’ da solidariedade).³⁸

Nessa perspectiva, o seguro (expressão da solidariedade no contexto acima), como forma de amenizar as questões sociais decorrentes do capitalismo e da economia de mercado, se estabeleceu a partir da distributividade do risco³⁹. O Estado Providência surge da necessidade de mitigação dos resultados sociais catastróficos da economia de mercado e do *laissez-faire*. Para alguns autores, como Polanyi⁴⁰, emerge como forma de proteção do próprio capitalismo. Nesse sentido, a seguridade surge como a manifestação da solidariedade nesse contexto.

O que se não esperava, contudo, é que também esse Estado Providência (ou Estado de Bem-Estar social) entraria em crise. A mera distribuição dos recursos como forma de mitigar os problemas sociais não é mais capaz de frear a crise desse próprio mecanismo e dessa perspectiva de solidariedade, que, muitas das vezes, confunde-se com o assistencialismo, na visão de Rosanvallon.

Mais uma vez a emergência de resultados não esperados – decorrentes da complexidade das relações sociais – mostra a necessidade de nova teoria e nova perspectiva capaz de atender a esses anseios. Não há mais, como salienta Rosanvallon, “homogeneidade dos riscos” de modo a possibilitar a eleição de algumas medidas securitárias que solucionem as questões sociais. Há, como salienta na obra, uma nova questão social. Exemplifica com a tecnologia e as mudanças na medicina, que modificarão [o texto é escrito em 1998] sobremaneira as relações sociais. Afirma, categoricamente, que o “véu da ignorância que acompanhava o contrato social está irremediavelmente roto”.⁴¹

Em sentido semelhante, Anthony Giddens trata da crise do Estado de Bem Estar social e da necessidade de investimento no capital humano (a partir dos laços sociais) como uma solução entre a não intervenção estatal e o Estado providência. É o que chama de Terceira Via⁴².

Ainda que sejam teóricos de campos diferentes, as teorias de ambos podem ser conjugadas no sentido trabalhado neste artigo. Giddens aborda a igualdade e explica a con-

³⁸ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 32.

³⁹ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, p. 35.

⁴⁰ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000, p. 251.

⁴¹ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998, 1998, p. 43.

⁴² GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

cepção de igualdade para a corrente neoliberal e para a corrente social democrata. Explica que para os neoliberais o modelo de igualdade é o da meritocracia, ou seja, o modelo da igualdade de oportunidade, que, com algumas diferenças, se conceitua pela possibilidade de igual oportunidade para que os indivíduos se desenvolvam a partir do seu próprio mérito, próprio esforço – mesmo ponto de partida.⁴³

Contudo, referido critério deixa de considerar as desigualdades de resultado que provoca, com o tempo. Chama isso de “mobilidade descendente”⁴⁴. Além disso, o próprio critério apresenta, como destaca, paradoxo, uma vez que fatalmente os resultados do mérito são “herdados”, já que os pais que o alcançaram dariam diferentes pontos de partida para seus filhos, independentemente do próprio critério e, mitigando, o conceito da igualdade de oportunidades inicialmente esperado. Torna-se, dessa forma, irreal imaginar que a recompensa se dê apenas pelo mérito, sem que questões hereditárias – semelhantes à aristocracia artificial que destaca Sennet ao abordar a origem do talento e a sua transformação no critério de meritocracia.⁴⁵

Giddens não ignora a importância da meritocracia, contudo, destaca a necessidade de que outros critérios sejam adicionados, confirmando, mais uma vez a premissa deste trabalho de que a igualdade pretende a determinação de critérios em relações complexas e, via de consequência, exigem teoria que atenda à referida complexidade.⁴⁶

Pontua, então, que a igualdade se estabelece a partir de critérios de inclusão e de exclusão. A inclusão define-se, “em seu sentido mais amplo”, atrelando-se à “cidadania, direitos e obrigações civis e políticos que todos os membros de uma sociedade deveriam ter(...)”⁴⁷. Trata-se de inclusão no espaço público, não apenas formalmente, mas materialmente. E nesse aspecto, apresenta certa semelhança com a perspectiva dos comunitaristas. Mas esclarece que é nesse papel de inserção social que se discute os aspectos da solidariedade.

A exclusão, por sua vez, corresponde aos espaços de desigualdade que emergem com o desenvolvimento da sociedade com base na meritocracia, gerando a exclusão tanto no topo (das elites) quanto nas bases (pobreza). Relaciona-se, como destaca o autor, “a

⁴³ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 111 e 112.

⁴⁴ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 112

⁴⁵ SENNETT, Richard. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 84-122.

⁴⁶ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 113.

⁴⁷ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 113.

mecanismos que atuam para destacar grupos de pessoas do fluxo social prevalecente”⁴⁸. Critérios de igualdade, dessa forma, devem se preocupar com a inclusão. Mas não nos termos que a social democracia sempre estabeleceu a partir da seguridade do Estado de Bem Estar Social, de mera distributividade dos recursos, com vistas à segurança social de que trata Rosanvallón.

A proposta do autor é, então, de desenvolvimento de “Estado de investimento social” - terceira via entre o Estado de Bem Estar defendido pela social democracia e o Estado reduzido defendido pelo neoliberalismo. Propõe o que chama de investimento no capital humano para desenvolvimento da inclusão e, via de consequência, a emergência da solidariedade a partir da identificação entre os grupos. Pode-se inferir da teoria do autor que a vertente liberal estaria atrelada ao neoliberalismo, enquanto a vertente comunitarista ao Estado de Bem Estar social discutido. O Estado de investimento social surgiria como que em campo intermediário entre as teorias, como que na emergência do resultado da interação entre ambas.

E ao explicar as “estratégias de investimento social” foca, majoritariamente, na educação e no investimento nas pessoas, para além da questão econômica e enumera cinco áreas em que o governo deveria focar para promoção do Estado de Investimento Social, são elas: (i) “apoio nas iniciativas empresariais”; (ii) “educação a longo prazo”; (iii) “parcerias em projetos públicos”; (iv) aumento da “portabilidade” e (v) encorajamento de “local de trabalho favorável à família”⁴⁹. A teoria apresentada pelo autor, novamente de caráter normativo, objetiva, claramente, a intersecção entre os espaços das empresas e da sociedade que, como pontua Rosanvallón, distanciaram-se como se fossem dois espaços distintos⁵⁰. Mais uma vez se observa a interação entre as duas teorias, no sentido de inclusão social e de emergência de uma nova solidariedade, que não se confunde com a perspectiva de seguridade do Estado de Bem Estar Social, mas com a recuperação da ideia de laço social que conecta os indivíduos e faz emergir a solidariedade e, via de consequência, a busca da igualdade.

A ideia de solidariedade, nessa nova perspectiva, insere-se nesse contexto. Como afirma Rosanvallón, o desafio é transformar a solidariedade em “sentido cívico”, transformar o cidadão em contribuinte. Define, então, a igualdade a partir de três conceitos: (i) singularidade – na medida em que reconhece as diferenças; (ii) reciprocidade – a fim de que

⁴⁸ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 114.

⁴⁹ GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 128 a 139.

⁵⁰ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Trad. Sergio Bath. Brasília: Instituto Teotonio Vilela. 1998, P. 94.

todos joguem com as mesmas regras e (iii) comunalidade – reconhecendo a existência de espaços comuns⁵¹. A proposta de Rosanvallon se insere num novo conceito de solidariedade.

Questiona o que chama de igualdade de possibilidades e introduz a chamada “igualdade de singularidades”. E diz: “O igualitarismo é a visão aritmética da igualdade. Mas o que eu procuro definir é uma relação da sociedade, uma ideia da igualdade como relação”⁵².

Dessa forma, assenta a ideia de igualdade em bases distintas da chamada “igualdade de possibilidades” ou “igualdade de oportunidades”, defendendo a ideia de que um laço social que leve à sociedade a ideia de solidariedade será capaz de melhor reduzir as desigualdades e fomentar a inserção social. A questão que se põe, segundo Rosanvallon, é: “como se pode passar para uma sociedade da inserção a partir de uma sociedade voltada para a indenização?”⁵³ Ou seja, a proposta do autor é a superação da perspectiva do Estado Providência, focado na era distribuição de direitos como “indenização” para a inclusão social por meio da solidariedade enquanto inserção social.

Na mesma linha – criticando a igualdade de oportunidades – François Dubet analisa a igualdade sob o prisma da situação de cada um, utilizando como método a análise das escolas francesas. O autor questiona a limitação que a aposta na meritocracia da igualdade de oportunidades garantiu. Ao menos na experiência descrita pelo professor o acesso educacional a todos (independentemente da classe social), que crê na ideia de que o acesso à educação garantiria iguais possibilidades – não resulta numa mesma ascensão social.

A pesquisa de Dubet demonstra que mesmo com o igual acesso educacional, o desempenho dos alunos em melhores condições sociais era extremamente superior ao dos alunos em piores condições, o que levou a questionar este modelo igualitário de acesso (igualdade de oportunidades), bem como de redução de desigualdades, constatando a sua limitação.⁵⁴ Para o autor há, necessariamente, que se colocar o “problema da justiça em outros termos”. Ainda que não deixe de valorizar de certa forma a igualdade de oportunidades, destacando ser o sistema meritocrático a forma mais aceita de se criar “desigualdades justas”; explica que o problema da desigualdade é que ela não atinge apenas campos autônomos (reafirmando a complexidade da questão). Se assim fosse, seria possível acreditar apenas na meritocracia. As desigualdades, contudo, acabam por ocasionar maiores

⁵¹ ROSANVALLON, Pierre. **A desigualdade se mundializou**. Entrevista realizada pelo Instituto Humanitas Unisinos em 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon> Acesso em: 09 jan. 2015. s/p.

⁵² ROSANVALLON, Pierre. **A desigualdade se mundializou**. Entrevista realizada pelo Instituto Humanitas Unisinos em 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon> Acesso em: 09 jan. 2015. s/p.

⁵³ ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Trad. Sergio Bath. Brasília: Instituto Teotonio Vilela. 1998.

⁵⁴ DUBET, 2004, p. 543

problemas, na medida em que o campo de uma desigualdade afeta o campo de outras, gerando a impossibilidade de que se tenha autonomamente pontos de partida semelhantes⁵⁵. A possibilidade de independência entre as chamadas “esferas de justiça” é que poderiam proporcionar uma igualdade de oportunidades mais justa. Entretanto, esse sistema apresenta problemas, na medida em que ignora desigualdades que não coloca todos no mesmo ponto de partida, sendo essencial tratar duma concepção de justiça distributiva.

A meritocracia, no entanto, apresenta forte resistência a chamada justiça distributiva. Como explica o autor, a primeira razão se refere (i) ao embate desse modelo de justiça com as elites privilegiadas pela igualdade de oportunidades; a segunda diz respeito (ii) à limitação da justiça distributiva – a partir de determinado ponto não mais surte efeito e o terceiro refere-se (iii) a inaptidão dos grupos sociais afetados em reivindicar a igualdade⁵⁶. Em boa medida, corresponde à crítica apresentada por Giddens quanto ao problema do critério da meritocracia.

Assim sendo, o autor propõe relevante crítica ao modelo meritocrático nas escolas, que na perspectiva trazida neste artigo, pode ser estendido a outras desigualdades. A igualdade de oportunidades apresenta falhas na sua concepção do mesmo “ponto de partida”. Acreditar numa sociedade que deva se preocupar com justiça distributiva que efetivamente coloque as pessoas em posições mais semelhantes parece-nos uma melhor opção. Trata-se aqui de promover a igualdade no mesmo “ponto de chegada”⁵⁷.

Em conclusão à perspectiva ora abordada, a partir da análise da solidariedade enquanto inserção social, é possível afirmar que para além da perspectiva liberal igualitária e comunitarista da igualdade, emerge a perspectiva da solidariedade como uma “nova questão social”, entendida como a necessidade de reconhecimento do laço social que leva à inserção. Referida teoria, para além de definir a distribuição para se alcançar o mesmo ponto de partida parece fornecer instrumental teórico capaz de defender a observância, também, do ponto de chegada, em busca da igualdade de posições.

⁵⁵ DUBET, François. O que é uma escola justa? In: **Cadernos de Pesquisa**, v. 34, n. 123, p. 539-555, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v34n123/a02v34123.pdf>> Acesso em 12 ago. 2018., p. 550

⁵⁶ DUBET, François. O que é uma escola justa? In: **Cadernos de Pesquisa**, v. 34, n. 123, p. 539-555, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v34n123/a02v34123.pdf>> Acesso em 12 ago. 2018. 2015., p. 546.

⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná., p. 371

3. A SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ADIÇÃO DE MATRIZ FILOSÓFICA NA IDEIA DE IGUALDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. AFINAL, IGUALDADE DE QUÊ?

Partindo da perspectiva de que a promoção da igualdade material, como alcance do mesmo ponto de chegada, tem, em suas bases, a ideia de solidariedade, convém analisar se essa perspectiva de igualdade tem correspondência.

A análise feita por Christian Britto foi no sentido de que a influência do critério de justiça na Constituição de 1988 é de “matriz igualitária republicano-liberal”⁵⁸. De início, na proposta de analisar a Constituição a partir das concepções liberais igualitárias e comunitaristas, entende que a Constituição inicia numa perspectiva “holista” e não “atomista”, mas que isso não a faz de matriz comunitarista. De outro lado, Gisele Cittadino⁵⁹ reconhece na Constituição de 1988 predominância da perspectiva comunitarista, ao argumento de que há claro fundamento ético no texto, além de extensa proteção a direitos fundamentais individuais e sociais.

Para a referida autora, há, no Brasil, “constitucionalismo societário e comunitário”, que tem sido desprezado pela doutrina positivista e privatista. Explica que a perspectiva de garantias meramente individuais, com foco na autonomia do indivíduo foca em posição liberal no sentido de Nozick (libertário). Isso, nos termos do que defende a autora, não corresponde à concepção de constituição dirigente que é característica reconhecida da Constituição de 1988⁶⁰. O que denomina de “constitucionalismo comunitário” está calcado “no binômio dignidade humana-solidariedade social”, o que, para ela, não encontra respaldo na ideia de garantia de direitos individuais, mas sim na inclusão de direitos econômicos e sociais.

A perspectiva da autora se estabelece no sentido de que o “ideal de igualdade-dignidade humana” perpassa pela decisão política, assim entendida com a participação da comunidade. E essa é característica central da teoria comunitarista: “Para o constitucionalismo ‘comunitário’, portanto, o processo de concretização da constituição, enquanto efetividade do seu sistema de direitos fundamentais, depende da capacidade de controle,

⁵⁸ BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na reconfiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014., p. 215.

⁵⁹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁶⁰ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen lures, 2004, p. 15 e 16.

por parte da comunidade, das omissões do poder público.”⁶¹ Nesse sentido, o “bom” deve prevalecer e anteceder ao justo.⁶²

Christian Britto, por sua vez, argumenta que os pontos abordados pela autora não são capazes de suportar a matriz comunitarista que adota. O que se observa é que a interpretação que ambos dão à correspondência das previsões constantes na Constituição de 1988 às teorias liberais igualitárias e comunitaristas divergem, especialmente, quanto à proteção dada pela Constituição aos direitos fundamentais.

Afirma Britto que a ética existente na Constituição de 1988 não pode servir de argumento para a conclusão a que chega a autora. Para ele, a existência de fundamento ético não é exclusividade do comunitarismo, estando, da mesma forma, presente na perspectiva mais liberal. Além disso, argumenta que a proteção de direitos fundamentais, inclusive com a possibilidade da tutela jurisdicional, não faz da Constituição de 1988 comunitarista, mas ainda mais liberal (igualitária), posto que valoriza o direito individual, aproximando-se das perspectivas de Rawls e Dworkin. Entende, portanto, que a Constituição tem “matriz igualitária com elementos do liberalismo social e do republicanismo liberal.”⁶³

Importa destacar que o próprio autor explica na sua obra as duas perspectivas. O ponto central do livro se assenta no fato de que a Constituição incluiu a pessoa humana, o indivíduo, como foco das disposições e não a coletividade e essa seria a principal razão pela qual se caracterizaria como de influência liberal igualitária, ainda que tivesse, como afirma, perspectiva holista. Constrói, então, o argumento, a partir de algumas premissas. A primeira delas é a previsão da dignidade da pessoa humana como princípio do Estado brasileiro, como objetivo e como fundamento. Defende, ainda, a relação da dignidade da pessoa humana com os direitos fundamentais, salientando que há um conteúdo básico (mínimo existencial) do qual decorre o ponto inicial para outros direitos, fazendo equivaler esse conteúdo com os bens primários, por exemplo. A segunda premissa adotada se refere ao que o autor denomina de direitos de resistência, que subdivide em “direitos inerentes à autonomia moral pessoal” e “direitos de resistência residuais”. Ambos representam direitos com o objetivo de proteção da liberdade individual. Os primeiros, salienta, podem ser encontrados no art. 5º, em seus incisos preliminares, basicamente, os direitos de liberdade individual de autodeterminação (religião).

⁶¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen lures, 2004, p. 21.

⁶² CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen lures, 2004, p. 46.

⁶³ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 219.

Os segundos, por sua vez, também atrelados à liberdade, dizem respeito à possibilidade de defesa (resistência) aos direitos individuais (tutela jurisdicional, devido processo legal, etc.). E nesse ponto destaca que há um “componente solidário” nos direitos previstos no art. 5º, donde decorre a correspondência com a matriz liberal igualitária e republicana liberal, no que se refere à distribuição de bens.⁶⁴ Esse é, segundo Britto, o ideal de igualdade material constante na Constituição. Ideal de igualdade que pretende capacitar o indivíduo para que exerça a liberdade. Perspectiva que, em alguma medida, corresponde à teoria da justiça de Amartya Sen, não quanto à maneira que a capacidade será promovida (se por normas, por ações sociais, etc. – até por que Sen não é um teórico do direito), mas quanto à necessidade de que o indivíduo tenha capacidade para exercer a liberdade de viver a vida que tem boas razões para viver, como tratado no tópico antecedente.

E a correspondência dessa característica com o republicanismo liberal reside na ideia de valorização da liberdade individual. Se ao indivíduo devem ser fornecidas condições para exercício dessa liberdade, isso caracteriza a Constituição brasileira como de matriz republicana. Ainda quanto aos direitos, o autor destaca a titularidade individual desses direitos, em detrimento da existência de direitos exclusivamente coletivos, o que confirmaria a influência liberal igualitária na Constituição de 1988. Por fim, destaca os direitos políticos, representativos da cidadania, que indicariam, mais uma vez, a perspectiva republicana liberal (o que chama de “direitos de participação”⁶⁵). E, novamente, atrela a solidariedade aos direitos individuais e à perspectiva do liberalismo e do republicanismo.

Ainda analisando os direitos fundamentais, o autor passa à análise dos direitos fundamentais sociais, abordando a sua dupla dimensão (objetiva e subjetiva) que não se confunde com a tutela coletiva no sentido de bem comum dos comunitaristas, mas com a tutela de direitos voltados ao indivíduo.⁶⁶ Outro aspecto que leva o autor a concluir pela matriz republicana liberal é a análise da democracia brasileira. Como afirma o autor, ela está fundada em três aspectos na “soberania popular, na cidadania e no sufrágio universal”, mas o que faz a democracia brasileira corresponder ao ideal republicano liberal é o “pluralismo”, a “separação de poderes” e o “modo de produção capitalista”⁶⁷. E, para além disso, a ideia de democracia voltada à promoção dos direitos fundamentais, para o autor, ratifica a identidade desse aspecto com a corrente republicana liberal. O quarto ponto trazido por Britto se refere às políticas públicas, defendendo que o propósito das políticas públicas não

⁶⁴ Britto, pp. 225 -230.

⁶⁵ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 240.

⁶⁶ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 244.

⁶⁷ BRITTO, Chirstian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014, p. 251.

reside na ideia de bem comum, como ideal político (nos termos defendidos pelos comunitaristas) mas com o propósito de promoção dos direitos fundamentais, ensejando, via de consequência, o raciocínio anteriormente exposto.

O que essas ponderações sobre as perspectivas demonstram é que, de alguma forma, a eleição isolada de uma das posições não é suficiente para a abordagem do tema. Concorde-se com o posicionamento dado por Amartya Sen ao reservar fortes argumentos para demonstrar que a abordagem sobre a igualdade não deve ser dar a partir de proposições reducionistas excludentes, ou seja, de que uma matriz elimina a outra⁶⁸. O holismo – que dentre as teorias abordadas corresponde ao comunitarismo – não deixa de ser reducionista da mesma forma. É, com o perdão da metáfora, a outra face do atomismo (analisar o todo sem as partes corresponde ao mesmo que analisar as partes sem o todo⁶⁹). Admitir a complexidade da relação é diferente do que admitir o pensamento holista⁷⁰.

Assim sendo, adicionalmente às perspectivas ora tratadas, crê-se na necessidade de analisar a questão da solidariedade a partir a partir da perspectiva de Pierre Rosanvallon e Anthony Giddens. Tal como defende Clève,⁷¹ a Constituição não admite apenas uma interpretação de corrente filosófica da justiça. É possível identificar pluralidade de perspectivas que são abrangidas pelo texto da Constituição. Não é diferente do que ocorre com outros temas de igual complexidade, como o desenvolvimento nacional que, como já pontuou Folloni⁷², possui uma complexidade “ideológica, jurídica e política” no texto da Constituição. Nesse sentido, concordamos com o alerta de Gabardo de que constitui-se “dever ético dos operadores do Direito de não olhar o sistema constitucional de forma reducionista (...)”⁷³.

Adotando essa premissa, há, como muito bem exposto por Dissenha, três dimensões de igualdade decorrentes ideia de dignidade da pessoa humana:

“De qualquer forma, parece certo acreditar que a igualdade no modelo constitucional nacional, especialmente porque se vincula à noção de dignidade da pessoa humana, opera-se em três dimensões indissociáveis: o aspecto de tratamento igualitá-

⁶⁸ Sen, ideia de justiça.

⁶⁹ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Mestrado em Direito* (Unifief, impresso), v. 41, p. 63-91, 2014.

⁷⁰ DELATTRE, Pierre. *Teoria dos sistemas e epistemologia*. Lisboa: Regra do Jogo, 1981, p. 23 a 29.

⁷¹ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Mestrado em Direito* (Unifief, impresso), v. 41, p. 63-91, 2014 p. 544.

⁷² FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. *Revista Mestrado em Direito* (Unifief, impresso), v. 41, p. 63-91, 2014.

⁷³ GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado social. *REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO*, v. 5, p. 99-141, 2018, p. 101.

rio diante da lei, condicionado especialmente pela participação política que constitui a soberania nacional e garante o viés democrático no exercício do poder; o aspecto da igualdade através da lei, que se relaciona diretamente com os direitos sociais e econômicos; e, finalmente, em uma dimensão de construção da coesão social, determinada especialmente pelo reconhecimento dos direitos de solidariedade que vinculam os cidadãos e dão coesão estrutural legitimante ao Estado democrático de Direito.”⁷⁴

Daniel Hachem⁷⁵, analisando os critérios de igualdade a partir da Constituição de 1988, com vistas à análise dos deveres do Estado de promoção dos direitos fundamentais sociais, conclui que o modelo de Estado brasileiro privilegia a busca da “igualdade de posições” em detrimento da “igualdade de oportunidades”. A primeira, segundo o autor, caracteriza-se pela promoção da igualdade de condições de vida (ponto de chegada), enquanto a segunda tem por objetivo fornecer condições iniciais para que cada um possa ascender socialmente⁷⁶ (ponto de partida). O autor trata da temática, destacando que no que se refere à igualdade de oportunidades, percebe-se duas formas de implementação. A primeira se dá com a distribuição dos recursos para que se alcance a mesma posição inicial e a segunda se estabelece como mecanismo de compensação em razão de uma desigualdade. A análise feita pelo autor corrobora com a perspectiva adotada neste trabalho de que a igualdade na Constituição ultrapassa os contornos únicos e excludentes.

Observe-se que é possível identificar o conceito de solidariedade mencionada por Rosanvallon no conceito de igualdade de posições. Busca-se a igualdade a partir da identidade cívica e não da mera distribuição de bens que permitem a promoção de medidas distributivas que visam alcançar o resultado, ou seja, medida de redistribuição da renda – especialmente a partir da arrecadação tributária (solidariedade) – com vistas à mobilidade social por meio da promoção e direitos fundamentais sociais.

E nesse ponto, concorda-se com Hachem, no sentido de que igualdade de posições parece adequar melhor a proposta da promoção da ideia de solidariedade enquanto identidade cívica, identidade dentro da comunidade a ponto de fazer exsurgir a ideia de solidariedade e o investimento no capital humano.

⁷⁴ DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro. Curitiba, 2014. 155 f. **Dissertação** (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 89.

⁷⁵ HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

⁷⁶ HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 370.

Nesse sentido, tem-se como possível encontrar a matriz igualitária e comunitarista na Constituição de 1988, bem como uma matriz solidária. Não se discorda neste trabalho da conclusão a que chega Britto ao afirmar que a proteção aos direitos fundamentais individuais representa forte influência liberal igualitária, afinal basta a análise pormenorizada de todos os incisos do art. 5º, como o autor pontualmente fez, para perceber que há grande foco no indivíduo e não na coletividade. De outro lado, também é possível inferir a influência comunitarista na Constituição de 1988 ao analisar todo o capítulo dedicado à seguridade social e dos direitos fundamentais sociais, donde se extrai a proteção à coletividade e a ausência de retributividade individual – é dizer de contraprestação em razão da contribuição dada. Situação em que o bem comum, como valor antecedente à liberdade individual, parece prevalecer, desvelando valor comum anterior à ideia de liberdade.

O sistema tributário nacional como um todo se revela como misto de tutela de direitos individuais e direitos coletivos, à medida que apresenta dupla dimensão de bens jurídicos tutelados. Como já apontado em outra oportunidade⁷⁷, é possível estabelecer relação individual, decorrente da relação entre contribuinte/Estado, expresso no direito de propriedade, cujos limites estão estabelecidos constitucionalmente; e outra coletiva, decorrente da relação entre o cidadão/Estado, representado pela necessária aplicação da arrecadação tributária nos fins do Estado, em especial na promoção de direitos fundamentais – fins definidos por meio de valores. E ambas as relações estão abarcadas pela ordem constitucional brasileira, cabendo à sociedade e ao Estado a proteção de ambas. Aplicando as teorias abordadas, seria possível atribuir a tutela à relação individual à matriz liberal igualitária ao passo que a tutela da relação coletiva seria atribuída à matriz comunitarista, tendo em vista a utilização da arrecadação aos fins (valores) comuns, ambas conectadas por um laço social – donde se extrai a solidariedade.

Nesse sentido, percebe-se que já no art. 3º, inciso I, a justiça a solidariedade e a liberdade são, igualmente, inseridas como objetivos fundamentais da república federativa do Brasil. Trata-se, como afirma Cléve⁷⁸, de dispositivo com força normativa, que vincula a atuação do Estado e os objetivos de toda a sociedade (valores). Dispositivo carregado de valor e de múltiplas dimensões da igualdade. Mesmo no art. 170, donde se extrai um dos principais marcos da corrente liberal na Constituição – por meio da previsão da livre iniciativa – a justiça social é invocada, levando, mais uma vez ao ideal de laço social e de solidariedade.

Dessa forma, há, nesse contexto, como afirma Dissenha, aspecto “tridimensional da igualdade”, que é capaz de representar a igualdade na perspectiva dos liberais igualitários, no que prestigia a meritocracia e os direitos cívicos e a isonomia; a igualdade comu-

⁷⁷ DIB, Natália Brasil. **Bem jurídico tributário**: uma análise a partir de suas funções e dimensões. 1. ed. Porto Alegre: PRO INNOVATION - GRUPO MULTIFOCO, 2017.

⁷⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

nitariata no que privilegia a necessária política distributiva de direitos sociais e econômicos e; por derradeiro, a perspectiva solidária, no que valoriza a construção de uma sociedade justa e solidária. Uma terceira via, decorrente da solidariedade originária do laço social.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta do estudo trazida neste trabalho procurou, a partir de algumas teorias da igualdade – teoria liberal igualitária, teoria comunitarista e teoria solidária (denominação atribuída neste trabalho) – responder a seguinte indagação: qual a igualdade que se busca nos termos da Constituição de 1988? Partilhando da multidimensionalidade a que defende Amartya Sen, ao negar a possibilidade de assunção de critério único e estático da igualdade, em face da complexidade da realidade que se impõe quanto ao tema.

Diante dessa premissa, defendeu-se neste trabalho que, a análise da Constituição de 1988, permite afirmar que para além da matriz liberal igualitária e da matriz comunitarista, cre-se, ainda, numa perspectiva da igualdade como solidariedade, em sentido similar à perspectiva apresentada por Pierre Rosanvallon, que leva a perspectiva tridimensional da igualdade.

Ainda que se corra o risco, como pontua Sen, de estar diante de múltiplos critérios, que exigem do intérprete construção complexa sobre o tema, a complexidade dos critérios e da matriz constitucional exige teoria que ultrapasse critério único da igualdade e alcance outras dimensões.

REFERÊNCIAS

BAGOLIN, Izete. **Da renda às capacitações**: Analisando e Avaliando o Desenvolvimento Humano. Tese de doutorado. UFRGS, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BRITTO, Christian Denardi de. **O bom e o justo na Constituição de 1988**: a influência liberal igualitária na prefiguração do estado brasileiro. Curitiba: CRV, 2014.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CILLIERS, Paul. Why we cannot know complex things completely. In: **Emergence**. n. 4, p. 77-84, 2002. Disponível em <<http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/15213250.2002.9687736#>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clemerson Merlin. Ações Afirmativas, justiça e igualdade. In: **Revista Digital de Direito Administrativo**, vol. 3, n. 3, p. 542-557, 2016. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/115614>> Acesso em: 11 ago. 2018.

CLÈVE, Clemerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

DELATTRE, Pierre. **Teoria dos sistemas e epistemologia**. Lisboa: Regra do Jogo, 1981.

DIB, Natália Brasil. **Bem jurídico tributário**: uma análise a partir de suas funções e dimensões. 1. ed. Porto Alegre: PRO INNOVATION - GRUPO MULTIFOCO, 2017.

DIB, Natália Brasil. and Development: proposal of relation. In: Natália Brasil Dib; André Parmo Folloni; Sara Petroccia. (Org.). **Development As Citizenship Expansion A Systemic Approach To The Globalizing Law System**. 1ed.Curitiba: ÍTHALA, 2018, v. 1, p. 69-94.

DIB, et al. **A superação do reducionismo epistemológico na educação**: um panorama do problema. In: Revista Plurais – Virtual, Anápolis - Go, Vol. 7, n. 1 –Jan./Jun. 2017 – p. 80-96.

DISSENHA, Larissa Fischer Sbrissia. **Uma análise da igualdade e seus efeitos no Direito Tributário Brasileiro**. Curitiba, 2014. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

DUBET, François. **O que é uma escola justa?** In: **Cadernos de Pesquisa**, v. 34, n. 123, p. 539-555, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/v34n123/a02v34123.pdf>> Acesso em 11 de jan. 2015.

DUBET, François. As desigualdades escolares antes e depois da escola: organização escolar e influência dos diplomas In: **Revista Brasileira de Educação**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222012000100003> Acesso em 11 de ago 2018.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Notas sobre contribuições sociais e solidariedade no contexto do estado democrático de direito. In: GRECO, Marco Aurélio (org.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

FITOUSSI, Jean Paulo. ROSANVALLON, Pierre. **La nueva era de las desigualdades**. 1. Ed. Buenos Aires: Manantial, 2003.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Mestrado em Direito** (Unifieo, impresso), v. 41, p. 63-91, 2014.

FOLLONI, André. **Ciência do direito tributário no Brasil**: crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOLLONI, André. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução de Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Jacqueline de Souza; OLIVEIRA Fabio Alves Gomes de. O Conceito de Igualdade na Filosofia política contemporânea: um debate entre Rawls, Dworkin E Amartya Sem, In: **Revista de Filosofia Moderna e Contemporânea**, v.1, n.2, 2013. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/fmc/article/view/9292> Acesso em: 10 ago 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio (org.). **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Compus, 2000.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROSANVALLON, Pierre. **A nova questão social**: repensando o Estado Providência. Trad. Sergio Bath. Brasília: Instituto Teotonio Vilela, 1998.

ROSANVALLON, Pierre. **A desigualdade se mundializou**. Entrevista realizada pelo Instituto Humanitas Unisinos em 03 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/516110-a-desigualdade-se-mundializou-entrevista-com-pierre-rosanvallon> Acesso em: 09 jan. 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia, In: **Novo Estudo Jurídico**, Vol. 13 - n. 2 – Univali, 2008, p. 77-92. Disponível em: <http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1441> Acesso em: 11 ago. 2018.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDEL, Michael. **O liberalismo e os limites da justiça**. Tradução de Carlos Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SEN, Amartya. Well-being, agency and freedom: the Dewey lectures 1984. **The Journal of Philosophy**, v. 82, n.4, p. 169-221, abr.1985.

SEN, Amartya. **Development as freedom**. New York: Oxford University Press, 2001.

SEN, Amartya. Development as capability expansion: In: FUKUDA-PARR. **Reading in human development**. New Delhi: New York. Oxford University Press: 2003.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENNETT, Richard. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Tradução de Ryta Vinagre. Rio de Janeiro: Record, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: **Teoria dos direitos fundamentais**. Org: Ricardo Lobo Torres. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TSOUKAS, Haridimos; HATCH, Mary Jo. Complex thinking, complex practice: the case of a narrative approach to organizational complexity. In: **Human Relations**, v. 54, p. 979-1013, 2001. Disponível em: <<http://hum.sagepub.com/content/54/8/979.full.pdf>> Acesso em 11 ago. 2018.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA IMPLEMENTAÇÃO DE UM SISTEMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL “INTEGRACIONAL”

MATEUS BERTONCINI*

LEONARDO LUÍS DA SILVA**

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Evolução do regramento jurídico brasileiro de proteção ambiental ao advento do direito constitucional do ambiente. 3. Necessidade de construção de um estado de direito ambiental. 4. O ministério público e seu status diante da nova ordem constitucional. 5. A emergência do desenvolvimento de um sistema “integracional”: dimensões do dever fundamental de proteção ambiental. 6. O papel do ministério público no sistema de proteção ambiental “integracional”. 7. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Passados trinta e um anos da promulgação da Constituição da República de 1988, a comunidade acadêmica e os operadores do direito que se voltam ao estudo e prática do direito do ambiente enfrentam um novo desafio, resultado do avanço normativo de quase

* Mestre (2002) e Doutor (2004) em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor do Corpo Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba-PR, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito junto à Universidade Federal de Santa Catarina (2014) (Florianópolis-SC, Brasil). Estágio Pós-Doutoral em Direito junto à Universidade de Coimbra (2020) (Coimbra, Portugal). Professor Titular de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba (Curitiba-PR, Brasil). Professor de Direito Administrativo da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná – FEMPAR (Curitiba-PR, Brasil). Líder do Grupo de Pesquisa “Cidadania, a Nova Redação da LINDB e o Direito Administrativo” (CNPq/UNICURITIBA). Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: mateusnb@mppr.mp.br.

** Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba-PR, Brasil). Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário Curitiba. Advogado.

um século e da consolidação dos instrumentos de proteção ambiental previstos pela primeira vez em uma Constituição brasileira.

Os debates doutrinários e a produtividade legislativa, estabelecidos no decorrer do século XX e que se estenderam até o início do século XXI, dão conta de que a proteção ambiental no Brasil, sob o ponto de vista teórico-normativo, está sedimentada em um sistema de estrutura sólida, dotada de elementos bem definidos e instrumentos de aptidão plena ao cumprimento dos preceitos e objetivos constitucionais.

De outro lado, impõe-se o questionamento sobre a efetividade de implementação da política ambiental vigente, visando à execução, na prática, do aparato teórico-normativo destinado à proteção integral do meio ambiente, isto é, indagar se a atividade dos órgãos estatais destinada à aplicação dos instrumentos jurídicos de proteção ambiental é equipada da necessária eficiência e racionalidade.

O consenso sobre a necessidade de preservação de um bem fundamental que a todos pertence, somado à revelação constitucional da importância que o Ministério Público representa para a defesa dos interesses difusos e coletivos, fez debruçar sobre o agente ministerial, em princípio, a responsabilidade de planejar, fiscalizar e executar as políticas ambientais, em atuação concomitante aos demais agentes que compõem o sistema de proteção ao ambiente.

Mostra-se fundamental a prática de ações coordenadas entre os diversos atores que integram o sistema de proteção, desde a sociedade civil aos órgãos estatais, de modo a permitir a implementação de uma política ambiental verdadeiramente efetiva, que culmine em uma gestão apropriada e sustentável do patrimônio ambiental, rumo à construção de um Estado de Direito Ambiental.

Destarte, o objetivo desta pesquisa é analisar o papel que o Ministério Público desempenha na implementação de políticas ambientais que exigem uma gestão integrada e coordenada entre os agentes e órgãos públicos, considerando o ecossistema equilibrado como objeto de direito e dever de todos.

Em um primeiro momento, discorre-se brevemente a respeito da construção do pensamento acerca da necessidade de proteção do meio ambiente natural, que culmina na análise do conceito de Estado de Direito Ambiental, estruturado por ocasião da promulgação da Constituição da República de 1988, com o fim de identificar o *status* adquirido pelo Ministério Público no sistema de proteção ambiental.

Na sequência propõe-se o estudo da relação entre os conceitos de regulamentação e implementação, com vistas a definir o conteúdo dos elementos que permitem a concretização do direito e das políticas públicas ambientais.

Ao final busca-se a delimitação dos instrumentos jurídicos de proteção ambiental previstos na legislação de regência, com a identificação das funções desempenhadas pelos órgãos estatais na aplicação dos postulados teórico-normativos, permitindo uma análise contextualizada do *munus* atribuído ao Ministério Público em seu poder-dever de proteger o ambiente.

Pretende a pesquisa, em síntese, a partir de base teórico-bibliográfica e mediante o emprego do método dedutivo, responder ao seguinte problema: há viabilidade jurídica de alcançar o Ministério Público brasileiro a condição de instituição viabilizadora da integração dos órgãos e entidades especializados na proteção do meio ambiente?

2. EVOLUÇÃO DO REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL AO ADVENTO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO AMBIENTE

A preocupação com a proteção do meio ambiente não somente ganhou espaço constitucional pelo mundo no decorrer do século XX, como também foi objeto de vasta gama de legislações nacionais e de programas para sua efetivação.¹

Pretende-se expor brevemente a evolução do regramento jurídico brasileiro de proteção ambiental, tomando-se como ponto de partida o advento do Código Civil de 1916, visto ter sido este o primeiro diploma legal genuinamente brasileiro a tratar da matéria e pontuando-se apenas os momentos mais importantes desta evolução até o advento da Constituição da República Federativa de 1988.

Assim, o Código Civil de 1916 preconizava, em seus artigos 554 a 591, um tímido regramento de questões ambientais, embora tais dispositivos fossem desprovidos de efetiva preocupação com o meio ambiente em si mesmo considerado. É que as questões ambientais no Brasil eram tratadas sob o prisma de um sistema privado de solução dos conflitos, mediante utilização de regras inerentes ao Direito de Vizinhança.

Nas décadas de 30 e 60, surgiu no Brasil, ainda que de forma fragmentária, a legislação de tutela do meio ambiente, com o aparecimento de alguns diplomas normativos que tratavam de assuntos pontuais na defesa do meio ambiente.

Nesse sentido, Chiuvite destaca o Decreto 2.793/34 (Código Florestal), Decreto 24.643/34 (Código de Águas), Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), Lei 4.771/65 (Código Florestal), Decreto-Lei 221/67 (Código de Pesca) e o Decreto-lei 227/67 (Código de Mineração).²

¹ BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (organizadores). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 57.

² CHIUVITE, Telma Bartholomeu Silva. **Direito Ambiental**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2010. p. 16.

Após a Conferência de Estocolmo da década de 70, o país começou a estruturar uma efetiva legislação ambiental voltada à tutela do meio ambiente, resultando em um novo paradigma nacional no cenário jurídico-ambiental na década de 80.

A Lei 6.902/81 tratou de criar as estações ecológicas e as Áreas de Preservação Permanentes, hoje tão importantes para a prevenção do patrimônio ambiental brasileiro.

A proteção integral do meio ambiente no Brasil consolidou-se com a promulgação da Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecendo princípios, objetivos e instrumentos eficazes voltados à defesa ambiental, dentre eles a criação de um regime de responsabilização civil objetiva para sancionar o infrator ambiental, conferindo, inclusive, legitimidade ao Ministério Público para atuação nesta área.

No mesmo diploma, vislumbrou-se a criação de um Sistema Nacional do Meio Ambiente, vinculado aos problemas ambientais através de órgãos apropriados, em todas as unidades da Federação, além da instituição de um Conselho Nacional do Meio Ambiente, voltado ao assessoramento e proposição ao governo de diretrizes de política ambiental.

Toda a evolução legislativa no país, aliada ao progresso do pensamento global sobre a necessidade de defesa do meio ambiente contribuíram para que, poucos anos mais tarde, fosse concretamente previsível a inserção de um capítulo inteiro voltado especificamente à proteção do meio ambiente na Lei Fundamental do Brasil, em 1988.

3. NECESSIDADE DE CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 225, inaugurou, em 1988, a tutela constitucional do Meio Ambiente, ao fornecer elementos e instrumentos voltados à preservação e promoção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Conforme assevera Leite, através da leitura do referido mandamento constitucional, pode-se constatar “um salto de Estado tradicional de direito para um Estado atento às necessidades de preservar o meio ambiente para as gerações futuras, como direito e dever de todos”.³

Esse é o núcleo principal da proteção do meio ambiente e trouxe, nesse aspecto, direitos, deveres e princípios ambientais voltados à restauração e preservação dos processos ecológicos essenciais à sociedade.

³ LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

No entanto, malgrado seja possível identificar uma estrutura estatal democrática articulada para a defesa do meio ambiente, certo é que ainda não se pode cogitar estar-se diante de um Estado de Direito Ambiental.

Isso porque, a sua implementação “demandaria uma transformação global, não só dos modos de produção, mas também dos conhecimentos científicos, dos quadros de vida, das formas de sociabilidade, pressupondo, acima de tudo, uma nova relação paradigmática com a natureza”.⁴ Por outro lado, Leite destaca a importância das normas jurídicas, que “correspondem a apenas uma das facetas do Estado de Direito Ambiental”, embora constituam requisito fundamental nesse processo de construção.⁵

De outro vértice, Santos aponta que o Estado de Direito Ambiental seria, na realidade, “uma utopia democrática, porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva, incluindo nela uma Carta dos direitos humanos da natureza”.⁶

Ocorre que a importância de se levantar o debate sobre o tema é inafastável e “a definição dos pressupostos de um Estado de Direito do Ambiente serve como “meta” ou “parâmetro” a ser atingido, trazendo à tona uma série de discussões que otimizam processos de realização de aproximação do Estado ficto”.⁷

A necessidade da construção do Estado de Direito Ambiental implica em mudanças profundas na estrutura da sociedade e na atividade estatal, com o objetivo de apontar caminhos e buscar alternativas para a superação da atual crise ambiental. Impõe-se, dessa forma, a rediscussão dos elementos que integram o Estado, adequando-os ao novo paradigma estatal.

Canotilho buscou estruturar os postulados prático-rationais para a correta compreensão do Estado de Direito Ambiental e dividiu-os em quatro pontos de verificação: o globalista, que centra a questão ambiental em termos de “Planeta”, atentando para o fato de que a proteção ambiental não pode ser restrita a Estados isolados, devendo ser realizada em termos supranacionais, até para que se estruture uma responsabilidade global (de estados, organizações, grupos) quanto às exigências de sustentabilidade ambiental; o publicista, que centra a questão ambiental no “Estado”, tanto em termos de dimensão espacial da proteção ambiental quanto em termos de institucionalização dos instrumentos jurídicos

⁴ LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 32.

⁵ LEITE, José Rubens Morato. (coordenador). **Manual de Direito Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1999, p. 42.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 180.

voltados a este fim; o individualista, que restringe a proteção ambiental à invocação de posições individuais e; o postulado associativista, que procura formular uma democracia de vivência da virtude ambiental, substituindo a visão tecnocrática com proeminência do Estado em assuntos ambientais (postulado publicista) por uma visão de fortes conotações de participação democrática.⁸

O Estado de Direito Ambiental abrange, em últimos termos, os elementos jurídicos, sociais e políticos na busca de uma condição ambiental de sustentabilidade, capaz de favorecer a harmonia entre os ecossistemas e, dessa forma, assegurar a dignidade dos cidadãos. Ele está fundamentado “nos princípios da precaução, da prevenção, do poluidor pagador, na democracia participativa, na educação ambiental, na equidade intergeracional e na transdisciplinaridade”.⁹

Para se edificar um Estado de Direito Ambiental com justiça ambiental e, igualmente, com sustentabilidade e efetividade, faz-se necessária a formulação de uma política de meio ambiente ancorada por princípios que vão se formando a partir das complexas questões suscitadas pela crise ambiental.

Assim, devem ser ressaltados os princípios da precaução, da prevenção e da reparação integral dos danos, visando o atendimento aos objetivos da Constituição da República de 1988, a qual se alicerça sobre as bases estruturadas pelo almejado Estado de Direito Ambiental.

4. O MINISTÉRIO PÚBLICO E SEU *STATUS* DIANTE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

Como visto, o famigerado Estado de Direito Ambiental somente pode ser alcançado se mudanças profundas na estrutura da sociedade e na atividade estatal forem empreendidas, de modo que cada órgão ou agente seja dotado de funções específicas na defesa do patrimônio ambiental, desde o empreendimento de atividades preventivas até a prática repressiva estatal voltada ao sancionamento dos infratores, com o objetivo precípuo de criar um sistema completo e íntegro de proteção.

Pode-se estabelecer a premissa de que o legislador constituinte, ao mesmo tempo em que elevou o *status* do meio ambiente equilibrado à categoria de direito fundamental, que se deu com a criação de um capítulo especial voltado à sua proteção integral, optou

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado constitucional ecológico e democracia sustentada**. RevCEDOUA. Vol. 4, Nº 8. Coimbra, 2001.

⁹ LEITE, José Rubens Morato. (coordenador). **Manual de Direito Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

por elevar, de igual forma, o *status* do Ministério Público diante das questões relacionadas aos direitos difusos e coletivos e, ao que parece, é exatamente deste ponto que a proteção do ambiente e a instituição ministerial acabam por se entrelaçar e se ligar umbilicalmente rumo à racionalização do direito ambiental brasileiro.

O Ministério Público, instituição que sofreu profundas transformações desde a sua criação ocorrida ainda no período monárquico, atualmente assume um papel crucial na defesa da sociedade, da justiça e do meio ambiente.

Pretende-se neste tópico realizar uma brevíssima retrospectiva do resultado da reestruturação do Ministério Público no Brasil, tecendo os pontos que o identificam como instituição promotora dos direitos fundamentais difusos e coletivos, neles incluído o ambiente sadio, identificando-se de pronto as funções exercidas pelo promotor de justiça segundo a nova ordem constitucional.

Não se objetiva o presente tópico ao alcance da perspectiva histórica da evolução do Ministério Público, mas da sedimentação do conhecimento acerca do *status* conferido à instituição pela nova ordem constitucional.

Em síntese, para a compreensão do contexto histórico do papel exercido pelo Ministério Público nas Constituições anteriores (1891, 1934, 1937, 1946, 1967/1969), é preciso se ter em conta que durante todo esse tempo da República Federativa do Brasil, o "Ministério Público era desarticulado", inexistindo uma "consciência nacional de Instituição",¹⁰ quadro que foi revertido com a Constituição de 1988, que verdadeiramente estruturou e definiu as funções do Ministério Público brasileiro.

Pouco antes da promulgação da Constituição da República foram promulgadas duas leis federais que alteraram a forma como se relacionavam o Ministério Público e a defesa do meio ambiente: a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Lei da Ação Civil Pública.

A Lei Federal nº 6.938/81, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, previu em seu art. 1º, I, que o ambiente deve ser considerado "como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo", o que permite, ao menos no plano teórico-normativo, classificar o meio ambiente como um bem de uso comum, de caráter difuso, meta e transindividual, "sem dono certo", como assevera Tácito.¹¹

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 6.

¹¹ TÁCITO, Caio. O controle judicial da administração pública na nova constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 25-33, jul. 1988. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45921>>. Acesso em: 02 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45921>.

Por sua vez, a Lei Federal nº 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, outorgou ao Ministério Público a legitimidade ativa para a defesa de interesses difusos ou coletivos, mediante a propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, sem deixar de mencionar expressamente a defesa do meio ambiente, de acordo com a disposição contida no art. 5º, I, do indigitado diploma.

A importância do Ministério Público na defesa do ambiente foi ainda reforçada pela mesma Lei da Ação Civil Pública, ao dispor sobre a obrigatoriedade de participação do Ministério Público em todas as ações que versem sobre a reparação de danos ao meio ambiente, uma vez que “se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.”, segundo a dicção do § 1º do art. 5º.

Finalmente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, desenhou-se um perfil institucional ao Ministério Público até então não previsto pelas Constituições pretéritas, consolidando a função de defesa da ordem democrática e social.

Definiu-se a instituição como “permanente, essencial à função jurisdicional do estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, conforme art. 127 da Carta Magna.

Asseguraram-se a unidade, indivisibilidade e independência funcional no § 1º, do art. 127 e previu-se sua autonomia funcional e administrativa no § 2º do mesmo artigo.

Assim como aos membros do Poder Judiciário, a Constituição estabeleceu que ao Ministério Público cabem as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos. No que concerne às suas atribuições, estabeleceu-se como função institucional, dentre outras, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”, conforme se extrai do art. 129, III.

Na visão de Macedo Júnior, com a promulgação da Constituição da República de 1988 “o promotor de justiça passa a atuar como verdadeiro advogado (como órgão agente que propõe a ação, requer diligências, produz prova etc.) dos interesses sociais coletivos ou difusos”.¹²

A rigor, consoante o perfil constitucional e legal do Ministério Público brasileiro, desempenharia a instituição verdadeiro papel de defensor do povo, exercendo “funções

¹² MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. SADEK, MT., org. In **Uma introdução ao estudo da justiça** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. pp. 65-94. ISBN: 978-85-7982-032-8. Disponível em <http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-06.pdf>. Acesso em 2 dez. 2019.

que em outros ordenamentos jurídicos foram cometidas ao *ombudsman*”, originariamente criado na Suécia.¹³

Daí porque sobreleva considerar, segundo a visão de Mazzilli, “a destinação do Ministério Público na defesa do interesse público primário, visto sob o ponto de vista da indisponibilidade do bem coletivo”.¹⁴

Este portanto é o novo *status* conferido à instituição na concepção contemporânea de Estado brasileiro, no sentido de ser a detentora da legitimidade de atuar na defesa dos interesses da sociedade (*ombudsman*) e, especificamente quanto ao ambiente, de operar como relevante elemento na consecução da necessária proteção integral dos ecossistemas.

5. A EMERGÊNCIA DO DESENVOLVIMENTO DE UM SISTEMA “INTEGRACIONAL”: DIMENSÕES DO DEVER FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A partir da leitura do dispositivo constitucional contido no art. 225, que inaugura o capítulo destinado à proteção do meio ambiente, extrai-se que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, reforçando a característica da “metaindividualidade” do ambiente, já que ninguém pode ser alijado da fruição deste direito fundamental.

Por outro lado, a Constituição impõe “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, conforme parte final do texto contido na cabeça do mesmo art. 225.

Neste ponto hão de ser realizadas duas reflexões centrais relativamente ao dever constitucional de defesa e preservação do ambiente.

A primeira, no sentido de que a necessidade de proteção gera deveres fundamentais em suas dimensões axiológicas intrageracional, que diz respeito à necessidade de preservação ambiental para as gerações presentes ou contemporâneas, e intergeracional, que toca à indispensável proteção para a garantia da existência do ambiente equilibrado também às gerações pósteras ou futuras¹⁵

¹³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Controle da Administração Pública pelo Ministério Público** (Ministério Público Defensor do Povo). São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 91.

¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 7.

¹⁵ SGARIONI, Márcio Frezza; RAMMÊ, Rogério Santos. O Dever Fundamental de Proteção Ambiental: Aspectos Axiológicos e Normativo-Constitucionais. **Direito Público**, [S.l.], v. 8, n. 42, jan. 2013. ISSN 2236-1766.

Similar abordagem é localizada na obra de Canotilho e Leite. Para eles, o significado básico é obrigar as gerações presentes a incluir como medida de ação e ponderação os interesses das gerações futuras, evidenciando tais interesses em três campos problemáticos: (i) o campo das alterações irreversíveis dos ecossistemas terrestres em consequência dos efeitos cumulativos das atividades humanas; (ii) o campo do esgotamento irracional dos recursos naturais; e (iii) o campo dos riscos ambientais duradouros.¹⁶

Autores de vertente mais antropocêntrica, como Nabais, não reconhecem a existência da dimensão intergeracional do dever ético de preservação ambiental, ao argumento da impossibilidade de identificação de quem seriam os atuais titulares (ativos) desses direitos condicionados ao futuro, sendo que estes titulares “ou são as futuras gerações, o que não é factível, ou se reconduzem a geração atual, o que originaria a curiosa categoria de direitos a que futuras gerações tenham direito(s) a uma vida digna de ser vivida”.¹⁷

Ocorre que o trato à questão ambiental deve ser levado a efeito sob a ótica da solidariedade, princípio aclarado não só pela Constituição da República de 1988, mas também pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), como informa Fensterseifer: “a solidariedade expressa a necessidade fundamental de coexistência do ser humano em um corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal”.¹⁸

Da mesma forma, deve-se atentar ao fato de que o meio ambiente é patrimônio finito, de proporções limitadas que, quando degradado, dificilmente retorna ao seu estado de equilíbrio dinâmico, circunstância que reclama sua proteção para as gerações vindouras, ainda que a existência de tais gerações seja mera expectativa de fato.

Como se pode observar, as dimensões axiológicas geracionais do dever ético correspondem ao plano teórico-normativo, já que a própria Constituição estabelece a regra segundo a qual toda a sociedade deve empreender esforços no sentido de preservar o meio ambiente, visando à sua fruição presente e futura, em firme postura conservacionista.

De outro vértice, parece insuficiente a mera garantia normativa se esta for desacompanhada de um método de efetivação da norma jurídica na concretude dos acontecimentos do cotidiano.

Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1962>. Acesso em: 04 set. 2020. p. 37.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 8.

¹⁷ NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009. p. 54.

¹⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. (2008). Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional, p. 151. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**, p. 132-157. <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i2.546>.

Neste passo, pois, antes de adentrar à segunda reflexão fulcral do dever ético, impende considerar a diferença entre regulamentação e implementação do direito, estudada amiúde por Benjamin, visando à caracterização da necessidade de se estabelecer uma estrutura apta a concretizar os valores imanados pelas regras e mandamentos constitucionais.¹⁹

Diante de uma consideração dessa envergadura e tendo em vista a exposição das dimensões axiológicas do dever ético relativo ao meio ambiente, impende notar que ao momento em que se abordam as dimensões intra e intergeracional está-se, em verdade, delimitando a abrangência da necessidade de proteção sob o aspecto estritamente teórico-normativo, pois não há, em um primeiro plano, uma eficácia concretizadora da norma constitucional com a criação de tais conceitos, senão uma descrição meramente teórica e informativa, utilizada de forma pedagógica para fixar os conceitos trazidos pela norma jurídica.

De outra ponta, há de ser observado que a mera descrição do conteúdo normativo do dispositivo legal não conduz necessariamente à possibilidade de geração de efeitos concretos do mesmo dispositivo, o que somente é possível mediante a implementação dos instrumentos jurídicos dispostos ao operador do direito para efetivar, concretizar, dar vida à norma positivada.

Benjamin entende que o movimento de implementação deve ser realizado de forma organizada e racional, levando em consideração não só o aspecto teórico-normativo, que é a base de criação de um sistema eficaz e eficiente, mas de igual forma a contextualização fática dos sujeitos atingidos pela regulamentação, o objetivo e as prioridades estabelecidos pela normatização e, ainda, a classificação e ordenação das atribuições legais dos agentes de proteção ambiental, para que então seja possível a materialização dos preceitos e garantias constitucionais.²⁰

Isso significa que apenas com a estruturação racional dos elementos de implementação das normas jurídico-ambientais se torna possível empreender a reflexão sobre o dever ético de proteção ambiental através do ponto de vista da concretização prático-teleológica dos objetivos aclarados pela Constituição da República.

Assim, como a imposição constitucional de proteção integral do ambiente se estende a todos os brasileiros, desde a sociedade civil até os órgãos integrantes da Administração Pública do Estado e considerando que a implementação normativa passa necessariamente pela racionalização da atuação dos órgãos federais, estaduais e municipais e pela criação de um sistema de gerenciamento eficiente dos instrumentos jurídicos, pode-se considerar que o dever ético de proteção ambiental possui um elemento “integracional” sob

¹⁹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A implementação da legislação ambiental**: o papel do Ministério Público. *Justitia*, v. 55, n. 161, p. 75-83, 1993.

²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A implementação da legislação ambiental**: o papel do Ministério Público. *Justitia*, v. 55, n. 161, p. 75-83, 1993.

o ponto de vista prático-teleológico, que opera sob duas perspectivas fundamentais: a) *interna*, que compreende a organização de cada órgão de proteção ambiental, considerando seus instrumentos de prevenção previstos em lei e seu próprio arsenal sancionatório; e b) *externa*, que compreende a atuação dos órgãos ambientais em relação direta aos demais órgãos que compõem o sistema de proteção, visando ao implemento de um diálogo, uma conexão, uma aproximação entre as instituições, com a “integração” que se almeja na complexa rede de proteção do ambiente.

O desenvolvimento de um sistema “integracional” dos instrumentos de proteção é condição necessária à implementação do direito ambiental, já que cada órgão possui um conjunto próprio de prerrogativas, sanções e funções típicas e constitui, quando relacionado racionalmente aos demais órgãos, um elemento indispensável à construção da estrutura apta a abranger todos os aspectos indispensáveis à preservação dos ecossistemas.

Isso significa que, sob o ponto de vista interno, cada órgão (nas esferas municipal, estadual e federal) deve empreender um microssistema de racionalização de operações que seja capaz de manipular, com racionalidade, os instrumentos jurídicos de sua atribuição, de modo a maximizar e otimizar a efetividade da atuação pontual (e muitas vezes exclusiva, por expressa determinação legal) do órgão de proteção. Trata-se, pois, da perspectiva *interna* da proteção ambiental “integracional”.

Tome-se a título de exemplo o órgão fiscalizador municipal. As secretarias municipais de meio ambiente, por serem órgãos locais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), conforme dispõe o art. 6º, VI, da Lei Federal nº 6.938/81 - e por exercerem o poder de polícia - são legitimadas a lançar mão de sanções para a solução dos casos de infrações administrativas cometidas contra o equilíbrio ecológico (art. 70, § 1º, da Lei Federal nº 9.605/98), cujos instrumentos estão previstos em sua maioria no art. 72, da Lei Federal nº 9.605/98.

Podem/devem, assim, sancionar os infratores ambientais com as penas de advertência, multa, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades, bem como aplicar penas restritivas de direitos (art. 72, da Lei Federal nº 9.605/98), sempre que tiverem a certeza da prática de alguma infração (art. 70, §§ 2º e 3º da Lei Federal nº 9.605/98).

É certo que esses instrumentos não podem ser utilizados indistintamente, sem critérios objetivos e racionais, de maneira que a aplicação das sanções deve obedecer às finalidades da proteção integral, a razoabilidade e a proporcionalidade entre a ação do agente infrator e a reação do poder público, conforme dicção do art. 6º, da Lei Federal nº 9.605/98.

Por esse motivo é necessário que no âmbito interno das secretarias municipais de meio ambiente haja um microsistema de racionalização, com o fito de implementar a política ambiental vigente e alcançar a finalidade das normas constitucionais de proteção ao ambiente e do grau de eficiência que delas se espera.

Já no que diz respeito ao ponto de vista *externo*, todos os órgãos que compõem o sistema de proteção ambiental devem atuar de forma integrada e coordenada, no sentido de impedir que surjam lacunas que possam fragilizar a preservação integral, posto que cada agente possui uma finalidade específica e cada qual desempenha papel indispensável à preservação dos ecossistemas e/ou à repressão da degradação do ambiente. Aqui se está diante da perspectiva *externa* da proteção ambiental “integracional”.

Para exemplificar este raciocínio, imagine-se a relação existente entre a secretaria municipal de meio ambiente e o Ministério Público com atribuições de atuação no mesmo município.

Ambos possuem atribuições legais distintas e cada qual é detentor de um conjunto de instrumentos aptos a proteger o ambiente. Isso significa que a atuação de ambos deve ser pautada no gerenciamento coordenado, integrado e conjunto, com vistas ao atingimento da finalidade da política ambiental vigente, de maneira a entre si se aproximarem e evitem que de algum modo haja falhas ou rupturas na estrutura do sistema, ou então que ambos lancem mão desnecessariamente do mesmo instrumento de proteção em detrimento da eficiência da atividade estatal, como é o caso do Termo de Ajustamento de Conduta, em que tanto um quanto o outro podem fazer uso, sendo despiendo que dois termos idênticos sejam simultaneamente celebrados com o infrator.

Em resumo, o dever ético de proteção ao ambiente possui duas dimensões teórico-normativas, ligadas à necessidade de preservação da qualidade ambiental às gerações presentes (intra-geracional) e futuras (inter-geracional), conforme determinação do art. 225, *caput*, da Constituição da República, calcadas em um elemento “*integracional*” da dimensão prático-teleológica, voltado à racionalização da operação dos instrumentos de proteção ambiental, com vistas a conferir a efetividade – leia-se, implementação - da norma positivada quando da atuação dos órgãos de proteção, tanto sob a perspectiva interna, quanto sob o ponto de vista externo.

Cabe analisar, portanto, qual é o papel a ser exercido pelo Ministério Público na atividade “integracional” do dever ético de proteção ambiental, com vistas a definir a sua posição no sistema de proteção ao ambiente. Em outras palavras, impende estabelecer o *munus* do Ministério Público na sua organização, bem como na sua relação com os demais órgãos integrantes desse sistema.

6. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL “INTEGRACIONAL”

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, assentou-se no Brasil o entendimento de que o Ministério Público possui importância fundamental no trato das questões ambientais.

A amplitude de suas atribuições legais demonstra que além de fiscal da lei, o *parquet* também deve atuar como guardião da correta aplicação das leis e promotor dos direitos e garantias fundamentais, em prol de uma sociedade mais justa e igualitária.

Em contrapartida, para que o Ministério Público possa cumprir satisfatoriamente suas atribuições deve “bem assimilar a ideia de implementação que, em última análise, determina seu domínio, suas responsabilidades, seus instrumentos e até seus fracassos”, como alerta Benjamin.²¹

A implementação de um sistema eficaz e efetivo de proteção ambiental requer mais que o esforço combinado entre os órgãos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e a sociedade civil.

A atuação descoordenada e isolada é o fator que impede que o arcabouço normativo e doutrinário construído sobre o tema no aspecto teórico-normativo seja efetivado no plano prático-teleológico, e parece emergente a organização das atribuições legais dos agentes de proteção ambiental, com o fim de fazer-se convergir todos os esforços a um ponto comum, justamente no que toca ao cumprimento do dever fundamental de proteção ambiental.

Daí porque a relevância de relacionar as funções do Ministério Público à almejada implementação, a ponto de apreender-se o papel que deve desempenhar no sistema, na dimensão “integracional” do dever fundamental.

Iniciar esta reflexão pressupõe o reconhecimento de que ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, “cabendo-lhe, especialmente, praticar atos próprios de gestão”, como determina o inciso I, do citado dispositivo legal. (art. 3º, da Lei Federal nº 8.625/93).

Importa anotar, ainda, o conjunto de atribuições que podem ser desempenhadas pelo agente ministerial no exercício de suas funções, como prevê a Lei Orgânica Nacional

²¹ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público.** *Justitia*, v. 55, n. 161, p. 75-83, 1993.

do Ministério Público em seu art. 26.²² Da análise das funções previstas no dispositivo, pode-se inferir que o Ministério Público atua como órgão executor, gestor e fiscalizador.

Além disso, deve-se anotar que o Ministério Público é o único órgão brasileiro legitimado a atuar perante as três esferas de responsabilização ambiental (civil, penal e administrativa), preconizadas pelo art. 225, § 3º, da Constituição da República²³.

Na esfera administrativa, pode o *parquet* expedir recomendações²⁴, requisições e notificações²⁵, consoante os incisos I e II, do art. 26, da Lei nº 8.625/93, promover inspeções (art. 26, I, c, da Lei 8.625/93), instaurar inquéritos civis (art. 129, III, da Constituição da República e art. 8, § 1º, da Lei nº 6.938/81) e procedimentos administrativos, celebrar Termos de Ajustamento de Conduta, cuja previsão está contida no art. 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, com redação estabelecida pela Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do

²² Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

- I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
 - a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
 - b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
 - c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
- II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
- III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;
- IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;
- V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;
- VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;
- VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;
- VIII - manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz, da parte ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção.

²³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações:

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

²⁴ Sobre as recomendações administrativas, vide o entendimento de MACHADO (2005, p. 361/362): "As recomendações não têm a mesma natureza das decisões judiciais, mas colocam o recomendado, isto é, o órgão ou entidade que as recebe, em posição de inegável ciência da ilegalidade de seu procedimento. Entregues as recomendações, prosseguindo o recomendado em sua atividade ou obra, caracteriza-se seu comportamento, com reflexos no campo do Direito Penal ambiental. As recomendações ambientais deverão ser imediatamente divulgadas por quem as recebe, como, também, deverão ser respondidas".

²⁵ v. art. 129, IV da Constituição da República de 1988.

Consumidor) e, ainda, encaminhar sugestões de atuação aos demais órgãos integrantes do SISNAMA, conforme consta do art. 26, VII, da Lei nº 8.625/93.

No âmbito civil é parte legítima para postular a reparação de danos ambientais, através da propositura de Ação Civil Pública, com espeque nos arts. 129, III, da Constituição da República e 14, §1º, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81). A própria Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, também conferiu legitimidade ao Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em defesa dos interesses difusos e coletivos, como aqueles relacionados à defesa do meio ambiente.

Na seara criminal é o órgão detentor do exercício legítimo da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição da República, que estabelece como função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

Importante rememorar também a disposição contida no art. 27, da Lei Orgânica do Ministério Público, que preconiza ao órgão ministerial o exercício da defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, podendo o órgão receber notícias de irregularidades, zelar pela celeridade dos procedimentos, promover audiências públicas, dentre outras atribuições.²⁶

Como se pode observar, o Ministério Público não apenas funciona como fiscal da lei ou como parte em processo judicial, mas também pode despontar como agente articulador da aplicação da lei pelos demais órgãos, assumindo importante papel na implementação do sistema de proteção ambiental “integracional”.

Vocacionado à defesa do interesse público primário, cuida-se de instituição constitucional, independente e autônoma, não sujeita ao princípio hierárquico, o que confere ao Ministério Público perfil único dentre os órgãos estatais de natureza executiva e, portanto, resistente a interferências de índole política e econômica.

Diante do vasto instrumental de que dispõe e das frentes nas quais atua, o *parquet* possui as condições necessárias para buscar a aproximação entre os órgãos ambientais e a harmonização das operações vinculadas à salvaguarda do patrimônio ambiental, rumo à necessária racionalização do sistema integrado de proteção.

²⁶ Art. 27. (...):

I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;

II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Isso não significa que ao Ministério Público possa se atribuir maior importância em relação aos demais agentes de proteção, posto que todos possuem suas funções bem delimitadas pela lei e são detentores do mesmo dever fundamental de proteção integral do ambiente. No entanto, as atividades que se desenvolvem entre os agentes de proteção acabam passando pela verificação do promotor de justiça, que tem a obrigação de analisar a necessidade de utilização de outros instrumentos aptos a reprimir potenciais lesões aos ecossistemas e a reparar integralmente eventual dano ambiental.

Com efeito, os membros do Ministério Público, afora os magistrados, são os únicos agentes estatais dotados das garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 127, § 5º, I), o que lhes confere condição especial para "zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (art. 129, III), inclusive na proteção do meio ambiente.

Buscando exemplificar o raciocínio até aqui empreendido, suponha-se que os órgãos de proteção ambiental locais ou seccionais sejam os primeiros a serem provocados quando deflagrado um dano ambiental, como costumeiramente ocorre.

Neste caso, o órgão administrativo local ou seccional lançará mão de suas funções, respeitada a sua capacidade "intraerencial", já que o próprio órgão deve organizar a gestão de seus instrumentos ou atribuições legais, a depender das características da lesão e do agente infrator.

Em um segundo momento, o resultado da intervenção desses órgãos administrativos é encaminhado ao Ministério Público, que poderá instaurar inquérito com vistas a apurar a infração, expedir recomendações aos agentes de proteção, requisitar a adoção de outras providências dos órgãos administrativos, ajuizar ação civil pública, celebrar termo de ajustamento de conduta (caso ainda não tenha sido celebrado pelo órgão fiscalizador), ajuizar ação penal pública, ou simplesmente acompanhar a atividade dos órgãos fiscalizadores através da instauração do procedimento administrativo competente.

É de se notar que a organização da implementação do sistema "integracional" é tarefa que pode ser desenvolvida pelo Ministério Público, que sem interferir na autonomia dos demais órgãos, pode fazer convergir as ações perpetradas pelos atores integrantes do sistema, destinadas à proteção ambiental, que é a prevenção do dano ambiental, a reparação integral do patrimônio ambiental violado e a implementação efetiva das políticas públicas nesta área.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao cabo da análise empreendida no presente trabalho, importa concluir que o cenário de crise ambiental globalizada, evidenciada principalmente pelo modo de estruturação da sociedade contemporânea, colaborou para a conscientização a respeito da necessidade de se proteger o ambiente de potenciais lesões, visando garantir a integridade dos ecossistemas às gerações presentes e futuras.

Sob o ponto de vista geracional, o dever ético de proteção possui duas dimensões: uma “intrageneracional”, que determina que os ecossistemas sejam preservados para as gerações presentes ou contemporâneas e outra “intergeracional” no que toca à indispensável proteção para a garantia da existência do ambiente equilibrado também às gerações futuras.

Tais dimensões estão intimamente ligadas à criação de regramentos específicos voltados à proteção ambiental, desenvolvidas no campo teórico-normativo, já que é com a edição de normas jurídicas que se estabelece e se estrutura o sistema de proteção ambiental.

Por outro lado, parece ainda necessário conferir efetividade na implementação das normas jurídicas, o que somente pode ser alcançado no campo prático-teleológico, a partir da harmonização e racionalização das atividades voltadas à proteção integral do ambiente.

Neste campo, propõe-se a estruturação de uma gestão integrada do patrimônio ambiental, que pressupõe a presença e a aproximação de todos os órgãos de proteção ambiental, com a finalidade específica de proteger a integridade dos ecossistemas e conferir efetividade aos mandamentos constitucionais.

O resultado da necessidade de efetivação da implementação do sistema de gestão ambiental faz surgir a dimensão “integracional” do dever fundamental de proteção, até então não estudada pela ciência do direito.

Isso significa que, sob o ponto de vista interno, cada órgão (nas esferas municipal, estadual e federal) deve empreender um microsistema de gerenciamento que seja capaz de administrar, com racionalidade, os instrumentos jurídicos de sua atribuição, de modo a maximizar e otimizar a efetividade da atuação pontual (e muitas vezes exclusiva, por expressa determinação legal) do órgão de proteção.

Sob o ponto de vista externo, todos os órgãos que compõem o sistema de proteção ambiental devem atuar de forma integrada e coordenada, no sentido de impedir que surjam lacunas que possam fragilizar a preservação integral.

O Ministério Público, órgão ao qual a Constituição da República de 1988 conferiu extrema relevância na proteção ambiental, exerce importante papel na implementação de um sistema de proteção ambiental “integracional”, de modo que a ele é possível a articula-

ção não vinculativa das atividades voltadas à proteção ambiental, pugnando pela integração dos órgãos e entidades deste complexo aparato.

Em outras palavras e respondendo ao problema da pesquisa, é pertinente se afirmar que há viabilidade jurídica de alcançar o Ministério Público brasileiro a condição de órgão viabilizador da integração dos órgãos e entidades especializados na proteção do meio ambiente, com vistas à criação de um Estado de Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (organizadores). **Direito Ambiental e Desenvolvimento**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. **A implementação da legislação ambiental: o papel do Ministério Público**. *Justitia*, v. 55, n. 161, p. 75-83, 1993.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL, **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, 1981.

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, 1985.

BRASIL, **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, 1993.

BRASIL, **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado constitucional ecológico e democracia sustentada**. *REVCEDOUA*. Vol. 4, Nº 8. Coimbra, 2001.

CHIUVITE, Telma Bartholomeu Silva. **Direito Ambiental**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2010.

FENSTERSEIFER, Tiago. (2008). Estado Socioambiental de Direito e o princípio da solidariedade como seu marco jurídico-constitucional. **Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça**, p. 132-157. <https://doi.org/10.30899/dfj.v2i2.546>.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do Promotor de Justiça**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: do individual ao extrapatrimonial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. (coordenador). **Manual de Direito Ambiental**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do ministério público brasileiro. SADEK, MT., org. *In Uma introdução ao estudo da justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. pp. 65-94. ISBN: 978-85-7982-032-8. Disponível em <http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-06.pdf>. Acesso em 2 dez. 2019.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Controle da Administração Pública pelo Ministério Público (Ministério Público Defensor do Povo)**. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**: contributo para a compreensão do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2009.

NETO, José Cretella. **Curso de Direito internacional do Meio Ambiente**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. 7 ed. Porto: Afrontamento, 1999.

TÁCITO, Caio. O controle judicial da administração pública na nova constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 25-33, jul. 1988. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45921>>. Acesso em: 02 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45921>.

PARTE III



DIREITOS FUNDAMENTAIS, IGUALDADE E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IGUALDADE*

ODETE MEDAUAR**

Direitos fundamentais, controle judicial da Administração Pública e Igualdade, reunidos sob um só título de exposição, oferecem pontos de aproximação? Há uma encruzilhada onde se encontram esses temas? Se entrecruzam? Como se entrecruzam ou se relacionam os três temas, se cada um, por si, poderia ser objeto de tratamento à parte?

1. De início, examine-se a Constituição brasileira de 05 de outubro de 1988.

No art. 1º, inciso III, vem mencionada a *dignidade da pessoa humana* entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, constituída em Estado Democrático de Direito. Então, a dignidade da pessoa humana se apresenta como fator de tal modo relevante que está elencada no primeiro artigo da Constituição Federal.

A respeito da dignidade da pessoa humana, há discussões no tocante a sua natureza de valor, princípio ou de direito fundamental; trata-se de questão que, nos tempos presentes, em razão de mais ampla consciência dos direitos por parte dos cidadãos e mais ampla atenção doutrinária ao tema dos direitos fundamentais e dos princípios, também emerge em outras matérias, não sendo a ocasião de aprofundamento neste artigo. Basta notar haver marcante conotação da dignidade da pessoa humana, quer seja vista como valor, como princípio ou como direito fundamental. A título de exemplo, mencione-se a Constituição alemã, de 1949, que inclui a dignidade da pessoa humana como direito fundamental, no Capítulo I, denominado *Dos Direitos Fundamentais*, art. 1, nos seguintes termos: “ La dignidade do homem é sagrada e seu respeito e proteção constituem um

* Em homenagem à Professora Jacqueline Morand-Deviller, amizade de mais de 20 anos, fortes vínculos que não esmaecem na distância intercontinental. Nas inúmeras atividades realizadas em várias cidades brasileiras, com muita frequência em Curitiba, Jacqueline conquistou vários amigos, dentre os quais os Professores Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachen. O presente artigo resulta de palestra proferida no painel *Direitos fundamentais, controle judicial da Administração Pública e Igualdade*, no âmbito do *Congresso Franco-Brasileiro – Direitos Fundamentais e Igualdade – Homenagem à Professora Jacqueline Morand-Deviller*, realizado em Curitiba, de 04.6. a 05.6.2018.

** Professora Titular aposentada de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (São Paulo-SP, Brasil). Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.
E-mail: omedauar@terra.com.br.

dever de todas as autoridades do Estado”. Por sua vez, a Constituição espanhola no Título Primeiro, Dos Direitos e Deveres Fundamentais, art. 10. 1., insere a dignidade da pessoa humana entre os direitos aí listados.

Nas palavras de Karl Larenz, “O princípio fundamental do Direito, do qual extrai toda regulação, é o respeito recíproco, o reconhecimento da dignidade pessoal do outro e, por conseguinte, da incolumidade da pessoa do outro em tudo o que concerne sua existência exterior no mundo visível (vida, integridade física, saúde) e em sua existência como pessoa (liberdade, reputação pessoal).”¹ Assim, Larenz vê a dignidade da pessoa humana como princípio.

José Afonso da Silva traz precisas considerações sobre a dignidade da pessoa humana, nos textos a seguir: “ A dignidade é atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana”...; a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.” E adiante: “ *A dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai O conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem...” “ Porque a dignidade acompanha o homem até a morte, por ser da essência da natureza humana, é que ela não admite discriminação alguma e não estará assegurada se o indivíduo for humilhado, discriminado, perseguido ou depreciado.”²

Vê-se, na lição de José Afonso da Silva, que uma das consequências da dignidade da pessoa humana situa-se na igualdade.

2. Outra faceta da igualdade, em viés operacional, sobretudo, encontra-se no art. 3º da Constituição Federal, que trata dos objetivos fundamentais do País, dentre os quais o inciso III aponta: “ erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

No inciso IV do mesmo art. 3º emerge outro desdobramento da igualdade: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

3. No *caput* do art. 5º, que inicia o rol dos Direitos e Garantias Individuais aí contidos, a igualdade está presente, de modo reforçado: “ Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Muitos outros preceitos constitucionais dizem respeito à igualdade, o mesmo ocorrendo em inúmeros textos infraconstitucionais do ordenamento brasileiro.

¹ LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luis Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 57.

² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 40 e 41.

4. Não é demais lembrar o famoso dístico da Revolução Francesa, presente até hoje na França e lembrado no mundo ocidental: “liberté, égalité, fraternité”.

E como, nos dias atuais, são invocados com muita frequência os *princípios republicanos* (por vezes sem que tenham esta conotação), a igualdade, sem dúvida, reveste-se desta natureza, pois na República não se admite tratamento diferenciado entre nobres e plebeus, não se admitem pessoas sem direitos, não se aceita a existência de escravidão, por exemplo.

Para Jacqueline Morand-Deville, “Na sua origem, o princípio da igualdade responde à necessidade de proteção contra os excessos do poder público: a intervenção do Estado deve tratar a todos sem discriminação ou privilégios; e a lei é a mesma para todos, seja que ela proteja, seja que ela puna (arts. 1º e 6º da Declaração de 1789).”³

5. Portanto, foram indicados supra a dignidade humana e a igualdade, com base constitucional.

A Constituição de 1988 também arrola, entre os direitos fundamentais, no inciso XXXV, o direito à apreciação do Poder Judiciário à lesão ou ameaça a direito, vedando que a lei a exclua. Aí se inclui a apreciação, pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão oriundas da Administração Pública, portanto, o controle judicial da Administração Pública. Este direito também pode ser vislumbrado como vertente da igualdade, pois é assegurado a todos, sem distinção, o acesso ao Judiciário, qualquer que seja a lesão ou ameaça de lesão a direito.

6. Assim, a Constituição Federal de 1988 abriga a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, que pode ser vista, ainda, como direito fundamental, na esteira da Constituição alemã e da Constituição espanhola; acolhe, também a igualdade e a apreciação, pelo Judiciário, de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, como direitos fundamentais.

7. Mas, a igualdade é absoluta? Como seres humanos, somos diferentes. É impossível a total igualdade. O que é possível?

Nas considerações de Jacqueline Morand-Deville, “ O princípio da igualdade não exclui a diversidade, mas somente os privilégios, a parcialidade e a subjetividade. As diferenças devem ser justificadas e fundamentadas em critérios objetivos e racionais.”⁴ A mesma autora observa, a propósito: “ o que é exigido da norma é introduzir diferenças

³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Os territórios do Direito. Reflexões sobre a generalidade e a impessoalidade da regra de Direito, (trad. Raquel Thais Hunsche e Solange Teles da Silva, In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (Orgs.). **O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico:** estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville. São Paulo: RT, 2010. p. 66.

⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif.** 14ª ed. Paris: LGDJ – Lextenso, 2015. p. 471.

de direito, tendo em conta as diferenças de fato, as desigualdades de direito tendendo a atenuar as desigualdades de fato”⁵

Assim, quando houver motivos que possam justificar uma parcial desigualdade, além da pertinente e forte motivação (é o caso das chamadas ações afirmativas, por exemplo), o princípio da igualdade é matizado pela proporcionalidade, ou seja, a desigualdade não pode ir além do que a causa objetiva justifique.

8. Um dos mecanismos para atenuar ou sanar desigualdades encontra-se na igualdade de oportunidades para a obtenção de elevado grau de igualdade nas condições de vida, em termos de educação, saúde, trabalho, moradia. Vários mecanismos existem numa coletividade, em preceitos constitucionais e infraconstitucionais. O principal entrave se encontra na concretização, porque os maus governantes ou os governantes corruptos não se empenham em acionar tais mecanismos.

9. Outra subcategoria do princípio matriz na esfera estatal situa-se no controle do poder. O controle do poder é uma das consequências da limitação do poder. Todo poder de uma autoridade pública sobre os cidadãos tem de ser limitado, daí os controles, ante o perigo do abuso de poder.

O controle já estava presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 15: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

No amplo leque de controles que hoje incidem sobre a Administração Pública desponta o controle judicial. É um dos pilares do Estado de Direito. Para Karl Larenz “é necessário o controle de todos os atos do Estado por tribunais independentes do âmbito cujo ato se deva apreciar”; “ o Poder Judiciário não é somente intérprete final do Direito; tem sobretudo a função de guardião da Justiça e dos valores jurídicos da sociedade.”⁶

Sem dúvida, a competência do Poder Judiciário no controle da Administração Pública foi se ampliando nos últimos tempos, paralelamente à ampliação e maior consciência dos direitos das pessoas, podendo-se questionar se permaneceria algum campo de atuação sem a incidência do controle jurisdicional. Inúmeras decisões do Poder Judiciário visam a sanar ou atenuar desigualdades, como no caso de imposição de matrícula em creches e escolas públicas ante a alegação de falta de vagas e no caso de fornecimento de

⁵ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Os territórios do Direito. Reflexões sobre a generalidade e a impessoalidade da regra de Direito, (trad. Raquel Thais Hunsche e Solange Teles da Silva, In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (Orgs.). **O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller.** São Paulo: RT, 2010. p. 66.

⁶ LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1985. p. 176 e 139.

medicamentos para quem não pode arcar com os custos (não se cogita aqui de abusos por aqueles que tem condições financeiras de adquirir o medicamento).

10. Assim, os três temas vão se encontrar no preceito fundamental do reconhecimento da dignidade da pessoa humana, no impulso que permeia o Direito na busca de um conteúdo justo para suas normas e para a concretização das mesmas.

REFERÊNCIAS

LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica**. Trad. Luis Diez-Picazo. Madri: Civitas, 1985.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 14^a ed. Paris: LGDJ – Lextenso, 2015.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Os territórios do Direito. Reflexões sobre a generalidade e a impessoalidade da regra de Direito, (trad. Raquel Thais Hunsche e Solange Teles da Silva, In: MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da (Orgs.). **O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico**: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PASSADO, PRESENTE E FUTURO: ENSAIO SOBRE A HISTÓRIA DO CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

EDUARDO JORDÃO*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** O passado (período até 1988): o progressivo avanço do controle judicial. **2.1.** A importância da compreensão microscópica do ato administrativo. **2.1.1.** Os avanços do direito francês. **2.1.2.** O reflexo no direito brasileiro. **2.2.** Reflexões sobre o “passado” do controle judicial da administração no Brasil. **3.** O presente (1988 até os dias atuais): a convivência de dois mundos. **3.1.** A proliferação das justificativas para a atuação administrativa. **3.2.** A proliferação dos limites para a atuação administrativa. **3.3.** Reflexões sobre o “presente” do controle judicial da administração no Brasil. **4.** O futuro (a partir dos dias atuais): o pragmatismo e o provável recuo judicial. **4.1.** A atenção aos custos do controle da administração pública. **4.2.** Os eventuais problemas do controle judicial da administração pública. **4.3.** As consequências da virada pragmática para o controle judicial da administração pública.

* Professor da Fundação Getúlio Vargas - Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Doutor em Direito Público pelas Universidades de Paris (Pantheon-Sorbonne) e de Roma (Sapienza), em cotutela. Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science (LSE). Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Foi pesquisador visitante na Yale Law School, nos Estados Unidos, e pesquisador bolsista nos Institutos Max-Planck de Heidelberg e de Hamburgo, na Alemanha. E-mail: eduardo.jordao@fgv.br.

1. INTRODUÇÃO

Farei neste breve ensaio¹ um esforço de sintetização da história do controle judicial da administração pública no Brasil, apontando, ao final, aquelas que me parecem as tendências para as próximas décadas para esta área do direito administrativo.

Por razões didáticas, optei por dividir três momentos históricos distintos, que rotulo como passado, presente e futuro do controle judicial da administração pública no Brasil. Há, naturalmente, alguma arbitrariedade e subjetividade nos marcos temporais que escolhi, assim como nos traços que identifiquei como relevantes para caracterizar cada um destes períodos, e diferenciá-los dos demais. Isto, no entanto, é esperado num estudo ensaístico deste tipo, cujos méritos eventuais não estarão no relato fidedigno e objetivo da realidade de cada um destes períodos, mas na utilidade extraída das revelações produzidas por estas escolhas subjetivas. Caberá ao leitor julgar.

O primeiro período reportado abaixo, “passado”, abrange os desenvolvimentos ocorridos entre o início do século passado e a promulgação da Constituição de 1988. Trata-se de uma fase de progressiva dilatação da amplitude do controle judicial, que atinge gradativamente cada um dos elementos do ato administrativo, numa emulação de avanços realizados alguns anos antes no direito francês. Na doutrina, é perceptível o otimismo relativamente generalizado com esta ampliação do controle, que se entende reforçar a proteção dos cidadãos contra os abusos (frequentes) das autoridades administrativas.

A promulgação de uma constituição ambiciosa, prolixa e fortemente principiológica termina por produzir o fenômeno da *constitucionalização do direito administrativo*, que vai marcar sensivelmente o segundo período do meu relato histórico, que rotulo de “presente”. Aqui, não me pareceu adequado focar na continuação do avanço do controle judicial. É certo que a utilização crescente de princípios constitucionais pelos tribunais lhes dá as ferramentas de que necessitavam para intervir ainda mais nas decisões das autoridades administrativas. Mas o fato é que estes mesmos princípios também são utilizados pelas próprias autoridades administrativas para justificar os seus atos e escapar do controle. Eis porque o que parece ser de fato marcante neste segundo período não é o avanço ou o recuo do controle judicial, mas as incertezas flagrantes deste contexto – e as consequências institucionais que elas geram.

O terceiro período reportado abaixo – o *futuro* do controle judicial da administração pública no Brasil – deverá ter como traço marcante uma reação aos idealismos exacerbados que se verificam no presente. As primeiras manifestações doutrinárias neste sentido

¹ Este ensaio foi publicado originalmente em Arnoldo Wald; Marçal Justen Filho; César Augusto Guimarães Pereira. (Org.). **O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)**. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1, p. 350-362.

já podem ser identificadas, mas elas deverão ganhar ainda maior relevância e volume. A tendência é que se dê uma virada pragmática em todo o direito administrativo, com consequências importantes também para o âmbito do controle judicial. Na doutrina, isso implicaria foco maior em estudos empíricos e em análises multidisciplinares. Na prática jurisprudencial, a consequência esperada é um maior ceticismo quanto à capacidade dos tribunais (e dos juristas) de solucionarem boa parte dos problemas sociais.

2. O PASSADO (PERÍODO ATÉ 1988): O PROGRESSIVO AVANÇO DO CONTROLE JUDICIAL

Um primeiro período histórico de que cuida este ensaio é aqui rotulado genericamente de “passado”. Ele compreende desde as primeiras décadas do século XX, até a promulgação da Constituição da República de 1988. Em síntese da exposição que se fará a seguir, este período é marcado por um controle judicial cada vez mais amplo e cada vez mais intenso. Há, nas palavras do título deste item, um *progressivo avanço* do controle realizado pelos tribunais sobre a administração pública.

2.1. A importância da compreensão microscópica do ato administrativo

A discussão do controle judicial da administração pública no direito brasileiro segue tradicionalmente uma lógica microscópica, de análise dos elementos do ato administrativo. Assim, para examinar o que pode ou não ser controlado, o mais comum é que o estudioso ou operador do Direito parta de cada um dos elementos do ato, para cogitar do controle incidente sobre cada um deles. Faz-se, por assim dizer, uma “anatomia” do ato, examinando microscopicamente cada um dos seus elementos. Isso serve a uma análise “patológica” posterior: examinar os defeitos que levariam ao controle.

Esta não é uma opção universal. O tratamento microscópico do controle judicial, com base nos elementos do ato administrativo, é algo desconhecido nos direitos administrativos de países de Common Law.² O fato, no entanto, é que nos países de tradição de direito administrativo (como Brasil e França), esta compreensão microscópica do ato administrativo favoreceu o avanço progressivo que aqui se reportará. Foi justamente a ideia

² O direito administrativo americano, inglês e canadense, por exemplo, nem conhecem a ideia de ato administrativo e de seus elementos. A forma de controle que se dá sobre as decisões administrativa é, por isso mesmo, independente de considerações deste tipo. Envolve, ao invés disso, algumas considerações institucionais mais pronunciadas, relativas à substância da decisão. Estas considerações institucionais não estão totalmente ausentes do raciocínio jurídico dos países de tradição de direito administrativo (como o Brasil, a França e a Itália), mas ele está cristalizado na própria criação dos conceitos formalistas de vinculação e discricionariedade.

de elementos do ato administrativo que possibilitou que o avanço dos tribunais sobre a administração pública se desse de forma gradual e paulatina. Esta circunstância naturalmente reduz a força da resistência que foi oferecida institucionalmente pela administração pública. Cada passo específico em direção a maior controle podia parecer individualmente não tão significativo. Mas a análise histórica demonstra a sua relevância.

Neste primeiro período, é particularmente significativa a influência do direito francês, cujos avanços em direção ao maior controle da administração pública eram mimetizados no direito brasileiros com algumas décadas de atraso.

2.1.1. Os avanços do direito francês

Os primeiros avanços registrados no direito francês sobre o controle de atos administrativos discricionários se dão ainda no final do século XIX. Desde sempre, o Conselho de Estado daquele país já admitia o controle dos elementos da *competência* e da *forma*, mesmo quando se tratasse de atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária. Em 1875, no entanto, esta instância suprema da jurisdição administrativa francesa cria a ideia de desvio de poder (“*détournement de pouvoir*”), que lhe permitiu estender seu controle para além da violação direta de lei, incorporando também a violação do elemento da *finalidade* do ato administrativo.³

A partir de 1914, o Conselho de Estado francês passou a admitir também o controle do *motivo*. No caso *Gomel*, permitiu que o juiz administrativo examinasse a chamada qualificação jurídica dos fatos. Se a lei estabelecia que um vínculo paisagístico deveria ser atribuído a uma praça que tivesse “perspectiva monumental”, esta avaliação sobre se uma determinada praça constituía ou não uma perspectiva monumental não caberia exclusivamente à administração pública – também o juiz poderia fazê-la e anular um ato administrativo se não concordasse com a avaliação feita pela administração.⁴ Em 1916, no caso *Camino*, o Conselho de Estado admite então o controle de uma segunda perspectiva do motivo dos atos administrativos, que é a exatidão material dos fatos anunciados como fundamentais para a adoção de um ato. Se a administração toma um ato com base em um estado de coisas X, o juiz poderia controlar a efetiva existência deste estado de coisas.⁵

Em 1961, o Conselho de Estado foi adiante e criou a ideia de erro manifesto de apreciação, para permitir um controle mínimo, limitado, sobre as escolhas discricionárias da administração.⁶ Este passo é muito importante por relacionar-se com o controle até

³ Conseil d’Etat, 26 novembre 1875, **Pariset**.

⁴ Conseil d’Etat, 4 avril 1914, **Gomel**.

⁵ Conseil d’Etat, 14 janvier 1916, **Camino**.

⁶ Conseil d’Etat, 15 février 1961, **Lagrange**.

mesmo do *objeto* do ato administrativo – último elemento que ainda permanecia livre da intervenção do juiz. A mensagem do supremo tribunal administrativo francês neste momento é a de que, embora houvesse alguma liberdade de escolha e decisão para a administração pública, no caso em que esta apreciação seja realizada em erro manifesto, caberá a intervenção judicial.

Além disso, na década de 70, o Conselho de Estado francês passa a aceitar ainda – e também para aumentar o controle – a ideia de controle de proporcionalidade e a análise de custos e benefícios de uma decisão administrativa.⁷ Trata-se de um avanço adicional sobre o *objeto* do ato administrativo. Ainda que uma decisão específica seja discricionária, ela terá que passar não só pelo controle de não ser manifestamente errada, mas também de não ser desproporcional, nem de seus custos superarem as suas vantagens. Para fechar o cerco à administração pública e ampliar o controle, o Conselho de Estado fez uso ainda e finalmente dos chamados “princípios gerais do Direito”, permitindo o controle sobre atos da administração pública mesmo à ausência de lei específica.

A este ponto já é possível notar quão revolucionária foi a atuação do Conselho de Estado ao longo do tempo: criou conceitos que permitiram o avanço do controle sobre todos os elementos do ato administrativo, mas também criou normas implícitas com base nas quais aplicaria o controle. Por qualquer ângulo de análise, o Conselho de Estado deu passos muito firmes para fechar o cerco contra a administração e ampliar a sua zona de influência. Conhecer esta história francesa é relevante porque ela influenciou drasticamente o nosso modelo de controle judicial: os passos tomados autonomamente pelo Conselho de Estado francês nos chegaram alguns anos ou décadas depois.

2.1.2. O reflexo no direito brasileiro

Tome-se por exemplo a ideia de “desvio de poder”, criada pela jurisprudência francesa em 1875. Ela foi adotada no Brasil pela primeira vez em 1941, num julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.⁸ O relator do acórdão foi Miguel Seabra de Fagundes, jurista que admitiu a sua inspiração francesa no seu livro mais conhecido.⁹ O livro em si, importante marco de doutrina do controle judicial no Brasil, é uma evidência da influência francesa que aqui se reporta. Citações de autores e de casos de tribunais administrativos daquele país são onipresentes.

⁷ Conseil d’Etat, 28 mai 1971, **Ville Nouvelle-Est**.

⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Acórdão de 28/07/1948, RF, 121: 209-19.

⁹ Miguel Seabra Fagundes, **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, pp. 89-90.

O Supremo Tribunal Federal seguia a mesma linha. Em dois julgamentos em 1944, importou para o país as ideias de “qualificação jurídica dos fatos” e de “exatidão material dos fatos”, que haviam sido criadas pelo Conselho de Estado para permitir o controle de aspectos relativos ao motivo do ato administrativo. Num caso em que admitiu examinar os fatos que teriam levado à demissão de um servidor público, o STF deixou claro que esta análise já era feita pelo Conselho de Estado havia 30 anos.¹⁰

Pelo menos duas outras construções francesas foram incorporadas no direito administrativo de modo relativamente menos consistente: (i) a doutrina do “erro manifesto de apreciação”, que permite um controle superficial sobre o núcleo de decisões discricionárias; (ii) e controle baseado nos “princípios gerais do direito”, que passaram a ser ainda mais relevantes a partir da Constituição de 1988, tal como será exposto mais adiante.

A deferência brasileira às construções jurídicas francesas até chegaram a criar anedotas curiosas. A compreensão que Gaston Jèze tinha da jurisprudência francesa foi importada por tribunais brasileiros, dando lugar à chamada “teoria dos motivos determinantes”, segundo a qual as razões que a administração pública enuncia para as suas decisões termina por vincular suas ações futuras.¹¹ A parte curiosa é que esta doutrina segue válida no Brasil, mas não expressa mais adequadamente o estado atual do direito francês. Na França, os tribunais administrativos admitem que a administração pública substitua, perante o juiz, a razão que deu para uma decisão no momento de sua prolação (*théorie de substitution des motifs*).¹²

¹⁰ Supremo Tribunal Federal, **Francisco de Assis Brasil vs. União Federal**, Embargos na Apelação Cível n. 7.307, Relator Min. Castro Nunes, j. 20/12/1944.

¹¹ José Vicente Santos de Mendonça, “Conceitos inventados de direito administrativo”, **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 14, n. 53, abr/jun 2016. Belo Horizonte, Forum, 2016.

¹² CE Sect. 6 février 2004, **Hallal**, requête numéro 240560, Rec. p. 48, concl. de Silva

2.2. Reflexões sobre o “passado” do controle judicial da administração no Brasil

Do relato acima se extraem algumas das principais características do passado do controle judicial da administração pública no Brasil. Em primeiro lugar, há uma progressão clara e unidirecional para um sempre maior controle da administração pública. Não é que estes movimentos se tenham dado sem resistência¹³ – mas a resistência sempre vinha a ser derrotada. Não há qualquer refluxo neste período, com movimentos de retração judicial ou com a construção de teorias que a suportem. Ao contrário, há inclusão de novos elementos sob controle, criação de conceitos e doutrinas que servem de fundamento para a intervenção judicial e mesmo uma cultura geral que favorece a limitação da liberdade administrativa, como forma de evitar abusos.

Em segundo lugar, percebe-se a importância clara da ideia de elementos do ato administrativo para se permitir o avanço do controle. Esta circunstância permitiu que o avanço significativo do controle judicial se desse de forma gradual e paulatina. Naturalmente, isso termina por gerar menos resistência contra os avanços do que se verificaria se os passos fossem menos numerosos.

Em terceiro lugar, há também uma forte influência do direito francês, cujos avanços terminaram mimetizados por aqui algumas décadas depois. Os próprios julgamentos do Supremo Tribunal Federal que realizaram cada um dos avanços deixam claro a importância do exemplo francês. A jurisprudência do Conselho de Estado é claramente dominante em relação às demais influências que o direito brasileiro poderia sofrer. É de lá que saem as novidades mais significativas.

Um quarto e último aspecto relevante ainda não foi retratado acima, mas merece alguma atenção. Talvez também por influência do direito francês, o tipo de doutrina prevalecte durante este período era teórica, dogmática e legalista. Estudos empíricos eram praticamente inexistentes. Esta circunstância impedia que se pudesse verificar na prática, por exemplo, a própria aderência concreta dos tribunais às teorias que se criavam.

No mais, neste contexto teórico, o avanço do controle judicial é considerado quase que indiscutivelmente positivo, na medida em que se revela um instrumento de proteção de direitos. Esta circunstância se torna particularmente relevante a partir da instauração do regime militar, em que os abusos administrativos se multiplicam e inibem qualquer discurso pela retração da intervenção judicial. Há, em síntese, um verdadeiro *otimismo* em relação ao avanço do controle exercidos pelos tribunais sobre a ação da administração pública.

¹³ Ver, por exemplo, os debates no Supremo Tribunal Federal no caso Francisco de Assis Brasil v. União Federal, Embargos na apelação cível n. 7.307, de 1944.

3. O PRESENTE (1988 ATÉ OS DIAS ATUAIS): A CONVIVÊNCIA DE DOIS MUNDOS

O que aqui designo como presente é um período que se inicia com a promulgação da Constituição de 1988 e vai até os dias atuais. Para os objetivos do ensaio, este período é marcado pela chamada “constitucionalização do direito administrativo”. A simples ideia de que os diversos dispositivos constitucionais devem, também eles, reger a ação administrativa não é, em si, exatamente revolucionária.¹⁴ Num contexto de uma constituição ambiciosa, prolixa e principiológica como a de 1988, no entanto, ela terminou por gerar um impacto significativo no controle judicial da administração pública. Em especial porque a ideia de constitucionalização do direito administrativo permite o avanço final sobre a última fronteira do controle judicial, relativa ao próprio *objeto* do ato administrativo. Ela produz uma redução do espaço de liberdade da administração (redução do mérito), na medida em que afasta algumas soluções abstratamente permitidas pelo enunciado normativo, mas colidentes com determinados princípios constitucionais.

A despeito disso, contudo, não é adequado traduzir de forma unidirecional – como adicional *avanço* ou como simples *retração* do controle judicial da administração pública – as consequências para o controle judicial deste movimento constitucionalização do direito administrativo. A rigor, este movimento tanto (i) gera mais justificativa (e assim, mais liberdade) para a atuação administrativa, como também (ii) lhe impõe mais limites. Assim, a consequência realmente definitiva e relevante é a de que se produz um significativo comprometimento da previsibilidade e da segurança jurídica. É esta a marca do segundo período; é dela que, ao que me parece, sairá o germe para a reação futura.

3.1. A proliferação das justificativas para a atuação administrativa

A proliferação das justificativas para a atuação administrativa que é gerada pela constitucionalização do direito administrativo pode ser ilustrada com a abertura de possibilidade de atuação administrativa *praeter legem* e *contra legem*.

A atuação *praeter legem* é aquela que se dá à margem da lei, ao lado daquilo que ela prevê e sem supedâneo explícito nela. Não se trata de uma atuação que contraria a lei, mas tampouco se trata de uma atuação que se baseia nos seus termos. O fundamento da atuação, no caso, é retirado diretamente de outras fontes normativas, e em especial de

¹⁴ Ainda que grandes administrativistas apontem que isso teria contribuído fortemente para a alteração da própria ideia do fundamento da atuação administrativa, do princípio da legalidade para o “princípio da juridicidade”. Sobre o tema, v. Alexandre Santos de Aragão, “A concepção pós-positivista do princípio da legalidade”, RDA 236, abr/jun 2004, pp. 51-64; e Gustavo Binenbojm, **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2. ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, pp. 125-194.

normas constitucionais. Um exemplo: a lei n. 8.036/90 foi alterada em 2001 para permitir que a Caixa Econômica Federal (entidade da administração pública indireta) autorizasse a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS em novas hipóteses fáticas antes não previstas. Em particular, autorizou-se esta movimentação “quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV”. A alteração legislativa foi bastante específica e fazia referência a apenas uma doença. A jurisprudência que domina a maior parte dos tribunais brasileiros, no entanto, é a de que o rol de doenças não é taxativo e que a atuação *praeter legem* da CEF em casos de outras doenças como hepatite crônica e lúpus é juridicamente válida, em função da incidência do direito constitucional à saúde. Note-se que aqui se trata de entender que a administração pode (e deve) atuar na ausência de previsão legislativa específica, mas por imposição direta de um dispositivo constitucional.

A atuação *contra legem*, esta sim, é aquela que se dá em direta contradição com os termos de uma lei específica. Em diversas situações têm os tribunais relativizado os comandos explícitos de algum dispositivo legislativo, por entendê-los contrários a dispositivos constitucionais. Aqui também seria a administração pública obtendo o fundamento normativo de sua atuação diretamente da Constituição. Em alguns casos, esta circunstância é relativamente pouco problemática. Tome-se o exemplo de lei que autorizar a desapropriação por utilidade pública mediante pagamento *a posteriori* de indenização em títulos da dívida pública. Trata-se aqui de dispositivo normativo que violaria *direta e explicitamente* o art. 5º, XXIV, da Constituição – e que poderia, assim, ser desconsiderado. É mais problemático quando a suposta contraditoriedade entre o dispositivo legislativo e a Constituição depender de uma interpretação específica de um princípio constitucional. Ainda assim, atuações *contra legem* deste tipo tem merecido a acolhida dos órgãos de controle. Num caso, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais considerou que uma compra no valor de R\$ 8.415,00 poderia ser feita com dispensa de licitação, apesar de a lei de licitações estabelecer o limite de dispensa para compras em R\$ 8.000 (art. 24, I).¹⁵ A Corte estadual de contas entendeu que incidiam nos casos os princípios constitucionais da insignificância e da razoabilidade, afastando os termos explícitos da lei de licitações.

Em ambos os casos, a incidência de normas constitucionais oferece justificativas para a manutenção de atos administrativos que de outro modo poderiam ser anulados. Ela constitui fundamento para que a administração pública escape da intervenção judicial. Assim, a constitucionalização do direito administrativo funciona, nestes exemplos, como mecanismo de redução do controle judicial. Mas este não é sempre o caso.

¹⁵ TCE/MG, Processo Administrativo nº: 715981, Relator: Auditor Gilberto Diniz.

3.2. A proliferação dos limites para a atuação administrativa

Ao tempo em que alarga significativamente o leque de justificativas para a atuação da administração pública (assim lhe permitindo escapar da intervenção dos controladores), o novo princípio da juridicidade também produz o efeito contrário. É que ele também amplia na mesma medida o espectro de fundamentos para o controle da administração. E assim abre espaço para que as diferentes decisões tomadas pelas autoridades administrativas sejam objeto de contestação judicial.

Os exemplos abundam. Via de regra, o juiz fará referência a um princípio constitucional qualquer e dele extrairá uma consequência concreta e específica, contrária à ação do administrador público. Uma decisão liminar recente (e paradigmática) pode ser citada para ilustrar esta realidade. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) havia publicado Resolução que liberava a cobrança, pelas companhias aéreas, de bagagens despachadas. De acordo com a fundamentação da agência, esta medida regulatória seria justa e eficiente, na medida em que, num contexto de proibição de cobrança, os custos do serviço são divididos igualmente entre todos os passageiros – e oneram aqueles passageiros que não o utilizam. Além disso, a ANAC afirmou que a medida permitiria o ingresso no mercado brasileiro de companhias de baixo custo cujo modelo de negócios envolve a cobrança de altos valores por este serviço opcional. Finalmente, ressaltou que a cobrança por bagagens despachadas só seria proibida em quatro países: México, Venezuela, China e Rússia. A despeito destes argumentos, a Resolução foi afastada liminarmente por um juiz federal de São Paulo. Na sua decisão, o juiz se limita a afirmar que a Resolução seria juridicamente inválida porque “o Estado tem o dever de promover a defesa dos direitos e dos interesses dos consumidores”. Extrai-se de um princípio abstrato uma conclusão concreta: porque o direito brasileiro exige a proteção ao consumidor, então ele não permite que se cobre por bagagens despachadas.¹⁶

Raciocínios semelhantes são frequentes no contexto da constitucionalização do direito administrativo. Princípios de baixa densidade normativa, como o da dignidade da pessoa humana, tem sido usado para a anulação das mais diversas decisões administrativas. A constitucionalização do direito administrativo consiste, nestes casos, num mecanismo de ampliação da intervenção judicial – e, a rigor, de transferência de poder das autoridades administrativas para o poder judiciário.

¹⁶ Sobre o tema, v. o meu “**Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?**”, Jota/Supra, 24 de março de 2017. Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017> - Último acesso em 19 de junho de 2017.

3.3. Reflexões sobre o “presente” do controle judicial da administração no Brasil

De acordo com o relato acima, o período aqui rotulado como “presente”, ao contrário do período anterior, não é marcado por uma direção clara, de avanço ou retração do controle judicial da administração pública. Ao contrário, a sua marca é a altíssima incerteza jurídica. Agentes administrativos e tribunais atuam num ambiente bastante fluido, em que o resultado concreto de uma ação judicial é imprevisível. No limite, é mesmo possível que o responsável pela contestação judicial da ação administrativa se valha de um princípio abstrato para fundamentar a sua objeção, mas que o próprio administrador faça uso do mesmo princípio (interpretado diferentemente) ou de outro para defender a licitude da sua ação específica. Algumas consequências são naturalmente esperadas (e já facilmente verificadas) por força deste estado de coisas.

Em primeiro lugar, se não é possível dizer que o *controle*, em si, é ampliado neste período (já que o resultado das ações judiciais é dificilmente previsível), é no entanto possível afirmar que se amplia a *litigância administrativa* com os diversos atores institucionais buscando obter do poder judiciário os mais distintos provimentos que creem ter direito por força do princípio X ou Y. Num cenário de incertezas sobre os fronteiras do controle judicial, os interessados são *convidados* a testarem os limites de suas armas. Quem tenha um interesse contrariado pela administração é estimulado a “tentar a sorte” judicialmente. Um exemplo bastante ilustrativo desta realidade é a chamada “judicialização da saúde”: cidadãos correndo ao poder judiciário, munidos de regras bastante abstratas, para exigir que ele determine à administração pública o fornecimento de determinado medicamento ou o custeio de determinado tratamento.¹⁷

Uma segunda consequência deste estado de coisas incerto é a ampliação da importância do jurista. Num contexto de incerteza, o jurista é entendido como uma espécie de oráculo, que estaria apto a desvendar e revelar a *específica* solução jurídica para um caso concreto. Só ele, com a sua formação e cultura jurídica, poderia decifrar as consequências específicas determinadas por um princípio constitucional. Não é de se espantar, assim, que a “constitucionalização do direito administrativo” tenha recebido calorosa acolhida da doutrina administrativista – ela a empodera.

O discurso subjacente, e justificador, é o de que a manipulação de princípios constitucionais amplia a flexibilidade do direito e assim permite a produção de soluções mais justas para os casos concretos. Mas ele ignora os custos desta busca pela solução ótima,

¹⁷ Sobre o tema, v. o meu “**Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos**”, Jota/Supra, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <https://jota.info/colunas/supra/menos-e-mais-o-supremo-o-judiciario-e-os-medicamentos-30092016> - Último acesso em 19 de junho de 2017.

além do risco de arbítrio decorrente desta flexibilidade. É neste sentido que se pode afirmar que predomina também neste segundo período uma visão pouco pragmática e bastante idealizada do controle judicial da administração pública. A razão aqui é diferente da idealização do primeiro período. Ali existia uma compreensão de que quanto mais controle, melhor – e todos os movimentos relevantes da jurisprudência eram no sentido de ampliação da intervenção judicial. Aqui, a ideia parece ser a de que a flexibilidade normativa é que é positiva. A ampliação da litigância é uma mera decorrência disso.

No mais, e enfim, este período aqui denominado presente marca o início da queda da supremacia do direito francês como maior fonte de influência para o direito administrativo brasileiro. No relato que se fez acima, parecem mais relevantes os influxos do direito italiano e do direito alemão. No primeiro caso, são importadas as ideias de constitucionalização do direito (que lá como aqui se iniciou no campo do direito civil) e de uso do princípio da razoabilidade (*ragionevolezza*). No segundo caso, pela ideia de princípio da proporcionalidade, ainda que aqui ele tenha sido aplicado de forma muito menos rigorosa pelos tribunais.

4. O FUTURO (A PARTIR DOS DIAS ATUAIS): O PRAGMATISMO E O PROVÁVEL RECUO JUDICIAL

Os traços marcantes do futuro do controle judicial no Brasil já começaram a ser esboçados no período atual, em especial a partir dos anos 2000. Eles revelam uma reação às exacerbações dos períodos passados e uma possível reorientação do direito administrativo em direção a um viés mais pragmático. Na doutrina, um dos primeiros marcos desta reação surgiu com a publicação do livro “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.¹⁸ O professor gaúcho revelava uma preocupação com a manipulação pouco rigorosa dos princípios e sugeria uma série de critérios para organizar a sua interpretação e aplicação. O ceticismo e pragmatismo ali presentes ecoaram em diversas produções posteriores – notadamente no “Direito Administrativo para Céticos”, de Carlos Ari Sundfeld.¹⁹ Mais recentemente, alguns trabalhos enfrentam diretamente esta mudança de paradigma, propugnando por um direito administrativo voltado “à resolução de problemas”.²⁰

¹⁸ Humberto Ávila, **Teoria dos princípios**, 17ª ed, São Paulo, Malheiros, 2016. A primeira edição é de 2003.

¹⁹ Carlos Ari Sundfeld, **Direito Administrativo para céticos**, 2ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2014. A primeira edição é de 2012.

²⁰ Leonardo Coelho Ribeiro, **O direito administrativo como ‘caixa de ferramentas’**: uma nova abordagem da ação pública, São Paulo, Malheiros, 2016.

Que consequências podem ser esperadas de uma orientação mais pragmática do direito administrativo para o controle judicial da administração pública? Fundamentalmente, esta orientação deverá gerar uma visão menos idealizada dos juízes e demais controladores. Ainda vige no direito brasileiro uma compreensão de que todas as suas intervenções se fazem “para melhor”: o controlador atua para *revisar* as decisões da administração pública e *corrigir* os seus problemas. Esta visão menos idealizada tenderá a revelar e destacar os *custos* e os *eventuais problemas* da intervenção do controlador.

4.1. A atenção aos custos do controle da administração pública

Na dimensão mais evidente, o controle, *em si*, depende do dispêndio de valores públicos relevantes, para fazer rodar a máquina institucional respectiva, seus funcionários e o seu tempo. Mas os custos do controle da administração vão além disso. Incluem ainda os ônus *gerados* ou *induzidos* pelo controle.

Em primeiro lugar, há os valores incorridos *pela administração pública* para adequar as suas ações às determinações do controlador. Pense-se nos exemplos de liminares que ordenem o fornecimento de medicamentos específicos ou que determinem melhorias em estabelecimentos públicos. Nesta hipótese, o principal problema é que frequentemente estas imposições se farão sem que o controlador tenha uma visão integral do orçamento público. Esta circunstância é fundamental para a eleição de prioridades a serem atendidas, num mundo (real) em que há escassez de recursos para satisfazer todas as necessidades públicas. No mais, ainda que o controlador tivesse esta visão do todo, não é claro que deva caber a *ele, controlador*, esta eleição de prioridades para uma alocação ótima dos recursos públicos.

Em segundo lugar, há os custos *sociais* decorrentes da postura cautelosa adotada pelo administrador, para precaver-se de eventuais contestações. Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a *ossificação administrativa* resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado *analysis paralysis*).²¹ No Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”,

²¹ A expressão foi primeiramente utilizada em Thomas O. McGarity, **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process**, 1992 Duke L.J. 1385. Um dos mais vigorosos defensores desta ideia é Richard Pierce Jr. Ver os seus: **“Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking”**, 47 Admin. L. Rev. 59 (1995); **“Two Problems in Administrative Law: Political Polarity on the District of Columbia Circuit and Judicial Deterrence of Agency Rulemaking”**, 1988 Duke L.J. 300 (1988); **“The unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s”**, 43 Admin. L. Rev. 7 (1991). Além dos estudos de Pierce, vejam-se, por exemplo, Stephen Breyer, **Breaking the Vicious Circle: toward effective risk regulation**, Cambridge, Harvard University Press, 1993; Jerry L. Mashaw e David Harfst, **The Struggle for Autosafety**, Cambridge, Harvard University Press, 1990, pp. 224-255; Thomas O. McGarity, **The Courts and the Ossification of Rulemaking: A Response to Professor Seidenfeld**, 75 Tex. L. Rev. 525 (1997); James Skelly

a prejudicar que o administrador público ouse adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público.²²

Em terceiro lugar e enfim, há os ônus públicos decorrentes das opções determinadas pelo controlador, muitas vezes em substituição àquelas do administrador. Em especial no caso do controle realizado sobre decisões técnicas, como a das autoridades reguladoras, os riscos econômicos de uma intervenção desinformada são significativos. Alguns países registram casos de crises energéticas geradas por intervenções indevidas de tribunais na área de atuação dos reguladores.

Da atenção ao elemento dos custos na atividade de controle judicial da administração resultam duas consequências fundamentais. A primeira é a de que, de uma perspectiva econômica, o direito não pode e não deve colocar como meta a eliminação de toda hipótese de abuso de poder. Este objetivo não é apenas *faticamente* irrealizável. Ela é inconveniente mesmo a partir de uma perspectiva teórica, voltada para a maximização do bem-estar social. A partir de um certo patamar, a busca adicional de eliminação do abuso de poder é injustificável num cálculo de custos e benefícios. Dito claramente, o *nível ótimo* de abuso de poder numa sociedade será sempre maior do que zero e o desenho de diversas instituições parte implicitamente deste pressuposto.²³

A segunda é a de que se torna necessário discutir *em quais circunstâncias, de fato*, o controle da administração pública será socialmente positivo.

4.2. Os eventuais problemas do controle judicial da administração pública

Isto porque, em muitas circunstâncias, poderá ser socialmente positivo *afastar (ou limitar)* o controle judicial da administração pública. Em primeiro lugar, porque, assim como os controladores podem corrigir erros, eles também podem desfazer acertos. O controlador não é infalível. Enxergar apenas as possíveis consequências positivas da sua intervenção é adotar concepção idealizada e irrealista da sua atuação. É natural que esta visão seja popular no direito, já que transfere poder para os seus profissionais. Mas isto não significa que a solução que ela propõe seja socialmente desejável.

Wright, "Courts and the Rulemaking Process: The Limits of Judicial Review", 59 Cornell L. Rev. 375 (1973-1974).

²² Sobre a questão, cf. artigo de Carlos Ari Sundfeld, "**Chega de Axé no Direito Administrativo**", no qual coloca que "O gestor tem de ser protegido contra os excessos de fiscalização. Do contrário, morrendo de medo de algum processo, ele cruza os braços e fica esperando a aposentadoria chegar." Disponível em: http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100. Cf. também o de Fernando Vernalha Guimarães, "**O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**", disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle>. Último acesso em 16.05.2017.

²³ Adrian Vermeule, "**Optimal abuse of power**", 109 NW. U. L. REV. 673, 693 (2015).

Em segundo lugar, porque se a intensificação do controle reduz a possibilidade de abusos de poder perpetrados pelo administrador público, por outro lado ela aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador. E, assim como não há razão para crer que apenas o administrador público erra, tampouco há razão para crer que ele possui o monopólio do abuso de poder.

Finalmente, num cenário em que as determinações jurídicas são cada vez mais inexatas e abertas à interpretação, é irreal supor que há *respostas corretas* para cada questão que é levada ao controlador. Há espaço de liberdade em grande parte das decisões tomadas pelo administrador público. E, se é assim, há um risco de que o controle veicule não a *correção* de decisões tomadas pela entidade controlada, mas *mera substituição* de suas escolhas pelas do controlador.

4.3. As consequências da virada pragmática para o controle judicial da administração pública

Uma eventual virada pragmática do direito administrativo, se de fato ela vier a se realizar, terá sido influenciada principalmente pela doutrina administrativista dos países de *common law*, anteriormente tão negligenciada.²⁴ Ela poderia gerar duas consequências muito relevantes, uma na prática jurisprudencial e outra na teoria (ou doutrina) do controle judicial da administração pública no Brasil.

Na prática do controle judicial, a principal consequência esperada seria a adoção frequente, pelos tribunais, de alguma espécie de análise institucional comparativa para orientar a sua intervenção. Afinal, uma discussão realista sobre controle da administração pública precisa admitir que (i) alguém deve poder “errar por último” e que (ii) é preciso decidir sobre quem deve decidir. Se não há critérios *claros* para saber qual é a resposta certa, por que a resposta do controlador deveria ser automaticamente superior à do administrador? Ao invés desta superioridade *a priori*, do controlador, seria recomendável promover uma comparação de capacitações das instituições envolvidas (a autoridade administrativa controlada e a entidade de controle), para *modular a intensidade do controle* a ser aplicável nos casos concretos. A intensidade será tanto maior quanto mais bem posicionado estiver o controlador para solucionar a questão específica que lhe foi trazida. Em alguns casos, será natural que o controlador se limite a verificar a *razoabilidade* da decisão sob sua análise.

²⁴ Sobre o tema, v. o meu “Globalization and Convergence in Judicial Review: what can we learn from the case of Brazil?”, preparado para uma coletânea em homenagem ao Professor Emérito da École de Droit de la Sorbonne, Gérard Marcou. Publicado no Brasil em: JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 23-31, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.837.

A análise institucional comparativa já é a regra em diversas jurisdições e vem ganhando a atenção também da nossa doutrina. Estes esforços iniciais, no entanto, não podem esconder a necessidade de *avançar no debate* a propósito dos limites deste enfoque, bem como nas dificuldades de sua operacionalidade concreta.²⁵ Além disso, trata-se de enfoque que ainda não tem acolhida entre os controladores – eles que, ao final, terão que tomar este passo de autorrestrrição.

Quanto à teoria do controle judicial, a transformação pragmática do direito administrativo deverá impor um abandono do enfoque teórico-dogmático que hoje ainda é prevalecente. Um primeiro passo evolutivo, no caso específico do controle operado pelos tribunais, poderia ser a acentuação de estudos de análise jurisprudencial. Tratar-se-ia aqui de privilegiar a vida concreta e efetiva do direito administrativo, em detrimento do foco em construções teóricas e dissociadas de casos concretos.

Uma segunda possibilidade seria privilegiar enfoques multidisciplinares, envolvendo nos estudos jurídicos também contribuições de áreas conexas, como a economia, a ciência política e a sociologia. Aproximações multidisciplinares já começam a se destacar no domínio das licitações ou das contratações públicas, mas há espaço para que elas vicejem também na temática do relacionamento institucional entre controladores e controlados.

Terceiro, e enfim, seria possível investir maior atenção nas pesquisas empíricas, que revelarão aspectos concretos do controle da administração pública no direito brasileiro. Outras jurisdições têm produzido estudos muito interessantes, por exemplo, sobre a instrumentalização dos comandos legislativos por juizes de diferentes ideologias.²⁶ Mas a importação de suas conclusões para o contexto brasileiro é temerária. Precisariamos produzir e aplicar pesquisas dentro de nosso contexto, para extrair informações que nos informariam sobre a *nostra* realidade, circunstância essencial para pensarmos no passo seguinte de adaptar o nosso direito.

²⁵ Sobre o tema, v. o meu **Controle judicial de uma administração pública complexa**, São Paulo, Malheiros, 2016, capítulo 1.2.

²⁶ V., por exemplo, William Eskridge, Jr.; Lauren E. Baer, “**The continuum of deference: Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan**”, 96 Georgetown Law Journal 1083 (2008).

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **RDA 236**, abr/jun 2004, pp. 51-64.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 17ª ed, São Paulo, Malheiros, 2016. A primeira edição é de 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**, 2. ed, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BREYER, Stephen. **Breaking the Vicious Circle: toward effective risk regulation**. Cambridge, Harvard University Press, 1993.

CE Sect. 6 février 2004, **Hallal, requête numéro 240560**, Rec. p. 48, concl. de Silva

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.

FRANCE. Conseil d'État. 14 janvier 1916, **Camino**.

FRANCE. Conseil d'État. 15 février 1961, **Lagrange**.

FRANCE. Conseil d'État. 26 novembre 1875, **Pariset**.

FRANCE. Conseil d'État. 28 mai 1971, **Ville Nouvelle-Est**.

FRANCE. Conseil d'État. 4 avril 1914, **Gomel**.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**", disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>.

JORDÃO, Eduardo. **Cobrança por bagagem: o que diz o Direito?**. Jota/Supra, 24 de março de 2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/cobranca-por-bagagem-o-que-diz-o-direito-24032017>>.

JORDÃO, Eduardo. **Controle judicial de uma administração pública complexa**. São Paulo, Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. Globalization and convergence in judicial review: what can we learn from the case of Brazil?. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 23-31, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.837.

JORDÃO, Eduardo. **Menos é mais: o Supremo, o Judiciário e os medicamentos**. Jota/Supra, 30 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/supra/menos-e-mais-o-supremo-o-judiciario-e-os-medicamentos-30092016>>.

JR., Richard Pierce. **Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking**. 47 Admin. L. Rev. 59 (1995).

JR., Richard Pierce. **The unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules:** How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s. 43 Admin. L. Rev. 7 (1991).

JR., Richard Pierce. **Two Problems in Administrative Law:** Political Polarity on the District of Columbia Circuit and Judicial Deterrence of Agency Rulemaking. 1988 Duke L.J. 300 (1988).

JR., William Eskridge; BAER, Lauren E. **The continuum of deference:** Supreme Court treatment of agency statutory interpretations from Chevron to Hamdan. 96 Georgetown Law Journal 1083 (2008)

MASHAW, Jerry L.; HARFST, David. **The Struggle for Autosafety.** Cambridge, Harvard University Press, 1990.

MCGARITY, Thomas O. **Some Thoughts on “Deossifying” the Rulemaking Process.** 1992 Duke L.J. 1385.

MCGARITY, Thomas O. **The Courts and the Ossification of Rulemaking:** A Response to Professor Seidenfeld, 75 Tex. L. Rev. 525 (1997).

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Conceitos inventados de direito administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 14, n. 53, abr/jun 2016. Belo Horizonte, Forum, 2016.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O direito administrativo como ‘caixa de ferramentas’:** uma nova abordagem da ação pública, São Paulo, Malheiros, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de Axé no Direito Administrativo.** Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=100>.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** 2ª. ed., São Paulo, Malheiros, 2014. A primeira edição é de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Francisco de Assis Brasil vs. União Federal,** Embargos na Apelação Cível n. 7.307, Relator Min. Castro Nunes, j. 20/12/1944.

TCE/MG. **Processo Administrativo nº: 715981,** Relator: Auditor Gilberto Diniz.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. **Acórdão de 28/07/1948,** RF, 121: 209-19.

VERMEULE ,Adrian. **Optimal abuse of power.** 109 NW. U. L. REV. 673, 693 (2015).

WRIGHT, James Skelly. **Courts and the Rulemaking Process:** The Limits of Judicial Review, 59 Cornell L. Rev. 375 (1973-1974).

A TARIFA SOCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL

LUIZ ALBERTO BLANCHET*

EDUARDO IWAMOTO**

SUMÁRIO:

1. Consumidor Cativo X Consumidor Livre: uma visão geral. 2. Regimes jurídicos do fornecimento de energia elétrica. 3. Afinal, consome-se energia elétrica ou infraestrutura? 4. Direito Fundamental ao acesso à energia elétrica. 5. A tarifa social de energia elétrica é uma política pública ou um direito fundamental social?

1. CONSUMIDOR CATIVO X CONSUMIDOR LIVRE: UMA VISÃO GERAL

O oferecimento de utilidades materiais para a satisfação de necessidades humanas pelo Estado, especialmente o fornecimento de energia elétrica, pode ser realizado de duas formas: diretamente, através da prestação efetiva ou, indiretamente, estimulando e controlando a iniciativa privada na sua consecução. O setor elétrico é um exemplo da complexidade das atividades prestada pelo Estado contemporâneo. Esse segmento é fruto de uma histórica construção de sucessivas políticas públicas implementadas de acordo com as necessidades da população brasileira em cada período. Uma das maneiras de enfrentar os problemas e desafios impostos pela necessidade de crescimento, investimento e atendimento aos consumidores foi a de tratar o serviço público de fornecimento de energia como um grande mercado energético, em que o Estado por vezes executa determinadas atividades, por outras transfere à particulares a participação de alguns segmentos.

* Doutor em Direito pela UFPR, professor da PUC/PR, Curitiba/PR, Brasil, blanchet@blanchet.adv.br

** Doutorando em Direito Econômico pela PUC/PR, professor da PUC/PR, Curitiba/PR, Brasil, eduardo_iwamoto@yahoo.com.br

O mercado de energia é considerado um sistema híbrido¹, uma vez que coexistem dois ambientes de comercialização de energia elétrica (Ambiente de Comercialização Regulado - ACR e Ambiente de Comercialização Livre - ACL) em um mesmo setor econômico². Os ambientes livre e regulado foram criados pela Lei 10.848/2004, com o objetivo de permitir regras comerciais diferentes, visando a segurança, a manutenção e a expansão do sistema elétrico, sujeitos ao controle da Câmara de Comércio de Energia Elétrica - CCEE.

Esse modelo viabiliza a competição entre os ambientes de comercialização. Na sua essência, ambos prestam materialmente o mesmo serviço aos seus consumidores, sendo que as diferenças se manifestam no campo do regime jurídico aplicável.

O consumidor cativo, denominação utilizada aos usuários sujeitos ao monopólio estatal, é aquele que celebra contrato de adesão com a distribuidora de energia concessionária do serviço público competente da sua região. A essa relação aplica-se o regime jurídico de direito público, sendo a contraprestação ao fornecimento de energia o pagamento de tarifa, tendo como marco legal a Lei 8.631/93 e a Lei 8.987/95, regulado pela ANEEL, variando de acordo com o contrato de concessão de cada outorga e do parque industrial energético de cada subsetor.

Em contrapartida, o consumidor livre é aquele que pode escolher seu fornecedor, discutindo bilateralmente as cláusulas e condições do contrato.

O ACL permite apenas o ingresso de grandes consumidores de energia³, o que torna a participação nesse mercado relativamente restrita. Neste ambiente podem operar geradores de energia elétrica, comercializadoras e consumidores, sendo que os contratos pactuados entre os agentes devem ser registrados na CCEE, que faz o controle da demanda da energia consumida. A CCEE não interfere na negociação entre os operadores do ACL, pois entende que a inexecução do contrato, ou risco do negócio, é uma consequência dos mecanismos de livre mercado. Ela basicamente estabelece obrigações gerais⁴ que devem estar presentes nos contratos registrados naquele órgão.

O ACR, por outro lado, visa atender a maioria dos consumidores de energia elétrica que se sujeitam ao monopólio estatal regional, contratando apenas as Distribuidoras de energia elétrica detentoras da outorga do poder concedente. A quantidade e preço da

¹ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda: **Curso de direito da energia: da história**, tomo I / Luiz Antonio Ugeda Sanches. – São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011, p. 372.

² SCHOR, Juliana Melcop. **Abertura do mercado livre de energia elétrica: vantagens e possibilidades do retail wheeling no Brasil** / Juliana Melcop Schor. – Rio de Janeiro: Synergia, 2018. p. 23/24.

³ No ano de 2020 apenas unidades consomem mais de 3MW, sendo que a exigência de consumo diminuirá progressivamente conforme a portaria 514/2008 do MME.

⁴ No registro do contrato devem constar os seguintes dados: data de início, data de fim, identificação do comprador, identificação do vendedor, submercado de energia, montante de energia, verificação de lastro.

energia dependem de uma faixa de planos oferecidos de forma unilateral pela distribuidora, observando regras definidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL em relação aos custos que compõem o preço de cada plano tarifário. Uma das vantagens da utilização do ACR é o compromisso das distribuidoras na prestação do serviço público, em que o preço pago pelo usuário se dá somente após o consumo da energia elétrica, ao contrário do ACL em que os consumidores estão sujeitos à inexecução do contrato por parte das geradoras ou comercializadoras.

Todo esse controle exercido pela CCEE visa gerir o equilíbrio entre a inserção e retirada de energia elétrica do sistema através de complexos gatilhos de segurança. As características físicas do Sistema Elétrico Brasileiro - SEB, bem como da própria eletricidade, devem ser considerados nesse controle. A eletricidade é considerada um insumo não estocável de consumo imediato, o que significa que a geração de energia deve ocorrer simultaneamente ao consumo. O que contribui com a complexidade dessa infraestrutura é: a grande quantidade de geradoras de energia; as grandes distâncias percorridas na transmissão; conglomerados de unidades consumidoras espalhadas no território e; a atuação do Operador Nacional do Sistema (ONS), que controla o acionamento ou desligamento das geradoras do país.

Considerando essas características físicas, adotam-se dois critérios de controle do fluxo de energia no sistema elétrico: um contratual e outro contábil. O critério contratual vincula todos os operadores do sistema a um contrato de fornecimento e o correspondente consumo, sendo o vínculo jurídico entre o gerador e o consumidor com uma visão de futuro. O critério contábil é a dedução da quantidade de energia gerada com a energia consumida que controla a segurança do sistema, a fim de evitar inserção desnecessária de carga no sistema ou consumo maior do que a carga gerada com uma visão ao passado.

Para que haja a compatibilidade de geração e consumo, o sistema elétrico brasileiro dispõe do Mercado de Curto Prazo (MCP) que faz o ajuste mensal das geradoras que produziram excedente de energia, remuneradas pelos agentes que utilizaram da energia elétrica do sistema sem a devida cobertura contratual.

Todo esse mecanismo envolvendo esses ambientes de negociação visam a segurança do sistema elétrico, para afastar o risco de apagões como ocorrera em 2001, e para que os próprios agentes do sistema financiem a expansão do sistema elétrico brasileiro - SEB.

2. REGIMES JURÍDICOS DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA

A profusão de diversas reformas para a subsetorização, atuação de empresas privadas e públicas em um mesmo segmento, e a categorização de diversos perfis de consumidores, contribuiu com a grande complexização do serviço público do setor energético. Situações que, a princípio, possuem a mesma moldura fática sujeitam-se a distintos regimes jurídicos, sendo possível, no fornecimento de energia elétrica identificar, ao menos três deles: serviço público; atividade privada; direito fundamental. Essas situações, de aplicação de regimes jurídicos distintos, dependem da qualidade do destinatário final. Veja-se o caso do consumidor cativo, que se sujeita às regras de direito público no trato do serviço de fornecimento, regime totalmente distinto do consumidor livre, que possui liberdade de escolha em relação ao fornecedor e aos termos do contrato. Por fim, o consumidor de baixa renda que possui um tratamento jurídico distinto em relação aos anteriores.

Por que essa reflexão é importante? Apesar do tratamento jurídico específico atribuído a cada um dos destinatários, a infraestrutura utilizada é indistinta. Como se verá a seguir, o financiamento da expansão do setor e a sua manutenção, majoritariamente, é promovido pelo usuário cativo, que paga pelos encargos setoriais repassados a diversos fundos relacionados ao setor elétrico.

Portanto, é necessário compreender que o preço pago pelo consumo de energia, além do serviço em si, também abrange o autofinanciamento da infraestrutura⁵.

Considerando o setor elétrico em seu conjunto, é possível identificar duas áreas distintas relativas à entrega material da utilidade ou comodidade ao consumidor, sendo uma relativa (i) à relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor, outra à (ii) infraestrutura necessária à geração, transmissão e gestão da energia elétrica.

(i) a relação jurídica entre o consumidor e o fornecedor varia de acordo com a qualidade do destinatário final: (a) serviço público; (b) atividade privada (c) direito fundamental.

O fornecimento de energia elétrica na qualidade de (a) prestação de serviço público, como bem sintetiza HACHEM⁶, são bens e serviços de natureza econômica, de objetos relativamente escassos que servem, direta ou indiretamente, para a satisfação de necessidades humanas. Possuem como característica sua utilidade e escassez. Essa seria sua perspectiva material, podendo ser apresentadas como atividades econômicas em sentido amplo, dividida em duas espécies: serviço público e atividade econômica em sentido

⁵ Que é o caso da tarifa de energia elétrica.

⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 125.

estrito. NOHARA⁷ sustenta que o critério material deve acompanhar também os critérios subjetivo ou orgânico, e o formal, pois isoladamente são insuficientes para caracterizar a atividade como serviço público.

O artigo 175 da Constituição permite que a prestação do serviço público possa se dar diretamente ou indiretamente pelo Estado, sob o regime de concessão ou permissão, mediante prévia licitação. A partir deste comando, o poder constituinte originário optou por manter a titularidade estatal de atividades que tenham como característica utilidade ou comodidade material especiais, autorizando particulares a executarem essas atividades sob controle do Poder Público⁸.

Esse processo de desconcentração não ocorreu instantaneamente. A década de 90 foi um período de grande produção legislativa para reorganizar a estrutura estatal prestadora de serviço público e a massiva privatização de setores considerados tarifáveis⁹.

No caso do setor elétrico a cadeia de produção foi subdividida em quatro segmentos interdependentes¹⁰: geração, transmissão, distribuição e comercialização.

A titularidade estatal foi mantida nos segmentos de transmissão e distribuição, sendo que a geração e a comercialização, por outro lado, sujeitam-se à livre iniciativa, porém com forte regulação.

A geração e a transmissão possuem papel fundamental no fornecimento da energia elétrica, sendo os principais destinatários dos subsídios financiados pelos encargos setoriais¹¹, indispensáveis ao Sistema Elétrico Brasileiro - SEB.

Tanto a distribuição quanto a comercialização de energia elétrica possuem uma atuação intermediária na cadeia produtiva do setor: organizam o vínculo jurídico entre as geradoras, transmissoras e consumidores. As distribuidoras, concessionárias de serviço público, atendem os consumidores cativos no ACR; já as comercializadoras, empresas privadas que devem observar alguns requisitos para terem autorização da CCEE para operar no ACL, atendem os consumidores livres. Nos dois casos cada atividade sujeita-se a regimes jurídicos distintos.

⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo** / Irene Patrícia Nohara. – 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 483.

⁸ BITTENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013, p. 58.

⁹ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda op. cit., p. 272/273.

¹⁰ Lei 9.074/95.

¹¹ Uma complexa e eficaz política de encargos setoriais que financiam a construção de novas usinas geradoras e a expansão dos sistemas de transmissão por todo o território.

O fornecimento de energia elétrica no ambiente regulado é considerado como serviço público, considerando a majoritária sujeição a institutos jurídicos de direito administrativo¹². Os critérios estabelecidos pelo art. 6º, da Lei 8.987/95, aplicam-se à relação entre as distribuidoras e os consumidores cativos, que se submetem a uma relação de monopólio regional, impedindo a livre concorrência e livre escolha. Por outro lado, a concessionária possui o dever de continuidade e eficiência no atendimento ao usuário, participando de leilões e celebrando contratos de fornecimento de longo prazo com as usinas geradoras para garantir o abastecimento aos usuários, independentemente do risco de sobrecontratação da energia elétrica. Também deve-se considerar uma restritiva política tarifária baseada nas leis 8.957/95 e 8.631/93 e diversas resoluções da ANEEL.

Já as atividades relacionadas ao ambiente livre podem ser consideradas (b) atividades privadas, em que pese a forte regulamentação da Lei e dos órgãos relacionados ao SEB¹³ que interferem diretamente nas atividades dos operadores do mercado livre, a negociação contratual entre o consumidor e a comercializadora de carga, prazo, preço, condições, garantias e penalidades, são livremente pactuadas. A competição de mercado tem sido estimulada pela CCEE que acredita que o maior número de operadores no sistema pode permitir melhores serviços aos consumidores¹⁴.

Há uma terceira categoria de consumidores, considerados carentes, os quais possuem desconto na tarifa de energia, denominado tarifa social de energia elétrica. Neste caso, pode-se considerar aprioristicamente, que se trata de uma prestação de (c) direitos fundamentais.

A característica física da eletricidade demanda significativo investimento em infraestrutura, pois sem a usina de energia elétrica e um intrincado sistema integrado de transmissão, não seria possível a existência de consumo de energia. A segmentação do setor elétrico em geração, transmissão, distribuição e comercialização, a partir da Lei 9.074/95, cujo objetivo foi de organizar todo o sistema elétrico, demanda um tratamento jurídico distinto em relação à (ii) infraestrutura necessária à geração, transmissão e gestão do SEB.

A geração e transmissão de energia elétrica possuem tratamento especial em relação aos órgãos de controle estatal. Além de receber recursos provenientes dos encargos setoriais, o poder público define quais os locais onde se instalarão as usinas geradoras e qual o traçado das linhas de transmissão, além de as geradoras e transmissoras submeterem-se a um rígido controle de qualidade do serviço prestado.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2015. p. 735/737.

¹³ Ministério de Minas e Energia, ANEEL, CCEE e o Operador Nacional do Sistema.

¹⁴ TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro** / Maurício Tiomno Tolmasquim. – 2ª. ed. – Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2015. p. 145/146.

O fornecimento de energia elétrica, sujeito aos preceitos do art. 6º, da Lei 8.987/95, deve ser aplicado indistintamente aos consumidores cativos e livres, e aos beneficiários da Tarifa Social, sujeitando-se ao regime jurídico próprio do serviço público.

O que torna a análise interessante é a atividade de fornecimento de energia elétrica ocorrer em cadeia de produção, sendo que os agentes responsáveis pelos segmentos dessa cadeia são distintos, haja vista a existência de vedação para empresas do mesmo grupo econômico trocarem serviços entre si. A prestação do serviço público pode ser considerada um feixe de contratos entre empresas que desempenham um papel em cada segmento da estrutura do setor elétrico brasileiro.

A ampliação do conceito de universalização, com a obrigatoriedade de atendimento às pessoas destinadas ao programa de tarifa social, determinou à ANEEL a obrigatoriedade de desenvolver alternativas e estratégias para o seu atendimento.

Em virtude das características físicas da eletricidade e do sistema integrado nacional - SIN, a unidade consumidora deve estar inserida em um parque industrial de proporções continentais, que demanda proporcional investimento em infraestrutura. Para se contornar esse problema financeiro, alternativas como sistemas elétricos isolados permitem que grupos de pessoas tenham acesso ao fornecimento de energia elétrica dispensando grande investimento na interconexão dessas regiões isoladas. Fontes de energia térmica, eólica, solar e pequenas centrais hidrelétricas são subsidiadas para atender comunidades isoladas com um custo muito inferior ao modelo do SIN.

Sob o comando da diretriz desse novo conceito de universalização do fornecimento de energia elétrica vários programas são implementados, tais como: Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa)¹⁵; Programa de Eletrificação Rural; Plano de Universalização de Energia Elétrica¹⁶.

A universalização do fornecimento de energia elétrica é uma expressão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, com o objetivo de propiciar desenvolvimento e melhoria social.

¹⁵ Lei 10.438/2002.

¹⁶ REN n.233/2003 da ANEEL disponível em <<https://www.aneel.gov.br/documents/656877/14486448/bres2003223.pdf/34dd1c2d-0dc5-4a3e-8d85-ff6c2e0ae05d?version=1.0>> Acesso em jul/2020.

3. AFINAL, CONSOME-SE ENERGIA ELÉTRICA OU INFRAESTRUTURA?

A expansão do SEB está diretamente vinculada ao serviço de fornecimento de energia, pois sem investimento em infraestrutura de geração e transmissão de energia elétrica é inviável o acesso a esse serviço.

Os encargos setoriais possuem um papel importante na manutenção do SEB e, principalmente, afetam diretamente o valor da tarifa de energia elétrica. É necessário compreender a composição desse custo e qual sua função dentro do setor elétrico.

A política tarifária regulamentada pela Lei 8.987/95, estabelece que a descrição da metodologia deve estar prevista no edital de licitação. NOHARA¹⁷ indica que, em regra, a concessão de serviço público não possui caráter de exclusividade, porém, em regime de exceção, admite o monopólio, que é o caso da transmissão e distribuição de energia elétrica.

Uma das atribuições da ANEEL é mediar a prestação do serviço de fornecimento de energia e o equilíbrio econômico-financeiro de toda a cadeia produtiva relativa à energia elétrica¹⁸. A agência adota um sistema de gerenciamento nacional e regional, controlando desde a quantidade de energia a ser produzida até o valor da tarifa consumida. A base legal da tarifa de energia elétrica, disciplinada pela Lei 8.631/93, utiliza como elementos para a composição do preço final dois grupos, denominados parcela A e parcela B.

A parcela A é composta por custos não gerenciáveis (encargos setoriais, encargos de transmissão e compra de energia para revenda), e a parcela B trata dos custos diretamente gerenciáveis pela empresa (despesas com operação e manutenção, despesas de capital)¹⁹.

Segundo a ANEEL²⁰ a tarifa de energia elétrica apresenta os seguintes custos: 29,5% de tributos; 17% da parcela B (despesas com operação e manutenção, despesas de capital); 53,5% da parcela A (compra de energia, transmissão de energia e encargos setoriais).

A ANEEL procura estimular o desenvolvimento dos subsetores do segmento energético, pesquisa, atendimento a pessoas carentes, investimento em infraestrutura e fontes renováveis de energia. Em geral, o faz através de subsídios financiados por diversos fundos custeados pelos usuários do SEB, especialmente o consumidor cativo²¹.

¹⁷ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 511.

¹⁸ SANCHES, Luiz Antonio Ugeda op. cit., p. 297.

¹⁹ Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=95>> Acesso em 27/jul/2018.

²⁰ Disponível em <https://www.aneel.gov.br/conteudo-educativo/-/asset_publisher/vE6ahPFxsWHT/content/composicao-da-tarifa/654800?inheritRedirect=false> Acesso em 21/maio/2020

²¹ SANTOS, Paulo Eduardo Steele. **Tarifas de energia elétrica: estrutura tarifária** / Paulo Eduardo Steele Santos. – Rio de Janeiro: Interciência, 2011. p. 20/24.

Os encargos setoriais aplicados na formação da parcela A são compostos por: Conta de Desenvolvimento Energético - CDE; Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica – PROINFA; Compensação de Incentivo pela Utilização de Recursos Hídricos - CFURH; Encargos de Serviços do Sistema - ESS; Energia de Reserva - EER; Taxa de Fiscalização dos Serviços de Energia Elétrica - TFSEE; Pesquisa e Desenvolvimento - P&D; Programa de Eficiência Energética - PEE e Contribuição ao Operador Nacional do Sistema²².

Cada um desses encargos setoriais subsidia ou financia uma vasta e complexa cadeia de atividades desenvolvidas no SEB, representando considerável parcela da composição do valor da tarifa de energia, gerando aumento de custo em toda cadeia produtiva.

A parcela B, relativa aos custos gerenciáveis, corresponde ao critério de remuneração das distribuidoras de energia elétrica. Anualmente a parcela B é atualizada pelo reajuste tarifário anual, que considera a atualização de um índice de correção monetária, subtraído por um fator de eficiência. Assim, quanto mais economia e eficiência forem adotadas nos custos da parcela B, maior a remuneração da distribuidora. A cada 04 (quatro) anos esses custos são revisados, definindo um novo valor para a remuneração da distribuidora, denominado revisão tarifária.²³

A discriminação da composição da tarifa de energia elétrica permite identificar que a responsabilidade da expansão do sistema elétrico e os subsídios assistenciais e de fomento são arcados pelos usuários cativos. Esse ônus direcionado apenas a uma parte do segmento do setor elétrico é uma distorção denominada subsídio cruzado²⁴.

A Lei 10.438/2002, ao criar tarifa social de energia elétrica, definiu também a contraparte de financiamento do programa através da Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, que absorveu vários encargos sociais: o desenvolvimento energético dos Estados; a universalização do serviço de energia em todo território nacional; garantir recursos para a subvenção econômica à tarifa social; o subsídio da Conta de Consumo de Combustíveis - CCC; a promoção da competitividade de fontes energéticas à base de carvão mineral nacional; a promoção da competitividade de fontes de energia eólicas, termossolar, fotovoltaica, pequenas centrais hidrelétricas, biomassa, gás naturais e outras fontes renováveis; o provimento de recursos para compensar descontos nas tarifas de uso dos sistemas de transmissão e nas tarifas de energia elétrica; o reembolso das despesas de aquisição de combustível para as distribuidoras atuantes nos sistemas isolados; o provimento de recur-

²² Disponível em <http://www.aneel.gov.br/metodologia-distribuicao/-/asset_publisher/e2INtBH4EC4e/content/encargos-setoriais/654800?inheritRedirect=false> Acesso em 27/jul/2018.

²³ Disponível em <https://www.aneel.gov.br/entendendo-a-tarifa/-/asset_publisher/uQ5pCGhnyj0y/content/parcela-b/654800?inheritRedirect=false> Acesso em jun/2020.

²⁴ É uma crítica ao modelo vigente em que os consumidores livre que utilizam da mesma infraestrutura não suportam os encargos relativos aos custos e manutenção do sistema elétrico, há discussões sobre a cobrança de encargos setoriais ao ambiente livre, ver Consulta Pública 33/2017 realizado pelo MME.

sos para compensar o impacto tarifário de unidades consumidoras de locais não atendidos pelo Sistema Integrado Nacional - SIN; o provimento de recursos para amortizar operações financeiras para enfrentar os impactos no setor elétrico decorrentes da COVID-19²⁵.

Os recursos relativos à expansão do sistema elétrico e da tarifa social provém do mesmo encargo setorial. Um apontamento importante é que a fonte de custeio dessas despesas compõe parte do custo da tarifa de energia elétrica pagos pelos próprios usuários do sistema, ou seja, possuem recurso próprio e dispensam a necessidade de vontade política para dirigir verbas orçamentárias para esta destinação.

A composição dos custos da tarifa de energia elétrica permite o autoinvestimento em infraestrutura, garantindo a robustez e independência no crescimento do setor elétrico. Apesar do alto preço da energia elétrica brasileira, são praticadas diversas políticas públicas de assistência social, fomento de fontes renováveis e a expansão do sistema elétrico na subvenção de geradoras de energia e linhas de transmissão.

4. DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ENERGIA ELÉTRICA

Conforme analisado no item 2, o fornecimento de energia pode ser dividido em dois grupos: um relativo à entrega material da energia elétrica, que concerne à relação jurídica estabelecida entre o fornecedor e o consumidor; outro em relação à infraestrutura necessária à geração, transmissão e gestão do Sistema Elétrico Brasileiro.

A partir da análise desses dois grupos, identifica-se a aplicabilidade de regime de direito fundamental prestacional sob fundamentos distintos: um em relação à assistência social; outro sob a ótica do direito fundamental ao serviço público adequado.

Os fundamentos sobre o fornecimento de energia elétrica sob a ótica da assistência social serão abordados no próximo item, em que será discutido a relação com programas de políticas públicas.

O acesso ao serviço público de energia elétrica refere-se ao uso das instalações que BLANCHET²⁶ denomina de logística, envolvendo produção de energia, transporte, distribuição e manutenção do seu parque industrial.

²⁵ Art. 13, Lei 10.438/2002.

²⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. A energia, custos e sustentabilidade no Brasil e na Europa. In BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Ithala, 2014, 568 p. ISBN 978-85-61868-77-2. p.478.

A discussão sobre a constitucionalização do serviço adequado possui grande amparo da doutrina²⁷, portanto, é um tema amplamente debatido, com vigoroso consenso sobre o status fundamental da prestação de serviço público como instrumento de concretização de direitos fundamentais²⁸.

A prestação do serviço público adequado encontra respaldo no inc. IV, do art. 175, da Constituição, em que se determina a obrigatoriedade de estabelecer e cumprir critérios mínimos de qualidade no oferecimento material de atividades essenciais. A proteção ou promoção de bens jurídicos tidos como direito fundamental exige dever estatal correlato²⁹, que é manifestada através de serviços públicos como atividades instrumentais de concretização.

HACHEM³⁰ sustenta que a Administração Pública desempenha um papel importante para a maximização da tutela dos direitos fundamentais em suas dimensões objetiva e subjetiva. Em relação à dimensão objetiva, identifica duas espécies instrumentais necessárias à tutela administrativa: o direito ao serviço público adequado e; o direito à implementação de políticas públicas para adoção de ações específicas e de distintas naturezas, a fim de dar concretude aos direitos sociais.

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais exige que o Estado viabilize a prestação material de determinados direitos previstos na Constituição³¹. Assim, é obrigação do Poder Público promover o fornecimento de energia elétrica, na qualidade de serviço público adequado, autorizando, inclusive, a tutela jurisdicional para a concretização desse direito face a dimensão subjetiva da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais³².

O fornecimento de energia elétrica sujeita-se aos critérios de adequação estabelecidos pelo art. 6º da Lei 8.987/95, devendo satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia e modicidade tarifária, que são consideradas garantias de direitos fundamentais, face o *status* de fundamentalidade formal e material existente na Constituição³³.

²⁷ Daniel Wunder Hachem, Adriana da Costa Ricardo Schier, Carolina Zancaner, Romeu Felipe Bacellar Filho, Jorge Reis Novais, Ana Cláudia Finger e outros.

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p. 129.

²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 258/259.

³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 494/495.

³¹ HACHEM, Daniel Wunder. **A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618/688, jul./dez. 2013. p. 628.

³² HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p. 647/650.

³³ SCHIER, Paulo Ricardo; Schier, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social**. Revista de Direito da Administração Pública, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223,

A aplicação do regime jurídico constitucional à norma infraconstitucional decorre da disposição do parágrafo único, do art. 175, da Constituição, em que se atribuiu status constitucional ao art. 6º, da Lei 8.987/95, atraído pelo princípio da reserva legal na delimitação do conceito jurídico de serviço adequado³⁴.

O descumprimento das condições do serviço adequado sujeita o Estado a um regime jurídico que transcende a produção legislativa, podendo ser exigido judicialmente ao ajuste necessário definido na lei.

A universalização do fornecimento de energia elétrica reclama especial tratamento através da Lei 10.438/2002, maximizando o conceito de universalização, obrigando a ANEEL a promover um programa de expansão do sistema elétrico através de um sistema de metas de universalização.

A Lei 10.438/2002 criou a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, que proporcionou ao programa de expansão uma fonte de custeio rateada pelos consumidores cativos, e estabeleceu, também, um programa de metas coordenado pela ANEEL, em que as concessionárias deverão suprir a rede de distribuição aos consumidores do Grupo B³⁵, de baixo consumo, em áreas urbanas e rurais sem ônus de qualquer espécie³⁶. O setor elétrico deve observar critérios de adequação do serviço e a sua correspondente expansão.

Essa universalização é indispensável para propiciar uma existência digna, pois ao menos o acesso à energia elétrica deve ser garantida ao sujeito de direito. Mas esse acesso não é apenas procedimental burocrático, em que a edição de um ato normativo resolve o problema da materialização concreta do serviço: pressupõe um altíssimo investimento em infraestrutura na construção de usinas geradoras, cobertura de linhas de transmissão sobre vasta extensão ou desenvolvimento de tecnologias que atendam regiões não conectadas ao SIN.

Sobre a acessibilidade, ou universalidade, do fornecimento de energia elétrica é possível fazer uma aproximação com o trabalho desenvolvido por SILVA FILHO e MARIA-NO³⁷, os quais elaboraram uma belíssima pesquisa de campo na comunidade Conjunto Novo Perimetral, na periferia de Fortaleza, descrevendo a precariedade da condição de vida

jan./jun. 2016. p. 6.

³⁴ Nesse sentido, súmula vinculante n. 31, que considerou lei municipal inconstitucional face a contrariedade ao disposto no artigo 110, do CTN.

³⁵ Trata de uma categoria de unidades consumidoras de tensão inferior a 2,3 kV, subdividido nos seguintes subgrupos: B1 residencial; B2 rural; B3 demais classes; B4 iluminação pública.

³⁶ Lei 10.438/2002, art. 14.

³⁷ SILVA FILHO, Francisco Cláudio Oliveira; MARIANO, Cynara Monteiro. **Serviço público como forma de efetivação de direitos fundamentais em comunidades em situação de vulnerabilidade social**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1152

dos moradores do antigo aterro sanitário daquela Cidade. Aquela comunidade não possui acesso à água, saneamento básico e o fornecimento de energia elétrica ocorre por meio de conexões clandestinas, habita em área de risco, seja por contaminação de materiais nocivos à saúde, seja pela localização de fronteira entre dois territórios de organizações criminosas de tráfico de drogas rivais³⁸. Em virtude dessa disputa o município não consegue estender os serviços públicos àquela comunidade. A segurança pública, quando atinge a comunidade, viola direitos fundamentais de moradores “como arrombamentos de casas, ameaças e agressões, são justificadas a pretexto de combate ao inimigo.”³⁹

Não há perspectiva de melhoria de condição de vida sem o atendimento básico de serviços essenciais. Os autores ainda criticam o fato de não ter sido implementado fornecimento de energia elétrica, contrariando o programa de universalização, em especial à população de baixa renda⁴⁰.

O referido estudo descreveu a situação de uma comunidade localizada na região metropolitana da capital do estado do Ceará. Contudo, existe também a problemática de pessoas residentes em regiões longínquas e de difícil acesso, como por exemplo moradores de Superagui, no litoral paranaense, ou quilombolas e indígenas que vivem sem acesso a qualquer serviço básico em regiões rurais.

A importância do programa de universalização do fornecimento de energia elétrica decorre da obrigação do Estado em propiciar desenvolvimento a pessoas em situação de vulnerabilidade. A polissemia e a pluralidade de conteúdo do termo desenvolvimento, no âmbito do regime adotado pela Constituição, impõem uma necessária delimitação. O desenvolvimento deve considerar a interdependência entre a esfera humana e social, transcendendo o conceito de crescimento econômico. Devem derivar transformações estruturais que permitam mudanças qualitativas de manutenção sustentável, permitindo a cada cidadão o livre desenvolvimento de sua personalidade. Essa dimensão humana e social, manifestada pela satisfação das necessidades básicas do cidadão, pode ser alcançada mediante um sistema adequado de implementação de atividades materiais dirigidas à concretização de direitos fundamentais sociais pelo Estado.⁴¹

Sobre o direito fundamental ao serviço público adequado, HACHEM⁴² fundamenta que esse status decorre de quatro motivos: não se pode assegurar o cumprimento dos

³⁸ SILVA FILHO, Francisco Cláudio Oliveira; Mariano, Cyanara Monteiro *op. cit.* p. 144/145.

³⁹ SILVA FILHO, Francisco Cláudio Oliveira; Mariano, Cyanara Monteiro *op. cit.* p. 146.

⁴⁰ SILVA FILHO, Francisco Cláudio Oliveira; Mariano, Cyanara Monteiro *op. cit.* p. 161/163.

⁴¹ HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 13, n. 13, Curitiba, Unibrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013, p. 382/386.

⁴² HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p.132/133.

direitos sociais previstos no artigo 6º sem que o Estado preste serviços públicos; a determinação expressa do artigo 175, § único, IV, obriga o Poder Público a manter serviço adequado; há previsão expressa em tratados internacionais sobre direitos humanos⁴³; que procede imediatamente aos princípios da dignidade humana e da cidadania (art. 1º, II e III), sendo o serviço público indispensável na promoção de condições de existência digna e participação ativa na comunidade política e social.

A obrigatoriedade de oferecer prestações normativas procedimentais e de organização para manter um padrão mínimo de exercício da liberdade ao cidadão, relaciona-se com a tutela constitucional voltada a uma dimensão procedimental de direitos fundamentais materiais⁴⁴.

5. A TARIFA SOCIAL DE ENERGIA ELÉTRICA É UMA POLÍTICA PÚBLICA OU UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL?

Este tópico tem por objetivo analisar a o fornecimento gratuito material de energia elétrica a determinados grupos socialmente fragilizados através do programa Tarifa Social de Energia Elétrica - TSEE.

É importante reforçar que o acesso à energia elétrica não diz respeito à gratuidade da prestação desse serviço, mas às condições necessárias para o cumprimento do princípio da universalidade tendo por base o princípio da igualdade material⁴⁵.

Independente do caráter econômico do fornecimento de energia elétrica, o Estado não poderia deixar de atender à categoria de pessoas em estado de vulnerabilidade, já identificadas ou não pelo ordenamento jurídico, visto que se submete à disciplina constitucional de bem estar social.

O fornecimento gratuito de energia elétrica não é exclusividade brasileira. Na Catalunha existe um programa análogo para enfrentar o problema emergencial de pobreza energética, definida como a “incapacidade de um agregado familiar satisfazer o mínimo de serviços energéticos”, obrigando a administração pública a garantir o suprimento básico a estas pessoas⁴⁶.

⁴³ O fundamento adotado neste caso é o art. 5º, §2º, da Constituição.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis: **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.82/83.

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p. 138.

⁴⁶ FORNS I FERNÁNDEZ, María Victòria. **Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona em Cataluña**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 3-54, set./dez. 2018. DOI: 10.7213/ver.dir.econ.soc.v9i3.24548. p. 39/40.

A TSEE é um subsídio aplicado na tarifa de energia elétrica destinada aos consumidores enquadrados na subclasse residencial de baixa renda para consumo mensal até 220 kWh/mês; para famílias inscritas no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico), com renda familiar mensal per capita inferior ou igual a meio salário mínimo; para beneficiários de prestação continuada às pessoas com deficiência e idosos com mais de 65 (sessenta e cinco) anos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção, nem por sua família; famílias indígenas e quilombolas⁴⁷.

O subsídio da TSEE é financiado pelos consumidores cativos, através dos encargos setoriais presentes na composição do custo da tarifa de energia, que se prestam à criação de fundos para amparar investimentos e despesas correlatos ao setor energético⁴⁸.

Dentre esses encargos setoriais, destaca-se a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, já abordado em item anterior, que destina parte de sua receita ao pagamento dos encargos da TSEE. Para compreensão do montante arrecadado, somente no ano de 2018 foram destinados R\$ 2.440.000.000,00 à tarifa social (dois bilhões, quatrocentos e quarenta milhões de reais)⁴⁹.

Criada pela Lei 10.438/02⁵⁰, regulamentada pela Lei 12.212/10, a TSEE é uma complementação aos benefícios da Lei de Assistência Social - Lei 8.742/93, pois atende às pessoas em condição de vulnerabilidade nos parâmetros fixados pelo CadÚnico. Tal complementação atrai o regime jurídico distinto em virtude de a assistência social tratar-se de um direito fundamental social expresso no art. 6º, da Constituição.

Analisando os beneficiários tutelados pelo programa, identifica-se o tratamento diferenciado a categorias distintas divididas em dois grupos: um grupo étnico e outro socioeconômico. No caso dos grupos étnicos o tratamento diferenciado refere-se às famílias indígenas, que se trata de povos⁵¹ indígenas espalhados em regiões rurais, e os quilombolas, que são comunidades negras que, em regra, vivem em áreas rurais. Ambos os grupos em geral residem em localidades que não possuem acesso a serviços públicos de

⁴⁷ Lei 12.212/10, art. 2º.

⁴⁸ Investimento em geração e transmissão, subsídios para fontes renováveis, investimento em P&D, fonte de receita de órgãos de controle e fiscalização, etc.

⁴⁹ Disponível em < https://www.aneel.gov.br/gestao-de-recursos-tarifarios/-/asset_publisher/NGj5UwmpT1bZ/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Ffliferayhom%2Fweb%2Fguest%2Fgestao-de-recursos-tarifarios%3Fp_id%3D101_INSTANCE_NGj5UwmpT1bZ%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_pos%3D1%26p_p_col_count%3D2> Acesso junho/2020.

⁵⁰ Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária e sobre os encargos setoriais que compõem a tarifa de energia elétrica.

⁵¹ Refere-se ao termo “povos” em virtude das várias etnias espalhadas pelo território, o termo “índio” não retrata a complexidade da distinção desses povos.

caráter essencial, demandando tratamento especial do Estado em virtude do seu estado de vulnerabilidade.

No outro grupo, o socioeconômico, podem ser identificadas duas categorias: pessoas que possuem renda familiar per capita inferior igual ou inferior a meio salário mínimo, e pessoas que se enquadram no benefício de prestação continuada do art. 20, da Lei de Assistência Social. Em ambos os casos o fator econômico é preponderante e existem diretrizes de revisão da condição de beneficiário, em que é feita a análise de enquadramento dos critérios pré-estabelecidos a cada três anos⁵², indicando o caráter transitório do benefício.

A TSEE é um abrangente programa de atendimento de assistência social a pessoas em estado de vulnerabilidade que não possuem, ou possuem restrição de acesso à energia elétrica, sendo considerado um plano bem sucedido na diminuição da desigualdade social.

A base legal constitucional da tarifa social é o artigo 6º, que estabelece tutela especial de assistência social a um rol de grupo de pessoas sujeitas a riscos e vulnerabilidades. Sequencialmente é possível identificar interrelação com a Lei de Assistência Social - Lei 8.742/93, o marco legal da universalização do setor elétrico - Lei 10.438/2002, a Lei 12.212/2010 - que regulamenta a Tarifa Social de Energia Elétrica, os Planos de Universalização de Energia Elétrica - REN/ANEEL 223/2003⁵³ e REN/ANEEL 563/2013⁵⁴, e as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica - REN/ANEEL 414/2010⁵⁵ e a Regulamentação da Conta de Desenvolvimento Energético - REN/ANEEL 800/2017⁵⁶.

O conjunto de normas que, direta ou indiretamente, disciplinam a TSEE abrange programas de assistência social, expansão da rede elétrica e regime de fonte de custeio, e compensação de subsídios às distribuidoras, ou seja, são instrumentos legais que, a princípio, regulamentam atuações estatais distintas, mas complementares.

A prestação material de atividades estatais que promovem desenvolvimento social, ou atendimento às pessoas em estado de vulnerabilidade, exige análise de inúmeros dispositivos legais que tutelam diversos bens jurídicos que se sobrepõem em camadas concêntricas.

O serviço público é uma prestação de utilidades e comodidades materiais destinados à satisfação de relevantes necessidades humanas, gerando ao Estado a obrigação de fornecimento permanente, sujeitando-o a uma variedade de normas jurídicas de Direito

⁵² REN/ANEEL N. 414/2010, art. 53-X, §2º.

⁵³ Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/res2003223.pdf>> Acesso em jul/2020.

⁵⁴ Disponível em <<https://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2013563.pdf>> Acesso em jul/2020.

⁵⁵ Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010414.pdf>> Acesso em jul/2020.

⁵⁶ Disponível em <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/audiencia/arquivo/2017/060/resultado/ren2017800.pdf>> Acesso em jul/2020.

Público⁵⁷. O dever de promoção de acesso aos direitos fundamentais, em geral, é considerado no âmbito dos direitos sociais, em virtude da escassez de determinados bens por eles garantidos, e o seu custo inibe o respectivo acesso por grande parte da população.⁵⁸

O princípio constitucional da socialidade⁵⁹ obriga o Estado a combater as desigualdades sociais, as carências materiais e necessidades dos indivíduos, repercutindo na aplicação de um mínimo de recursos materiais, com o objetivo de assegurar a dignidade humana e a redistribuição de recursos, visando o desenvolvimento. A socialidade é baseada no conceito de igualdade material, considerando o homem em suas insuficiências e necessidades, reconhecendo a incapacidade da sociedade e do mercado na solução de problemas sociais, exigindo do Estado uma atuação positiva para equilibrar o sistema.

Não há dúvida sobre a dimensão de direitos fundamentais sociais da tarifa social e do programa de universalização do fornecimento de energia elétrica. Uma conclusão que a pesquisa desses programas trouxe à luz, é a de que à medida em que se aprofunda na análise dos comandos normativos, a partir das diretrizes constitucionais à efetiva materialidade da utilidade usufruída pelo cidadão, identifica-se uma transfiguração do regime jurídico do bem tutelado.

O fornecimento de energia elétrica, analisado sob o prisma dos regimes jurídicos pertinentes, é composto por dois agrupamentos interrelacionados: o de acessibilidade, e o da entrega material, para implementação de tratamento diferenciado a determinadas categorias que se submetem à intervenção jurídica especial. Ambos possuem dimensão de direitos fundamentais, porém amparados por direitos distintos. Essa dimensão constitucional imprime a esses programas caráter de permanência e proteção à sua manutenção. Por exemplo a determinação de um conteúdo jurídico mínimo, conhecido por mínimo existencial, é parametrizada pela prejudicialidade da funcionalidade operacional de um direito fundamental⁶⁰, ou seja, caso incorra na inexistência de cumprimento à determinada prestação, esse direito torna-se inacessível. Também goza da proteção estabilizadora da vedação do retrocesso⁶¹, *effet cliquet*, que impossibilitaria a supressão de algum direito constitucional regulamentado por norma infraconstitucional.

⁵⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p. 126.

⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *op. cit.* p. 262.

⁵⁹ BITTENCOURT NETO, Eurico. **Estado social e administração pública de garantia**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. Doi: 10.7213/ver.dir.econ.soc.v8i1.17706. p. 293.

⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *op. cit.* p. 358/359.

⁶¹ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 230/233.

À medida em que se avança através das camadas normativas gerais às específicas, há uma surpreendente transfiguração daquele regime constitucional. Veja-se o regime jurídico de universalização do fornecimento de energia elétrica, Lei 10.438/2002, que ao ser regulamentado pela Resolução/ANEEL n. 223/2003, relativa aos Planos de Universalização de Energia Elétrica, converte o princípio em um programa de políticas públicas com prazo de encerramento e metas a serem cumpridas⁶². No mesmo sentido é a transitoriedade do benefício da TSEE, que estabelece revisão periódica socioeconômica do beneficiário⁶³. Tanto na universalização, quanto no fornecimento gratuito da energia elétrica, constata-se que a produção normativa no âmbito da resolução a prestação material é descontinuada.

É digno de reconhecimento a utilização de critérios técnicos na elaboração de planejamento para a expansão do sistema, com programa de metas e prazo de encerramento, ou o propósito de retirar pessoas da condição de miserabilidade, com ajuda assistencial por tempo definido e, em segundo momento, verificar se houve melhoria ou não da condição de vida dos beneficiários da tarifa social.

O fato de a norma estabelecer um objetivo e prazo final para essas prestações materiais, a princípio contraria o regime jurídico constitucional de permanência. Compara-se, por exemplo, à prestação de serviços relativos à saúde, educação, transporte coletivo, segurança e a própria assistência social, que têm por característica a manutenção continuada de atividades realizadas pelo Estado.

As políticas públicas podem ser consideradas como ações governamentais procedimentais, com a participação de vários integrantes multidisciplinares, utilizando também de variados métodos e estratégias para a realização de objetivos definidos, prazos e metas de resultados, sujeitos a periódicos controles de desempenho⁶⁴. Tais processos podem ser elaborados pela metodologia do ciclo de políticas públicas, em que ao encerramento de cada ciclo são dirigidos aperfeiçoamentos aos processos de organização e execução, a fim de atingir o aprimoramento ótimo a cada ciclo concluído⁶⁵.

Ao se estabelecer determinada política pública, o gestor deve fixar as metas e prioridades do objetivo a que se pretende atingir, bem como os resultados esperados na delimitação desse objetivo. Em outras palavras, o resultado de uma política pública é o próprio atingimento dessas metas e prioridades estabelecidas⁶⁶.

⁶² REN/ANEEL 223/2003, art. 10.

⁶³ REN/ANEEL 414/2010, art. 53-X, §2º.

⁶⁴ MOTTA, Fabrício; OLIVEIRA, Antônio Flávio de. **Sustentabilidade econômica e políticas públicas**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 87-113, out./dez. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1249. p. 90.

⁶⁵ MOTTA, Fabrício; OLIVEIRA, Antônio Flávio de *op. cit.* p. 92.

⁶⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM,

Apesar do inteligível raciocínio lógico dedutivo (objetivo = resultado), a prática não demonstra a simplicidade que o enunciado noticia. BARCELLOS⁶⁷ aponta a problemática do discurso retórico oriundo de propaganda política, que entabulam políticas públicas onde não se extrai nenhum objetivo concreto, mesmo que orientados pelas regras orçamentárias dos planos plurianuais. Consequentemente existem políticas públicas sem sentido que não observam critérios de planejamento adequados na busca de metas e objetivos específicos, de tal sorte que acabam sendo abonadas antes da previsão de conclusão.

VALLE⁶⁸ indica que a descontinuidade dessas ações é frequentemente creditada a limitações orçamentárias ou desvio desse mesmo orçamento na execução de outra rubrica, além do forte caráter discricionário do agente público⁶⁹.

Segundo a Autora, três elementos interrelacionados podem contribuir para a descontinuidade de políticas públicas: (i) pode ser de caráter normativo, como a lei orçamentária na perspectiva da contabilidade pública⁷⁰ não financeira, que em regra o programa de governo sujeita-se a um o horizonte temporal de validade de 04 (quatro) anos, como é o caso do plano plurianual, desprezando projetos de maior prazo; (ii) o caráter comportamental, como a falta de cultura de planejamento decorrente de uma natureza imediatista da sociedade brasileira, que valoriza a prática de decisões improvisadas a fim de trazer soluções momentâneas a contratempos urgentes, sabotando projetos em execução, ou criando novos inadequados; (iii) e o caráter político, como a falta ou mudança de interesse do gestor público na manutenção de determinada política pública antes de seu encerramento⁷¹.

Apesar dos problemas apontados, as políticas públicas estão sujeitas a controle através da tutela jurisdicional, em que, em tese, permite-se estabelecer metas, prioridades, quantidade de recursos empregados e resultados alcançados, de tal forma que pode ser instrumento para a permanência e aprimoramento de políticas públicas bem sucedidas. O Poder Judiciário pode, inclusive, adotar um papel de elemento catalizador de aprimoramento de políticas públicas⁷².

Luciano Benetti (Orgs.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P. 116/117.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.* p. 121.

⁶⁸ VALLE, Vanice Lírio do. **Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.55250.p. 115.

⁶⁹ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **As políticas públicas como concretização dos direitos sociais**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n.3, p.773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730.p. 781.

⁷⁰ Veja-se a Lei n. 4.320/64 e a Lei n. 101/00.

⁷¹ VALLE, Vanice Lírio do *op. cit.* p. 115/117.

⁷² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 180/181.

A acessibilidade ao fornecimento de energia elétrica não pode estar sujeita a tais fragilidades, pois conforme demonstrado, há dimensão de jusfundamentalidade tanto na exigência da necessária infraestrutura para garantir o acesso da eletricidade na unidade consumidora, quanto pelo bem jurídico de assistência social na entrega de energia material na forma de subsídio.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais determina que sejam criadas condições para que o cidadão possa, de fato, fruir dos bens jurídicos consagrados na Constituição, obrigando o Estado a criar instrumentos para a acessibilidade concreta de bens e serviços materiais. Esse compromisso consolida a perenidade e a continuidade da atividade estatal em relação aos direitos fundamentais prestacionais, em especial o fornecimento de energia elétrica.

Os atributos de política pública no trato da TSEE no âmbito das resoluções administrativas são uma estratégia inteligente, pois através dos procedimentos de implantação de objetivos, metas, controle e autoaprimoramento, permitem uma efetiva melhoria na qualidade de vida dos grupos assistidos pelo benefício, incrementando à administração dados, novas estratégias e procedimentos que visam a eficiência da atividade estatal.

Portanto, em resposta à proposta do título, pode-se afirmar que políticas públicas são instrumentos de aplicação fática de direitos fundamentais, sendo indispensáveis para a garantia de sua promoção⁷³, sendo a tarifa social uma tradução desse cenário. A ressalva imposta pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a impossibilidade de descon-tinuidade dessas políticas públicas.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITTENCOURT NETO, Eurico. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017. Doi: 10.7213/ver.dir.econ.soc.v8i1.17706.

BITTENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *op. cit.* p. 106.

BLANCHET, Luiz Alberto. A energia, custos e sustentabilidade no Brasil e na Europa. In BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas – Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho: Anais do Seminário de Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná**. Curitiba: Ithala, 2014, 568 p. ISBN 978-85-61868-77-2. p.478.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. As políticas públicas como concretização dos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 6, n.3, p.773-794, set./dez. 2019. DOI: 10.5380/rinc.v6i3.59730.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013.

FORNS I FERNÁNDEZ, María Victòria. Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona em Cataluña. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 3-54, set./dez. 2018. DOI: 10.7213/ver.dir.econ.soc.v9i3.24548.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 14, n. 14, Curitiba, p. 618/688, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, Unibrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2015.

MOTTA, Fabrício; OLIVEIRA, Antônio Flávio de. Sustentabilidade econômica e políticas públicas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 78, p. 87-113, out./dez. DOI: 10.21056/aec.v19i78.1249.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo** / Irene Patrícia Nohara. – 7ª. Ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. – 5. Ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

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

NOVAIS, Jorge Reis: **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

SANCHES, Luiz Antonio Ugeda: **Curso de direito da energia**: da história, tomo I / Luiz Antonio Ugeda Sanches. – São Paulo: Instituto Geodireito Editora, 2011.

SANTOS, Paulo Eduardo Steele. **Tarifas de energia elétrica**: estrutura tarifária / Paulo Eduardo Steele Santos. – Rio de Janeiro: Interciência, 2011.

SCHIER, Paulo Ricardo; Schier, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. **Revista de Direito da Administração Pública**, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.

SCHOR, Juliana Melcop. **Abertura do mercado livre de energia elétrica**: vantagens e possibilidades do retail wheeling no Brasil / Juliana Melcop Schor. – Rio de Janeiro: Synergia, 2018.

SILVA FILHO, Francisco Cláudio Oliveira; MARIANO, Cynara Monteiro. Serviço público como forma de efetivação de direitos fundamentais em comunidades em situação de vulnerabilidade social. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. -jul./set. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i77.1152

TOLMASQUIM, Maurício Tiomno. **Novo modelo do setor elétrico brasileiro** / Maurício Tiomno Tolmasquim. – 2ª. ed. – Rio de Janeiro: Synergia; EPE: Brasília, 2015.

VALLE, Vanice Lírio do. Planejamento orçamentário e políticas públicas: explorando uma alternativa de reconciliação pela indução. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 2, p. 113-134, mai./ago. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i2.55250.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ACESSO A CARGOS PÚBLICOS NÃO ELETIVOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

CYNTHIA GRUENDLING JURUENA*

RENAN GUEDES SOBREIRA**

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. O princípio da igualdade: um panorama na ordem jurídica brasileira e no acesso a cargos públicos.
3. O acesso a cargos públicos não eletivos no Brasil.
4. Conclusão: sugestões de aprimoramento do sistema.

1. INTRODUÇÃO

A igualdade se consagrou como direito já nas Revoluções Burguesas do século XIX, a fim de formalmente equiparar as proteções e direitos dos nobres à nova classe ascendente, a burguesia. A trajetória desse valor nos ordenamentos jurídicos está marcada por diversas abordagens que o têm conduzido à releitura a fim de que se consolide materialmente. Isto é, a concepção formal e legal se revela insuficiente, sendo necessário fazer da igualdade um instrumento prático nas sociedades que se pretendam democráticas.

* Docente de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), com bolsa Capes proex tipo I (até julho de 2021). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUCPR). E-mail: cjuruen@gmail.com.

** Mestre em Direito Constitucional pelo *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España* (CEPC) e *Universidad Internacional Menéndez Pelayo* (UIMP) (Madrid, Espanha). Especialista em Direito Parlamentar, *Universidad Nacional Autónoma de México* (UNAM). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná (NINC/UFPR). Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ-PR). E-mail: rguedessobreira@gmail.com.

Assim que as Constituições contemporâneas buscaram explicitar os desdobramentos efetivos da igualdade na prática constitucional cotidiana, ou seja, no atuar hodierno da Administração Pública, inclusive internamente. No caso brasileiro, estabeleceu-se a obrigatoriedade de um regime jurídico único aos servidores públicos, a equiparação de remuneração a servidores que desempenham as mesmas funções, a unificação de horários em diversas entidades públicas territorialmente difusas e, sobretudo, o acesso aos cargos públicos pela via do concurso.

A opção do constituinte brasileiro pela aplicação de provas e, nalguns casos, análise curricular daqueles que pretendem exercer profissionalmente o poder estatal em favor da sociedade apresenta, sem dúvida, complicações, mas aparentemente se trata da melhor forma de selecionar indivíduos capacitados ao melhor atendimento do interesse público.

Partindo dessa premissa, analisa-se como o princípio da igualdade se estabelece no ordenamento jurídico brasileiro, tanto constitucional como convencionalmente, para então verificar como os cargos públicos não eletivos são preenchidos na Administração Pública e, assim, concluir se a ordem igualitária está ou não sendo cumprida no Brasil, além de apresentar propostas de melhoria ao sistema. Utiliza-se o método analítico a fim de fazer revisão bibliográfica e propositiva sobre o tema.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE: UM PANORAMA NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E NO ACESSO A CARGOS PÚBLICOS

O preâmbulo do texto constitucional brasileiro, que afirma a instituição de um Estado Democrático, visa assegurar, entre outros valores, a igualdade. Embora desprovido de força normativa, o texto introdutório da Constituição da República de 1988 serve de guia interpretativo, fornecendo ao leitor instrumentos básicos de regência de todas as normas constitucionais e, por conseguinte, de todo o ordenamento jurídico.

No entanto, o constituinte foi além do mero estabelecimento da igualdade como critério interpretativo, fixou como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade que diminua desigualdades sociais e regionais e que promova o bem-estar de todos de forma equânime (art. 3º, III e IV¹). Assim, este valor deve nortear as políticas públicas, a atuação administrativa, sendo caminho e meta nacional.

Prosseguindo na consolidação dessa intenção, aprovou ao constituinte inaugurar o rol explícito de direitos e garantias fundamentais com a afirmação de que “todos são

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), forma decimonônica, portanto, clássica, de juridicizar a igualdade; e de materializá-la nos incisos do quinto artigo constitucional – igualdade de gênero (I); igualdade de dignidade (III); igualdade na possibilidade de expressão de opiniões, pensamentos, credos (VI, IX); igualdade no acesso à justiça (XXXV) e no tratamento judicial (LIII, LIV, LVII).²

Essa forma dispositiva de igualdade é manifestação da dignidade humana, sendo “uma das formas de igualdade, a primeira porque a mais básica, a que normalmente se denomina de ‘igualdade formal’”.³ Logo essa seria complementada pela igualdade substantiva, material, que reconhece que “as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas”, sendo essa “a formulação mais avançada da igualdade de direitos”.⁴

Com relação à sociedade brasileira, marcada pela exclusão de pessoas negras e de processos autoritaristas, é necessário para além de lutas políticas e iniciativas sociais, destacando-se o papel dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico. Roger Raupp Rios e Rodrigo da Silva apontam que, com relação ao direito de igualdade, a compreensão da norma “não pode se limitar às tradicionais dimensões formal (todos são iguais perante a lei) e material (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade). É preciso ter claro que o conteúdo jurídico e político da igualdade requer superar situações de subordinação, enfrentando “cidadanias de segunda classe””.⁵

Atente-se que não se trata mais da fórmula clássica de opor valores protetivos do particular em face apenas do Estado. Essas previsões se destinam, evidentemente, às relações entre os particulares e o Poder Público, que deve zelar pela observância constitucional; também afeta as situações entre particulares, pois sempre “há interesse público na regulação das relações privadas materialmente desiguais, quando uma das partes é considerada juridicamente vulnerável, o que no Estado liberal era considerado domínio exclusivo do mercado ou da vida privada”;⁶ e, por fim, deve nortear a atuação interna da Administração Pública, afinal, a Constituição é a norma de tudo e de todos.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149, p. 120.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149, p. 120-121.

⁵ RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Revista Ciência e Cultura, temas e tendências**: gênero, vol. 69, n. 2, p. 44-49, abr./jun. 2017, p. 44.

⁶ LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de

Entretanto, quando verificamos a situação de temas como ações afirmativas raciais⁷, equidade de gênero⁸ e grandes discrepâncias socioeconômicas no Brasil, conclui-se que ainda há um longo caminho a ser traçado, a fim de concretizar o princípio da igualdade disciplinado na Constituição de 1988.

Adentrando na relação entre o princípio da igualdade e o acesso a cargos públicos, o artigo que inicia o Título III da Constituição (art. 18), “Da Organização do Estado”, torna inequívoco que a organização político-administrativa da República brasileira se rege pelos termos constitucionalmente postos. Já o artigo 37 permite o acesso aos brasileiros – sem qualquer ressalva, portanto, de forma igualitária – aos cargos, empregos e funções públicas (inciso I).

Importante mencionar um exemplo de ação afirmativa racial no âmbito da Administração Pública Federal, de acesso a postos de trabalho no setor público, disposto na Lei 12.990/14. Os concursos públicos na Administração Federal, direta e indireta, terão reserva a pessoas negras de 20% das vagas oferecidas para provimento de cargos efetivos. A reserva se aplica quando o número de vagas for igual ou superior a 3 (três).⁹

A possibilidade de que qualquer brasileiro exerça o poder estatal ao ocupar um cargo ou emprego público transcende a previsão constitucional e encontra amparo em Convenções em que o Brasil é signatário. Considerando que a igualdade se trata de direito fundamental, pode-se afirmar que os instrumentos convencionais que contenham tal previsão se enquadram na norma do art. 5º, §3º da Constituição de 1988: são equivalentes a emendas constitucionais.

No sistema interamericano, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estabelece no art. 23.1.c que todos os cidadãos têm direito de aceder, “em condições gerais de igualdade, às funções públicas em seu país”.¹⁰ Assinado em 1969 e vigorando a partir

Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28, p. 20.

⁷ Há um longo caminho a se percorrer, a fim de haver equidade racial, tendo em vista que a abolição da escravidão simbolizou uma falsa igualdade e liberdade às pessoas negras, não buscando medidas de inserção na sociedade. Conforme destaca Kabengele, “a solução não está na negação das diferenças ou na erradicação da raça, mas sim na luta e numa educação que busquem a convivência igualitária das diferenças”. In: MUNANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre “raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. **REVISTA USP**, São Paulo, n. 68, p. 46-57, dez./fev. 2005-2006, p. 56.

⁸ O livro “Gênero e resistência” traz diversos artigos e trabalhos que demonstram a realidade brasileira com relação à equidade de gênero: seja na baixa representatividade de mulheres no Congresso, na desigualdade da mulher no âmbito do Mercado – enquanto trabalhadora e a desigualdade salarial, a dupla jornada da mulher, dentre outras desigualdades que atingem às mulheres. In: BERTOTTI, Bárbara Mendonça; VIANA, Ana Cristina Aguilár; JURUENA, Cynthia Gruending; KREUZ, Leticia Regina Camargo (Orgs.) **Gênero e resistência**: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres. V. II. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2019; BERTOTTI, Bárbara Mendonça; VIANA, Ana Cristina Aguilár; KREUZ, Leticia Regina Camargo; CALEFFI, Renata (Orgs.) **Gênero e resistência**: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres. V. I. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2019.

⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 269.

¹⁰ OEA. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020.

de 1972, o, assim chamado, Pacto de San José da Costa Rica foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992 pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.¹¹ O Protocolo Adicional de San Salvador, que complementa a convenção citada, estabelece no art. 7º que cabe aos Estados garantir condições equitativas de acesso e de trabalho, o que inclui a atividade laboral no setor público.

No sistema universal de proteção a Direitos Humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece no art. 21 que “toda pessoa tem o direito de acesso, em condições de igualdade, às funções públicas de seu país”,¹² o que também está regulado no art. 25.c do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966.¹³ O Brasil é um dos subscritores originários da Declaração Universal de 1948 e o Pacto de 1966 foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 592 de 6 de julho de 1992.¹⁴

Tem-se, portanto, que a República brasileira está obrigada a respeitar a igualdade no acesso aos postos da Administração Pública, sendo dever constitucional e convencional. Desse modo, a inobservância ou o menoscabar do acesso igualitário ao trabalho no Poder Público, ao exercício profissional do poder estatal, deve ser identificado e frontalmente rechaçado.

3. O ACESSO A CARGOS PÚBLICOS NÃO ELETIVOS NO BRASIL

A Constituição brasileira, visando cumprir o imperativo igualitário de acesso aos cargos e empregos públicos, estabelece no art. 37, II que a investidura “depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego”.

A distinção entre os tipos elencados é basilar no Direito Administrativo, cabendo alguns apontamentos sobre função pública, cargos públicos e empregos. Nem toda função pública implica no exercício de cargo. Os contratos por tempo determinado, previstos no art. 37, IX da CRF/88, não se constituem em cargos públicos, mas são desempenho de função pública. Os empregos públicos são o exercício de função pública com base em con-

¹¹ BRASIL. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 ago. 2020.

¹² ONU. **La Declaración Universal de Derechos Humanos**. Disponível em: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

¹³ ONU. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

¹⁴ BRASIL. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 6 ago. 2020.

trato regido pela Consolidação de Leis do Trabalho (CLT), como é o caso dos empregados de empresas públicas.¹⁵

Por cargo público, entende-se como “o conjunto de atribuições e responsabilidades cometidas a um servidor, criado por lei, em número certo, com denominação própria, remunerado pelos cofres públicos”.¹⁶ Ainda, dentro da espécie dos cargos públicos, há os cargos de provimento efetivo e os cargos de provimento em comissão. O cargo efetivo se relaciona com o pressuposto da continuidade e permanência do ocupante no cargo, enquanto o cargo em comissão possui como pressuposto o da temporariedade, havendo livre nomeação e exoneração.

De todo modo, dirimindo quaisquer dúvidas sobre a exigibilidade do concurso público, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 43 que dispõe ser “inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”¹⁷; e também reconheceu o Poder de Autotutela da Administração Pública ao editar a Súmula 17¹⁸ afirmando que “a nomeação de funcionário sem concurso pode ser desfeita antes da posse”.

O Ministro Eros Grau, do Supremo Tribunal Federal, evocou a utilidade do concurso público de modo claro ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819/MG¹⁹: “A exigência de concurso público como regra para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas confere concreção ao princípio da isonomia”; assim como o Ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.949/MG²⁰: “o concurso público pressupõe o tratamento igualitário dos candidatos, discrepando da ordem jurídico-constitucional a previsão de vantagens quanto a certos cidadãos que venham prestando serviços à administração pública”.

A fim de que os cargos sejam disputados em concurso público da forma mais igualitária possível, passou-se a franquear isenção das taxas de inscrição àqueles candidatos que não dispõem de recursos financeiros para arcar com o custo. Uma das principais

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 268.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 270.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 43**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 17**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula17/false>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819**, MG. Ministro Eros Grau (relator). Data de julgamento: 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.949**, MG. Ministro Joaquim Barbosa (relator). Data de julgamento: 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630137>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

barreiras de igualdade no Brasil é, sem dúvida, a disparidade econômico-financeira entre os cidadãos, de modo que a isenção é sobremaneira salutar no atendimento do direito fundamental de acesso igualitário aos cargos públicos.

Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177 de Santa Catarina, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal “tem reiteradamente proclamado a constitucionalidade de normas que instituem benefício em favor de grupo social desfavorecido, entendendo que ações afirmativas não violam o princípio da isonomia”.²¹

O Ministro Ricardo Lewandowski, relatando a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186²², destacou que “não contraria - ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5º da Carta da República, a possibilidade de o Estado lançar mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas” de modo pontual, permitindo “a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares”.

Toda previsão editalícia, ainda conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que estabeleça exigência específica, seja de capacidade física ou de qualificação acadêmica, “deve observar critérios idôneos e proporcionais de seleção, que guardem correlação com as atividades a serem desempenhadas pelo servidor”, como registrou o Ministro Alexandre de Moraes na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.044 do Distrito Federal.²³

A Ministra Ellen Gracie sentenciou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.689²⁴ que “a vigente ordem constitucional não mais tolera” quaisquer “formas de investidura que importem no ingresso de cargo ou emprego público sem a devida realização de concurso público de provas ou de provas e títulos”. Sem embargo, a própria Constituição estabelece no art. 37, V a possibilidade de nomeação de cidadãos para o provimento de cargos em comissão desde que os postos de trabalho se destinem “apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento”.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177**, SC. Ministro Gilmar Mendes (relator). Data de julgamento: 04 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751181465>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**, DF. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Data de julgamento: 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.044**, DF. Ministro Alexandre de Moraes (relator). Data de julgamento: 11 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750192089>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.689**, RN. Ministra Ellen Gracie (relatora). Data de julgamento: 09 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266886>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Os incisos II e V do art. 37 da Constituição da República foram modificados pela Emenda Constitucional n. 19 de 1998, sendo suas redações originais: “II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”; “V - os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”.²⁵ Atente-se que a preferência do constituinte originário é por servidores regularmente investidos por meio de concurso público.

As previsões estabelecidas pelo constituinte derivado, isto é, pelo Poder Legislativo, utilizando-se de Emenda Constitucional para eliminar a preferência originalmente posta de forma explícita, afigura-se incompatível com a Constituição de 1988, uma vez que amplia exceções ao concurso público, menoscabando o princípio da igualdade.

A inovação posta no art. 37, V²⁶ do texto constitucional que permite criar cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, ou seja, sem concurso público, destinados a atribuições de direção, chefia e assessoramento permite que os postos altamente remunerados sejam ocupados por agentes que não se submeteram ao crivo republicano do concurso; apenas os cargos técnicos, que fazem a engrenagem administrativa funcionar mas não possuem poder decisório sobre os rumos da Administração Pública, estão reservados aos servidores submetidos a concurso público.

Interessa à própria Administração Pública que os postos públicos, especialmente aqueles de comando, sejam ocupados por cidadãos e cidadãs que tiveram seus conhecimentos testados e seus títulos reconhecidos pelo Poder Público, que comprovaram de modo prévio à sociedade sua aptidão para o desempenho de uma função pública.

Se o preenchimento de cargos técnicos com servidores selecionados de forma republicana garante que o Estado não seja aparelhado ideologicamente, permitindo estabilidade aos quadros de funcionários, a ocupação dos cargos de chefia, direção e assessoramento contribuem à continuidade do projeto constitucional republicano ao invés da implantação de novo projeto de governo, portanto, transitório.

É, noutras palavras, inócuo selecionar e manter trabalhadores altamente qualificados, como o são aqueles aprovados nos concorridos concursos públicos, comprometidos com o interesse público sob o comando de agentes escolhidos arbitrariamente, com cri-

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

térios duvidosos e pouco republicanos, como o apadrinhamento ou a amizade, e que nem sempre reúnem as qualidades necessárias ao desempenho da função pública.²⁷

O Decreto n. 5.497 de 2005²⁸ estabeleceu que 75% dos cargos em comissão dos três primeiros níveis mais altos e 50% dos cargos de nível 4 da Administração Pública Federal deveriam ser ocupados por servidores de carreira, concursados. Dessa forma, o gestor público – eleito ou nomeado, como nos casos de Ministros, Secretários e outros cargos políticos – deveria encontrar seus auxiliares, assessores, dentro do quadro de pessoal do próprio órgão. A norma foi modificada em 2017 pelo Decreto n. 9.021²⁹, que passou a destinar 50% dos cargos em comissão dos quatro níveis mais altos aos servidores concursados e 60% dos níveis 5 e 6.

Conforme levantamento do Senado Federal, no final de 2016, havia no Poder Executivo Federal 18.512 cargos de livre nomeação e exoneração, estando 75,13% preenchidos por funcionários admitidos por concurso público, ou seja 4.604 sem vínculo estatutário com a Administração Pública.³⁰ Tabela do Ministério do Planejamento indica que em junho de 2020 eram 5.179 cargos em comissão em 570.141 servidores ativos, aproximadamente 0,91% do total.³¹

No Poder Judiciário federal, a Lei Federal n. 11.416 de 2006 estabelece que no mínimo 80% das funções comissionadas³² e pelo menos 50%³³ dos cargos em comissão serão

²⁷ Com relação ao controle realizado pelo Poder Judiciário no tocante à nomeação de cargo político, ver: JURUENA, Cynthia Gruending; HERMANY, Ricardo. Uma análise da súmula vinculante n. 13 na administração pública a partir da jurisprudência do TJRS: limites e possibilidades de sua aplicabilidade para a nomeação de cargo político. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos. V. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 247-268.

²⁸ BRASIL. **Decreto n. 5.947**, de 21 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

²⁹ BRASIL. **Decreto n. 9.021**, de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9021.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

³⁰ REZENDE, Renato Monteiro de. **Provedimento de Cargos em Comissão por Servidores sem Vínculo Efetivo**: o que muda com o Decreto nº 9.021, de 2017? Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol61>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

³¹ MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Painel Estatístico de Pessoal**. Disponível em: <<http://painel.pep.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

³² Art. 5º § 1º Cada órgão destinará, no mínimo, 80% (oitenta por cento) do total das funções comissionadas para serem exercidas por servidores integrantes das Carreiras dos Quadros de Pessoal do Poder Judiciário da União, podendo designar-se para as restantes servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo que não integrem essas carreiras ou que sejam titulares de empregos públicos, observados os requisitos de qualificação e de experiência previstos em regulamento. In: BRASIL. **Lei n. 11.416**, de 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11416.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

³³ Art. 5º § 7º Pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão, a que se refere o caput deste artigo, no âmbito de cada órgão do Poder Judiciário, serão destinados a servidores efetivos integrantes de seu quadro de pessoal, na forma prevista em regulamento. In: BRASIL. **Lei n. 11.416**, de 15 de dezembro de 2006.

destinados a servidores efetivos. Importa diferenciar aqui função comissionada e cargo em comissão; a primeira consiste em atribuições diferenciadas e de maior responsabilidade por parte do ocupante de um cargo de provimento efetivo, ao que corresponde o pagamento de uma gratificação pecuniária; enquanto que o cargo em comissão se consubstancia em atividade cujas atribuições são de direção, chefia e assessoramento e é de “livre nomeação e exoneração”, podendo ser nomeadas pessoas que não ocupam cargos efetivos.³⁴

O Conselho Nacional de Justiça não discrimina o número de servidores efetivos e aqueles comissionados por ramo judiciário ou unidade, mas afirma que “ao final de 2018, o Poder Judiciário possuía um total de 272.138 servidores, sendo 233.169 do quadro efetivo (85,7%), 21.840 requisitados e cedidos de outros órgãos (8%) e 17.129 comissionados sem vínculo efetivo (6,3%)”.³⁵

Visando regular o tema a nível estadual, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 88/2010, que determina no art. 2º, §2º que, “para os Estados que ainda não regulamentaram os incisos IV e V do art. 37 da Constituição Federal, pelo menos 50% (cinquenta por cento) dos cargos em comissão deverão ser destinados a servidores das carreiras judiciárias”.³⁶ Considere-se, exemplificativamente, os cinco maiores Tribunais de Justiça do país, conforme o Conselho Nacional de Justiça: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Paraná e Rio Grande do Sul.³⁷

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o maior do país, segundo dados de abril de 2020, conta com 50.882 cargos efetivos; 16.163 cargos comissionados ou funções, estando 3.664 vagos, 350 com agentes sem vínculo com a Administração, cerca de 2,17% do total, e 12.149 com servidores concursados.³⁸ Há, portanto, adequação às normativas de quantidade.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11416.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

³⁴ CARVALHO, Raquel. **Cargos em comissão e funções comissionadas: “a rodo” ou com limites?** 2019. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/09/18/cargos-em-comissao-e-funcoes-comissionadas-a-rodo-ou-com-limites/#_ftnref10>. Acesso em: 21 ago. 2020.

³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020, p. 75.

³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 88**, de 08 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/87>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

³⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020, p. 28.

³⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resolução nº 109/09 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/CanaisComunicacao/Transparencia/ResCNJ102_Default>. Acesso em: 10 ago. 2020.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conta, em abril de 2020, com 12.287 cargos efetivos, 6.102 cargos em comissão e funções de confiança, distribuídos entre 5.309 servidores concursados, 304 sem vínculo com a Administração Pública e o restante, vago. Cerca de 4,98% dos cargos em comissão estão ocupados por servidores admitidos sem concurso público,³⁹ respeitando as normas sobre o tema.

Os dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais datam de 2018 e indicam que essa Corte contava com 16.042 funcionários efetivos, 3.478 cargos em comissão, sendo 1.229 ocupados por agentes sem vínculo com a Administração Pública, ou seja, cerca de 35,34% do total. Ainda que o percentual seja alto, ainda se encontra dentro das balizas legais.⁴⁰

O mesmo não ocorre no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Segundo o Portal de Transparência dessa Corte, em 2020, conta com 6.863 cargos efetivos, 2.778 cargos comissionados, sendo 2.346 preenchidos por pessoas sem vínculo com a Administração Pública, 229 por servidores concursados em cumulação de funções e o restante, cargos vagos.⁴¹

Tem-se, portanto, que cerca de 84,45% dos cargos em comissão estão ocupados por cidadãos indicados meramente por relações de confiança, isto é, sem concurso público. A taxa supera aquela determinada pela Resolução n. 88/2010 em 34,45%. Trata-se, de fato, de distorção que deve ser remediada por iniciativa própria dessa Corte e, na inércia dessa, por imposição do Conselho Nacional de Justiça.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul contava, em julho de 2020, com 8.777 cargos efetivos, 3.277 cargos em comissão e funções gratificadas, estando 1.332 ocupados por servidores sem vínculo com a Administração Pública, isto é, cerca de 40,64%, aproximando-se do teto estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça.⁴²

No Poder Legislativo federal, o Senado conta com 3.440 cargos efetivos, estando somente 1.975 ocupados em 2020,⁴³ e 1.581 cargos e funções comissionadas, sem indicação de quem preenche esses últimos postos.⁴⁴ O Portal da Transparência da Câmara

³⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução 102-CNJ**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/resolucao-102-cnj1>>. Acesso 10 ago. 2020.

⁴⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Pessoal**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/pessoal/pessoal-importar-conteudo.htm#!>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Resolução 102/CNJ – Transparência**. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/transparencia/102CNJ.html#>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução CNJ 102/2009 – Estruturas Remuneratórias e Quadros de Pessoal**. Disponível em: <https://transparencia.tjrs.jus.br/transparencia_tjrs/2020/2020_julho_anexo_IV.php>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. **Quadro de Cargos Efetivos no Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/secrh/quadro_efetivos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. **Quadro de Funções Comissionadas no Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/secrh/quadro_funcoes.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

dos Deputados indica que há 2.767 servidores efetivos ativos, mas não há detalhamento a respeito de quantos cargos existem. Consta ainda que na Câmara baixa há 9.754 secretários parlamentares e 1.782 cargos de *natureza especial*, sem especificação do que se trata cada qual. Certo que esses últimos somam 11.536 cargos. Consta noutra página que nos gabinetes de parlamentares há 10.616 servidores, sendo apenas 3 efetivos.⁴⁵ Uma vez que há 2.767 servidores efetivos no total e 10.613 comissionados apenas em gabinetes, pode-se presumir que há grande desproporção.

Resta evidente que há órgãos do serviço público brasileiro que descumprem a obrigação constitucional e convencional de garantia do acesso igualitário aos cargos públicos. Além de ostensiva violação ao princípio de igualdade, descumpre-se também a exigência de impessoalidade no trato da coisa pública.

A Constituição da República de 1988 estabelece no *caput* do art. 37 que a impessoalidade é um dos princípios regentes do Poder Público. A doutrina anota que esse princípio “significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”;⁴⁶ o atuar administrativo, inclusive no preenchimento de cargos, não pode se contaminar com “simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas”.⁴⁷

Analisando a distribuição e redistribuição de cargos no Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal reafirmou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.938 que sempre se “deve atender aos interesses da administração pública e observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e do concurso público”.⁴⁸

Noutra oportunidade, a Suprema Corte declarou inconstitucional lei que vedada o processo seletivo para contratação de estagiários, pois desborda do “princípio explícito da impessoalidade e o princípio implícito da igualdade”, ainda que não se trate de cargo público.⁴⁹ O relator, Ministro Carlos Ayres Britto, prossegue afirmando que a República pressupõe “tratamento igualitário para indivíduos e cidadãos”, “ao contrário da Monarquia, que pressupõe súditos e regime de privilégios”.

⁴⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Busca de Funcionários**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/transparencia/recursos-humanos/funcionarios?areaDeAtuacao=GabinetesdosDeputados>>. Acesso 10 ago. 2020.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 94.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 114.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.938**, DF. Ministra Cármen Lúcia (relatora). Data de julgamento: 26 de abril de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747863698>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.795**, DF. Ministro Ayres Britto (relator). Data de julgamento: 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624193>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

Por fim, o relator aduz que “se o número de pretendentes a estágio profissionalizante é sempre maior do que a disponibilidade de vagas no setor público – ninguém põe em dúvida essa afirmativa –, nada mais racional e justo que a própria Administração opte por estabelecer critérios que signifiquem tratamento isonômico aos interessados. Sem favorecimentos ou preterições, portanto”.

Sem embargo dos posicionamentos doutrinários e do Supremo Tribunal Federal nalguns casos, já que a Corte corrobora a criação de cargos em comissão até o limite insculpido no texto constitucional, deve-se considerar que aprovou ao constituinte originário permitir ao legislador infraconstitucional o estabelecimento de percentual máximo tolerável de preenchimento de cargos em detrimento dos princípios da igualdade e da impessoalidade.

No caso do Poder Judiciário a tolerância formal é de cinquenta por cento, mas a permissividade prática extrapola essa limitação, como no caso do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apesar de a informação ser pública, inexistiu atuação efetiva do Conselho Nacional de Justiça no sentido de fazer cumprir o texto constitucional e a norma infraconstitucional nesse tema.

Formalmente os cargos em comissão se destinam a funções de direção, chefia e assessoramento. No entanto, considerando a obtusa situação do Judiciário paranaense, vê-se que nos cento e vinte Gabinetes de Desembargador há dois cargos simbologia DAS-4, cujo salário soma R\$ 9.548,43, sendo um privativo de bacharel em Direito e o outro não privativo; um cargo simbologia DAS-5, remunerado em R\$ 8.041,45, privativo de bacharel em Direito; três cargos simbologia 1-C, que percebem mensalmente R\$ 4.170,15, sendo apenas um privativo de bacharel em Direito; e um cargo simbologia 3-C, percebendo R\$ 3.925,41, não privativo de bacharel em Direito.⁵⁰

A função primordial dos integrantes do gabinete de um magistrado é de assessoria jurídica, permitindo uma análise mais célere do grande volume de trabalho, de modo que plausível a exigência de que seus integrantes sejam bacharéis em Direito. No entanto, dos sete cargos em comissão existentes, apenas três são privativos de juristas. Em termos de gasto de dinheiro público, são, no mínimo,⁵¹ R\$ 43.573,87 utilizados por mês em cargos comissionados por Gabinete de Desembargador, sendo R\$ 21.813,84 com servidores sem a qualificação esperada à tarefa desempenhada nessa unidade judiciária, cerca de 50,06% do total.

Certo que os gabinetes necessitam eventualmente de um gestor e, eventualmente, um secretário para realização das tarefas administrativas. Para tanto foi criado o cargo simbologia DAS-4 não-privativo de bacharel em Direito denominado Secretário de Desem-

⁵⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Estrutura Remuneratória**. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/transparencia/AnexoIIIb_2265_1.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

⁵¹ Afirma-se que é valor mínimo, pois todos os servidores percebem ainda o vale-alimentação e contam com reembolso dos gastos com plano de saúde.

bargador. Assim, remanescem sem justificativa legal plausível os demais cargos não-privativos em gabinetes desses magistrados e magistradas de segundo grau de jurisdição.

Destarte, os cargos em comissão aparentemente supérfluos somam gasto mensal de R\$ 12.265,71 por gabinete de Desembargador. Considerando a existência de cento e vinte gabinetes dessa natureza, a soma mensal pode chegar a R\$ 1.471.885,20, e anualmente, R\$ 17.662.622,40. Isto é, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná extrapola significativamente o número de cargos em comissão ocupados por agentes sem qualquer outro vínculo com a Administração Pública e diversos desses cargos são de adequação juridicamente questionável, implicando em vultoso dispêndio do erário.

Conforme a página da Câmara dos Deputados, nos gabinetes de Deputados, que são 513, há 9.438 cargos em comissão de Secretário Parlamentar e 861 cargos em comissão de natureza especial.⁵² Os salários variam entre R\$ 1.025,12 e R\$ 10.646,60, conforme a hierarquia do cargo, variando de cinco a vinte e cinco ocupantes por gabinete.⁵³ Somando apenas os vinte e cinco cargos de remuneração mais baixa, chega-se ao valor de R\$ 73.549,67 por mês, por gabinete; gerando o gasto total mensal de R\$ 37.730.980,71; e anual de R\$ 452.771.768,52, se todas as unidades estiverem com a lotação máxima permitida de cargos em comissão.

Afigura-se distante da plausibilidade administrativa o gasto com o pagamento de servidores nem sempre qualificados para as atividades exigidas pelo cargo – como no caso dos cargos comissionados que admitem não bacharéis em Direito em gabinetes de Desembargador –, especialmente quando este dispêndio é de elevada monta – como no caso da Câmara dos Deputados.

O serviço público deve seguir parâmetros mais rígidos de seleção de servidores a fim de demonstrar ao cidadão o melhor desempenho possível do capital financeiro e humano empregados, priorizando sempre o concurso público, pois forma de contratação que zela pela igualdade, seleciona agentes comprometidos com o interesse público, possibilita a elevação dos requisitos admissionais e garante que o gestor público de ocasião não aparelhará a máquina pública com seu séquito, violando o princípio da impessoalidade.

⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Recursos Humanos e Concursos**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/transparencia/recursos-humanos>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Mesa nº 72**, de 16 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/1997/atodamesa-72-16-setembro-1997-321031-norma-actualizada-cd-mesa.html>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

4. CONCLUSÃO: SUGESTÕES DE APRIMORAMENTO DO SISTEMA

O acesso a cargos públicos através de concurso público se pauta em um dos princípios que rege a Administração Pública, que é o da moralidade, e em importante princípio constitucional, o da igualdade – também assegurado em tratados ratificados pelo Brasil.

Visando corrigir o problema apontado, dando efetividade à obrigação constitucional e convencional de igualdade no acesso aos cargos públicos, inicialmente é necessária a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 19/1998, notadamente por retirar do art. 37, inciso V a preferência pelo servidor submetido a concurso público, como pretendia o constituinte originário.

Entende-se nesse sentido pois a previsão constitucional de acesso a cargos públicos através de concurso público se dá em virtude de assegurar o princípio da moralidade e, especialmente, da igualdade. Tendo em vista a garantia de inviolabilidade do direito à igualdade, assegurada no *caput* do artigo 5º da CRF/88, configura-se em cláusula pétreia o artigo 37, V.

Retornando-se ao texto de gênese da Constituição da República de 1988, ter-se-ia a seguinte redação do art. 37, inciso V: “os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei”. Assim, os Poderes da República, em todos os níveis federados, estariam obrigados a editar normas fixando os casos e as condições, sob pena de tornar inviável a implantação de cargos em comissão.

Considerando que o projeto constitucional é norma hodierna e futura, deve-se legislar no sentido da máxima garantia do concurso público. Destarte, sugere-se que, superado lapso temporal de cinco anos a contar da promulgação da lei reguladora, tempo suficiente a que a Administração Pública se organize, os percentuais de ocupação mínima de cargos comissionados por servidores concursados sejam aumentados paulatinamente.

Assim, exemplificativamente, no caso do Poder Judiciário em que a ocupação exigida é de, no mínimo, 50%, cinco anos após a promulgação da lei, o percentual poderia ser aumentado a 60% no primeiro ano findo o quinquênio, 70% no segundo, 80% no terceiro, 90% no quarto e, eventualmente, 100% no quinto ano após a vacância legal. Ao cabo de dez anos de vigência da norma, o Poder Público judicante estaria integralmente honrando o texto constitucional e convencional.

Evidentemente que os percentuais e os prazos de adaptação devem ser sopesados considerando cada realidade, dada a discrepância da estrutura administrativa entre os entes federados brasileiros, de modo que ninguém melhor que o gestor público mais

próximo ao caso para definir os parâmetros de crescente cumprimento da determinação constitucional e convencional.

REFERÊNCIAS

BERTOTTI, Bárbara Mendonça; VIANA, Ana Cristina Aguiar; JURUENA, Cynthia Gruending; KREUZ, Letícia Regina Camargo (Orgs.) **Gênero e resistência**: memórias do II encontro de pesquisa por/de/ sobre mulheres. V. II. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2019.

BERTOTTI, Bárbara Mendonça; VIANA, Ana Cristina Aguiar; KREUZ, Letícia Regina Camargo; CALEFFI, Renata (Orgs.) **Gênero e resistência**: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres. V. I. 1. ed. Porto Alegre: Fi, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato da Mesa nº 72**, de 16 de setembro de 1997. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/int/atomes/1997/atodamesa-72-16-setembro-1997-321031-normaatualizada-cd-mesa.html>>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Busca de Funcionários**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/transparencia/recursos-humanos/funcionarios?areaDeAtuacao=GabinetesdosDeputados>>. Acesso 10 ago. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Recursos Humanos e Concursos**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/transparencia/recursos-humanos>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 5.947**, de 21 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5497.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.021**, de 31 de março de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9021.htm>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n. 11.416**, de 15 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11416.htm>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Quadro de Cargos Efetivos no Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/secrh/quadro_efetivos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Quadro de Funções Comissionadas no Senado Federal**. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/transparencia/LAI/scrh/quadro_funcoes.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.177**, SC. Ministro Gilmar Mendes (relator). Data de julgamento: 04 de outubro de 2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751181465>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.689**, RN. Ministra Ellen Gracie (relatora). Data de julgamento: 09 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266886>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.949**, MG. Ministro Joaquim Barbosa (relator). Data de julgamento: 26 de setembro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630137>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.795**, DF. Ministro Ayres Britto (relator). Data de julgamento: 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624193>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.819**, MG. Ministro Eros Grau (relator). Data de julgamento: 24 de outubro de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=516783>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.938**, DF. Ministra Cármen Lúcia (relatora). Data de julgamento: 26 de abril de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747863698>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.044**, DF. Ministro Alexandre de Moraes (relator). Data de julgamento: 11 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750192089>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186**, DF. Ministro Ricardo Lewandowski (relator). Data de julgamento: 26 de abril de 2012. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 17**. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula17/false>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 43**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2348>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHO, Raquel. **Cargos em comissão e funções comissionadas: “a rodo” ou com limites?** 2019. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/09/18/cargos-em-comissao-e-funcoes-comissionadas-a-rodo-ou-com-limites/#_ftnref10>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 88**, de 08 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/87>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

JURUENA, Cynthia Gruending; HERMANY, Ricardo. Uma análise da súmula vinculante n. 13 na administração pública a partir da jurisprudência do TJRS: limites e possibilidades de sua aplicabilidade para a nomeação de cargo político. In: LEAL, Rogério Gesta; BITENCOURT, Caroline Müller. **Temas polêmicos da jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**: matéria de corrupção e improbidade administrativa – estudo de casos. V. II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2016, p. 247-268.

LÔBO, Paulo. A Constitucionalização do Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Direito Civil Contemporâneo**: novos problemas à luz da legalidade constitucional; anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. São Paulo: Atlas, 2008, p. 18-28.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 21. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Pessoal**. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/transparencia/pessoal/pessoal-importar-conteudo.htm#!>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Painel Estatístico de Pessoal**. Disponível em: <<http://painel.pep.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.

MUNANGA, Kabengele. Algumas considerações sobre “raça”, ação afirmativa e identidade negra no Brasil: fundamentos antropológicos. **REVISTA USP**, São Paulo, n. 68, p. 46-57, dez./fev. 2005-2006.

OEA. **Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2020.

ONU. **La Declaración Universal de Derechos Humanos**. Disponível em: <<https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

ONU. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Estrutura Remuneratória**. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/transparencia/AnexoIIB_2265_1.html>. Acesso em: 17 ago. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Resolução 102/CNJ – Transparência**. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/transparencia/102CNJ.html#>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

REZENDE, Renato Monteiro de. **Provisionamento de Cargos em Comissão por Servidores sem Vínculo Efetivo**: o que muda com o Decreto nº 9.021, de 2017? Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletim-s-legislativos/bol61>>. Acesso em: 6 ago. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Resolução 102-CNJ**. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/resolucao-102-cnj1>>. Acesso 10 ago. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Resolução CNJ 102/2009 – Estruturas Remuneratórias e Quadros de Pessoal**. Disponível em: <https://transparencia.tjrs.jus.br/transparencia_tjrs/2020/2020_julho_anexo_IV.php>. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito da antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Revista Ciência e Cultura**, temas e tendências: gênero, vol. 69, n. 2, p 44-49, abr./jun. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Resolução nº 109/09 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/CanaisComunicacao/Transparencia/ResC-NJ102_Default>. Acesso em: 10 ago. 2020.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE QUOTAS RACIAIS NO BRASIL E O DIREITO ADMINISTRATIVO INCLUSIVO

LUCIANO ELIAS REIS*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** As ações afirmativas como meios legítimos de preservação do princípio da isonomia. **3.** As políticas públicas de quotas raciais no Brasil. **4.** Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Estado tem o dever de intervir para que os objetivos fundamentais e os fundamentos da República Federativa sejam alcançados, ainda mais quando verse sobre a consecução dos direitos fundamentais. Neste cenário, a realidade brasileira sente a necessidade de uma atuação estatal na promoção, proteção e respeito mais intensa para a satisfação mínima dos inúmeros direitos fundamentais do catálogo constitucional. A igualdade substancial perseguida para que haja a concessão de igualdade de oportunidades demanda uma igualdade de partida, sob pena de a igualdade de oportunidades ser mais um fator de majoração das desigualdades já existentes na sociedade nacional. Por isso, o uso de políticas públicas de quotas raciais é serviente para arrefecer a discriminação racial existente desde os tempos de escravidão no Brasil, sendo que aqui tal segregação existe de maneira sutil e silenciosa, o que difere bastante de outros países como, por exemplo, nos Estados Unidos onde existem conflitos físicos e notáveis entre negros e brancos. Para comprovar a referida asserção basta examinar com percuciência os números de pretos e pardos ver-

* Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili – Espanha, Professor de Direito Administrativo do Centro Universitário Curitiba- UNICURITIBA; Diretor-Adjunto Acadêmico do Instituto Paranaense de Direito Administrativo, Pesquisador Líder do Grupo Compras Públicas Inovadoras (CAPES – UNICURITIBA), Professor do Instituto Romeu Felipe Bacellar, Coordenador da Especialização em Licitações e Contratos da Faculdade Polis Civitas, Autor de várias obras na área do Direito Administrativo, Sócio do escritório Reis e Lippmann Advogados Associados, luciano@rcl.adv.br

sus brancos no mercado de trabalho, tempo de estudo, riqueza, distribuição de classes, prisões, dentre outros fatores, os quais são luzentes para evidenciar uma grande cisão.

A feita de políticas públicas de quotas raciais está inserida nas ações afirmativas que representam agenda obrigatória dos Estados, inclusive do Brasil, seja pelo motivo da necessidade social ou pela imposição normativa a partir do texto constitucional, legislação infraconstitucional e compromissos firmados internacionalmente. Como em qualquer atuação, a Administração Pública precisar agir de modo eficiente. Diante deste panorama, o presente ensaio propõe analisar as políticas públicas de quotas raciais no Brasil, para confirmar se bem feita poderá servir como um instrumento concreto do Direito Administrativo Inclusivo, já que a administração pública deve vergar os seus esforços para proporcionar a igualdade material entre os cidadãos, diminuindo as desigualdades sociais e regionais.

2. AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO MEIOS LEGÍTIMOS DE PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Segundo Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas caracterizam-se como sendo o “conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado” e que possui como finalidade a “concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.”¹

De maneira similar, Paulo Lucena de Menezes designa como o “conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas.”² Existe um diálogo muito próximo entre as duas definições suscitadas, já que Joaquim Barbosa Gomes enfatiza o uso da ação afirmativa como uma discriminação posi-

¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 40. Adota-se neste trabalho a definição de políticas públicas de Maria Paula Dallari Bucci “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (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, p. 01-49, p. 39), lembrando ainda que atualmente o artigo 1º, inciso V, da Lei Federal nº 12.288/2010 conceitua políticas públicas como “as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais.”

² MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 27.

tiva justamente para contrapor-se, consoante Paulo Lucena de Menezes, às discriminações negativas ocorridas no presente ou no passado, fazendo com que tais ações tenham um caráter redistributivo e restaurador.³

Mateus Bertoncini e Felipe Abu-Jamra Corrêa enquadram as referidas ações como “políticas públicas levadas a efeito pelo Estado, por intermédio de seus órgãos, mediante ações no plano da produção legislativa, da jurisdição e da atividade administrativa”, bem como por terceiros estranhos ao Estado que também deverão executar a discriminação reversa “visando ao resgate desses grupos ou das pessoas que os integram, na perspectiva da efetivação de um tratamento isonômico, materialmente igual, na busca da implementação de direitos fundamentais e da materialização da dignidade humana e da cidadania.”⁴

As discriminações ilícitas e injustas ocorridas de maneira cruel no presente e no passado, que servem de guarida para as ações afirmativas, acontecem em razão da ocorrência de preconceito que, segundo Norberto Bobbio, é uma “opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão: ‘acriticamente’ e ‘passivamente’”, sendo que é aceita sem qualquer verificação “por inércia, respeito ou temor” e tal aceitação é tão enrobustecida que resiste a refutação racional, razão pela qual pode-se dizer corretamente que “o preconceito pertence à esfera do não racional, ao conjunto das crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer refutação fundada num raciocínio.”⁵

O preconceito é uma opinião equivocada e totalmente errada que é tida como verdadeira, mas isso não corresponde dizer que toda opinião equivocada ou errada é preconceito. Um erro normal pode ser saneado a partir do conhecimento, já no preconceito o conhecimento não faz mudar a pré-concepção. A consequência do preconceito é a discriminação, entendida esta como a diferenciação injusta ou ilegítima. Esta desigualação é feita acima de questões naturais por questões sociais, mais precisamente por desigualdades praticadas e externadas pela sociedade. Logo, pode-se asseverar que o preconceito é um

³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21. O Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento conceitua no mesmo sentido: “Conjunto de políticas públicas ou privadas, de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, idealizadas para combater a discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos da discriminação praticada no passado. Objetivam a concretização do ideal de igualdade de acesso a benefícios como a educação e o emprego” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 143).

⁴ BERTONCINI, Mateus; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas**. Curitiba: JM, 2013, p. 57.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 103.

fenômeno social, como “o produto da mentalidade de grupos formados historicamente, e precisamente como tal pode ser eliminado.”⁶ Por sua vez, como consequência da discriminação ocorre a segregação “que consiste em impedir a mistura dos diversos entre os iguais, a sua colocação num espaço separado, geralmente em zonas degradadas da cidade, a constrição a viver exclusivamente entre eles, impedindo-lhes a assimilação: o diferente deve permanecer diferente”, chegando no grau máximo à agressão e intolerância geral.⁷

Assim, seja no caso racial ou em qualquer outro caso de discriminação injusta, a exclusão não é somente econômica, mas pode ser física, cultural, social, etc.. Anthony Giddens pontua que a exclusão não se relaciona somente com gradações ou níveis de desigualdade, porém justifica-se como mecanismo serviente também para destacar, diferenciar, grupos de pessoas do fluxo social prevalecente, sendo que ambas são deveras prejudiciais porque ameaçam o espaço público e a solidariedade entre as pessoas.⁸ A discriminação não deve ser enaltecida somente pelo viés econômico, olvidando-se de elementos socioculturais, antropológicos e psicológicos, pois as ações afirmativas externam “uma necessidade temporária de correção de rumos na sociedade, um corte estrutural na forma de pensar, uma maneira de impedir que relações sociais, culturais e econômica sejam deterioradas em função da discriminação”.⁹

Tencionando o alijamento de discriminações, Gilles Lipovetsky pronuncia a imprescindibilidade de maior tolerância em matéria de sexualidade, familiar, política e de religião, bem como uma reavaliação social entre o que é repudiado e o que é permitido, uma atenuação do juízo moral sobre suicídio, vida sexual, aborto e prostituição. Para tanto, deve-se elaborar uma nova consciência, tolerante e rígida ao mesmo tempo, inclusive para repudiar questões racistas.¹⁰

Especificamente sobre o racismo que ainda acontece, Alf Ross reforça a necessidade de debate público numa democracia, representando um processo contínuo pelo qual as impressões, novos eventos e novos conhecimentos são absorvidos, questionados e transformados em opinião pública, conseqüentemente em senso moral geral e consciência jurídica do momento, sob pena de a falta de cognição propagar preconceitos. Alude que o

⁶ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 104-114.

⁷ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 125-126.

⁸ GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução Maria Luiza X. De A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 114-115.

⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 134.

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução Armando Braio. Barueri: Manole, 2005, p. 128-129.

esclarecimento é fundamental até para triunfar diante de qualquer propaganda mentirosa e os “apelos às atitudes latentes em favor da liberdade e igualdade de oportunidades para todos, que constituem uma parte central do credo norte-americano, surtem seus efeitos. Desta maneira, as concepções falsas e os preconceitos são lentamente destruídos, pois os preconceitos são atitudes condicionadas por concepções falsas”¹¹

Para Robert Wolff, o pluralismo é uma condição para que a moderna sociedade possa funcionar e a tolerância é o estado de espírito que permitirá este pleno funcionamento, por isso a tolerância é “realmente a virtude da democracia pluralista”, até porque o “pluralismo é humano, benevolente, acomodador e muito mais sensível aos males da injustiça social do que o liberalismo egoísta ou o conservantismo tradicionalista de onde nasceu.”¹² No mesmo sentido, Álvaro Ricardo de Souza Cruz delinea a “necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades.”¹³

Desse modo, imperioso perceber que as ações afirmativas têm a efetiva missão de promover a discriminação, em conformidade com o princípio da isonomia. Nem toda discriminação é ilícita e deve ser refutada pelo sistema jurídico. Joaquim Barbosa assevera hipóteses de discriminação legítima, mais precisamente em duas modalidades “a decorrente das exigências inerentes ao trabalho de executar (*business necessity*)” como é o caso da exclusiva contratação de mulher para exercer o cargo de guarda de presídio feminino e a “discriminação positiva” denominada também de ação afirmativa.¹⁴ A juridicidade que ampara tal diferenciação reside no fato de a ocorrência de um tratamento jurídico discriminatório visar ao amparo e/ou ao resgate da sociedade tolhida no seu direito fundamental de participar na vida pública e privada.¹⁵

Recorrendo ao escólio da clássica monografia sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade de Celso Antônio Bandeira de Mello, inexistente qualquer óbice de ocorrência de algum discrimen de fato, desde que o tratamento diferenciado respeite os seguintes elementos: 1º) a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto um só indivíduo; 2º)

¹¹ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 429.

¹² WOLFF, Robert Paul. Além da tolerância. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert. **Crítica da tolerância pura**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, 11-58, p. 30 e p. 57-58.

¹³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005p. 141.

¹⁴ GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

¹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito; 3º) uma correlação lógica entre os fatos diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico estatuída pela norma; e 4) correspondência entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.¹⁶ Salienta-se que a análise do controle de constitucionalidade dos tratamentos impostos aos iguais e aos desiguais, não se delimita à identificação do fator de diferenciação eleito pelo texto normativo, mas também a apreciação da correspondência entre este e as disparidades adotadas, mormente de acordo com a pertinência (finalidade) da norma e de acordo com a razoabilidade ou proporcionalidade.¹⁷

Pontes de Miranda admoesta sobre as duas funções do referido princípio:

(1) regular a feitura das leis, o direito *in fieri*, submetendo-o à exigência de ser igual para todos; (2) quanto ao direito já feito, a) servir, ou de regra de interpretação, no caso de dúvida, ou como preceito que autoriza recorrer-se à analogia, b) ser fonte de direito, em si-mesmo, preenchendo as lacunas das leis anteriores ou posteriores à sua ação, c) ser preceito de direito intertemporal e de ordem pública, d) servidor de regra de exegese ou interpretação da própria Constituição, e) ser fundamento de outros princípios (e.g., igual acesso aos cargos públicos), só ou em conjunção com outros direitos fundamentais.¹⁸

Robert Alexy também adverte que a igualdade deve estar presente não somente na igualdade na aplicação do direito, mas também na criação do direito. Isto não significa nem que o legislador tenha que incluir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que possua a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Para que o legislador possua uma vinculação substancial, deve-se interpretar a fórmula da igualdade como uma exigência direcionada ao conteúdo, “ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade.” Neste sentido, para a existência de uma ordem jurídica diferenciada propugna a igualdade valorativa de duas maneiras: a) igualdade valorativa em relação às igualdades (desigualdades) fáticas parciais e b) igualdade valorativa em relação a determinados tratamentos, os

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 41. Ainda que tenha sido adotado o critério de Celso Antônio Bandeira de Mello, analisar concretamente o princípio da isonomia não é nada fácil, conforme observa Pontes de Miranda: “Menos fácil é definir-se a igualdade, conceito lógico e matemático, do que liberdade, conceito psicossociológico, e democracia, conceito que somente aparece no grupo social.” (MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 445).

¹⁷ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 153-154.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 487.

quais deverão ser examinadas também em relação ao critério de valorização para aferir a razoabilidade da discriminação.¹⁹

Desta feita, somente no caso em que houver uma situação concreta que envolva os quatro requisitos alhures aludidos é que será legítima a realização de uma discriminação por intermédio de uma ação afirmativa.

A relevância de observar a igualdade reside no fato de legitimação de poder e contenção de possíveis atuações pelo ordenamento jurídico que repliquem mais indiscrição ilícita e injusta. Por isso, Dworkin pondera que “a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.”²⁰

Ademais, é preciso investigar qual seria a fundamentação de uma ação afirmativa para evitar que ela propague maior desigualação. Álvaro Ricardo de Souza Cruz repudia: (i) o argumento utilitarista para consubstanciar a ação afirmativa, isto porque apreciando o custo/benefício constata-se que tal concepção “abre caminho para o implemento de juízos políticos de preferência subjetiva, tanto nos discursos de justificação quanto nos discursos de aplicação de normas jurídicas”; e (ii) as teorias compensatórias para a validação, já que estas preconizam que as ações afirmativas seriam “indenizações pagas aos atuais descendentes de inúmeras gerações de vítimas do segregacionismo e da discriminação que padeceram sob todas as formas de violações de seus direitos”, inclusive alude às seguintes perguntas para demonstrar a falta de correspondência na respectiva justificativa: como indenizar alguém que não suportou o prejuízo? Como mensurar a indenização a ser paga em razão do racismo ou do preconceito milenar contra as mulheres? Por tais razões, compreende que o sustentáculo para consubstanciar as ações afirmativas seriam os princípios do pluralismo jurídico e da dignidade humana, estruturadas no paradigma do Estado Democrático de Direito:

A necessidade do reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades.

As ações afirmativas são, pois, discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida no direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitirmos acesso a cargos e empregos públicos

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-400. Para o presente trabalho não se abordará sobre o uso da arbitrariedade para a definição da igualdade nas situações concretas pelo Tribunal Constitucional Alemão como exposto pelo autor.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 1.

e privados, mandatos políticos; garantir-lhes acesso à saúde, À educação, à liberdade religiosa e de expressão compõe um substrato essencial da democracia atual.²¹

Sobre a amplitude da ação afirmativa, Paulo Lucena de Menezes explica que não se pode resumir a ação afirmativa à política de quotas, isto porque esta faz parte integrante daquela que é mais ampla. Ou seja, nem toda ação afirmativa se resume ao estabelecimento de quotas. O governo americano possui vários exemplos de ações afirmativas, distintas das quotas, como, por exemplo, a oferta de treinamentos para membros de certos grupos quando almejam arrefecer os desequilíbrios existentes.²² Jorge da Silva exemplifica algumas medidas utilizadas para as ações afirmativas nos Estados Unidos já usadas e atualmente usadas: (i) proibição de discriminação não intencional no emprego; (ii) empresas contratantes com o governo; (iii) decisões de tribunais federais; (iv) oportunidades de empregos; (v) programas educacionais apoiados pelo governo; (vi) incentivo a empresas de minorias; (vii) incentivos legais às ações voluntárias de emprego e educação.²³

Existem ainda outras associações equivocadas feitas pelas pessoas quando se trata de ação afirmativa, como as seguintes: a) abrange apenas iniciativas oficiais ou programas previstos em lei, entretanto é possível tê-la por meio de conduta individual de uma pessoa ou uma entidade em razão dos seus ideais ou por qualquer outro motivo; b) sempre depende de uma solução judicial ou de uma garantia/remédio judicial, o que também não corresponde a uma verdade, já que várias ações afirmativas acontecem a partir de atuações extrajudiciais, públicas ou privadas, que não foram judicializadas; c) sempre visa combater a uma discriminação negativa, no entanto é o meio cabível também para a promoção de uma maior diversidade social por meio da ascensão e fortalecimento de grupos sub-representados na sociedade, indiferentemente da causa; d) não é sempre um direito de minoria propriamente dito, isto porque o seu uso não tem como pressuposto o quantitativo de pessoas abarcadas ou não, mas sim o quanto elas sofrem com a desigualação. Existem ações afirmativas para as mulheres no Brasil, sendo que elas representam a maioria da nossa população, segundo dados do IBGE.²⁴

Por fim, salienta-se que as ações afirmativas possuem origem na Índia quando Mahatma Gandhi aprovou em 1935 o conhecido *Government of India Act*, conforme expli-

²¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 135-138 e p. 141.

²² MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

²³ SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994. p.185-188.

²⁴ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 32-34.

cado pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando do julgamento da ADPF 186,²⁵ ainda que alguns afirmem que a primeira aparição ocorreu nos Estados Unidos da América quando o Presidente da República John F. Kennedy, em 1961, propôs medidas visando à ampliação da igualdade de oportunidades no mercado de trabalho.²⁶

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE QUOTAS RACIAIS NO BRASIL

Como já explicado, as políticas públicas de quotas raciais, seja para ingresso em universidades ou em cargos ou empregos a partir de concursos públicos, fazem parte de ações afirmativas, todavia não representam a totalidade de tais ações. É uma das formas de implementar as políticas públicas visando ao arrefecimento da discriminação e tentando tornar mais isonômico o ponto de partida para que futuramente os vários agentes da sociedade possam atuar em iguais condições de oportunidades.²⁷ Se o Estado não prescrever processos geradores de ações de governo para que a atuação estatal imponha ou induza a sociedade ao respeito da igualdade de condições de partida, a simples condição de igualdade de oportunidades majorará as desigualdades e as discriminações, ceifando a busca de uma sociedade livre, justa e solidária.

²⁵ “Elas, em verdade, têm origem na Índia, país marcado, há séculos, por uma profunda diversidade cultural e étnico-racial, como também por uma conspícua desigualdade entre as pessoas, decorrente de uma rígida estratificação social. Com o intuito de reverter esse quadro, politicamente constrangedor e responsável pela eclosão de tensões sociais desagregadoras - e que se notabilizou pela existência de uma casta “párias” ou “intocáveis” -, proeminentes lideranças políticas indianas do século passado, entre as quais o patrono da independência do país, Mahatma Gandhi, lograram aprovar, em 1935, o conhecido Government of India Act .” (Trecho do voto sito às fls. 09-10 do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186).

²⁶ MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 27. A título complementar, insta ressaltar que: “No âmbito do direito interno norte-americano, contudo, progressos significativos somente ocorrem quando Richard Nixon assume a presidência da República em 1969, e incumbe Arthur Fletcher, que era negro e ocupava o cargo de assistente do Secretário do Trabalho George Schultz, de elaborar um projeto para tornar efetivas as previsões vertentes do Título VII do *Civil Right Act* de 1964, com a recomendação de que o mesmo deveria ser estruturado de forma a resistir aos inevitáveis questionamentos judiciais. (MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 92). Sobre o assunto, vide também SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994. p. 184 e seguintes.

²⁷ Em raciocínio similar, Daniel Hachem faz uma crítica do mínimo existencial como critério de exigibilidade dos direitos fundamentais sociais ser piso mínimo ou ser teto máximo, o mesmo raciocínio pode ser aplicado na questão racial. Não é possível que alguém com fome e sem conhecimento somente tenha a igualdade de oportunidade com um agente esclarecido e com fartos recursos financeiros. A igualdade de oportunidades demanda necessariamente uma igualdade material de partida para que se possa respeitar um mínimo de disputa igualitária e obediência ao texto constitucional. (HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, Unibrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013, p. 356 e ss).

Tal raciocínio se faz ainda mais presente quando se trata da concretização de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e concretização de direitos fundamentais. Como dito por Daniel Wunder Hachem, num “Estado Social e Democrático como o brasileiro, o desenvolvimento reclama a sua associação a uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades da sociedade.”²⁸

No mesmo prumo, Rui Cirne Lima destaca que o Estado Social, como é o caso do Brasil, possui dois objetivos, tanto no aspecto formal quanto material. O primeiro objetivo é a realização da justiça social, a qual reza favorável a todos os participantes da sociedade, a fim de que estes possam desfrutar de uma vida digna com a satisfação de suas necessidades econômicas e culturais num nível razoável e apropriado. O segundo objetivo é a eficiência da ação, o que significa que “a eficácia das medidas a serem tomadas para a realização do primeiro objetivo, no que concerne ao tempo, à sua abrangência e ao seu conteúdo.”²⁹

A realidade da sociedade brasileira é diferente da americana indubitavelmente, contudo apesar de não existir uma segregação tão severa a partir de conflitos e decisões históricas como aconteceu na Suprema Corte Americana, no Brasil há uma clara discriminação em virtude da cor (raça)³⁰ negra. Não há um discurso de ódio explícito ou tensões sociais como aconteceu e permanece acontecendo nos Estados Unidos da América,³¹ mas

²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 389.

²⁹ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

³⁰ “Compreende-se, assim, a raça como uma categoria socialmente construída ao longo da história, a partir de um ou mais signos ou traços culturalmente destacados entre as características dos indivíduos: uma representação simbólica de identidades produzidas desde referentes físicos e culturais.” (PETRUCELLI, José Luis. Raça, Identidade, Identificação: Abordagem histórica conceitual. In: PETRUCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia (Org.) *Características Étnico-Raciais da população: classificações e identidades*. Rio de Janeiro: IBGE, 2013). Por isso, será utilizado no presente ensaio sempre a referência à cor “preta ou parda” ou “negra”, além de encontrar respaldo na Lei nº 12.288/2010 que entende “população negra: o conjunto de pessoas que se autodeclararam pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.”

³¹ Vide notícias do recente caso “George Floyd”, assim como de outros casos retratados em anos anteriores sobre excessos de policiais contra cidadãos americanos negros, o que tem desestabilizado qualquer horizontalidade de tratamento entre “negros” e brancos. Sobre o assunto, explicitam-se as seguintes reportagens: (i) “caso George Floyd: 11 mortes que provocaram protestos contra a brutalidade policial nos EUA”, conforme notificado na BBC, disponível no site <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-52832621>; (ii) “Violência policial atinge dois terços dos jovens negros dos Estados Unidos” segundo Folha de São Paulo veiculada no dia 04 de agosto de 2016, disponível no endereço do site <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2016/08/1798949-violencia-policial-atinge-dois-tercos-dos-jovens-negros-dos-estados-unidos.shtml>; (iii) “Morte de dois negros por policiais provoca indignação nos EUA” segundo Portal O Globo veiculada no dia 07 de julho de 2016, disponível no endereço do site <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/morte-de-dois-negros-por-policiais-provoca-indignacao-nos-eua.html>; e (iv) Violência de negros contra brancos nos EUA é mais de 25 vezes maior que o inverso, mas jornais escondem dados, segundo Revista Veja veiculada no dia

o racismo está implícito tanto nas divisões regionais do grande território nacional quanto nos números sociais (escolaridade, renda, tempo de vida, etc.). O racismo é uma estrutura de dominação calcada no pressuposto ideológico de que existe uma hierarquia entre as raças, entretanto no Brasil liga-se às características fenotípicas (como cor de pele e textura do cabelo), o que pode ser chamado de racismo de marca, e não de origem (como é nos Estados Unidos).³² No Brasil, o “racismo brasileiro externa uma gradação, atingindo mais as pessoas com um fenótipo mais próximo da ancestralidade africana e matizando as discriminações conforme a aparência se aproxime do fenótipo branco.”³³

Para explicar a discriminação concedida aos negros e pardos no Brasil, é curial recorrer à história. Quando da abolição da escravatura, em 1888, esta se deu muito mais como uma medida de caráter político do que econômico, isto porque, segundo Celso Furtado “a escravidão tinha mais importância como base de um sistema regional de poder que como forma de organização da produção. Abolido o trabalho escravo, praticamente em nenhuma parte houve modificações de real significação na forma de organização da produção e mesmo na distribuição da renda.”³⁴ Ainda que libertados da escravidão, os negros permaneceram numa relação de subserviência econômica e social.

Conforme crítica de Jorge da Silva, para as elites dominantes no Brasil, inexistia qualquer problema racial desde 1888, momento da abolição da escravatura, até porque “se os negros não progrediram, a culpa é exclusivamente deles”. É óbvio que é um ledro engano este raciocínio. Para tanto, faz uma série de comparações e justificações para entoar que examinando os dias de hoje com os da época da abolição não se constata qualquer diferenciação significativa de tratamento, “o que parece ter aumentado foi a sua frustração, e há que lutar para que esta não se transforme em ódio, o que não se conseguirá negando o problema, ou impondo, repressivamente, a manutenção do ‘status quo’”. Para afastar esta

26 de novembro de 2014, disponível no endereço do site <http://veja.abril.com.br/blog/felipe-moura-brasil/cultura/violencia-de-negros-contra-brancos-nos-eua-e-mais-de-25-vezes-maior-que-o-inverso-mas-jornais-escondem-dados/>.

³² PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 13.

³³ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 13. Sobre a difusão do racismo e preconceito no Brasil, vide: SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994. p. 50-59 e sobre a associação dos mitos e das verdades do racismo no Brasil; PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 19 e seguintes; MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em Universidades Públicas. In: DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de L.; SILVA, Paulo Vinicius B da (Orgs.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57-74, p. 58-60; DUARTE, Evandro Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. **Revista A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, v. 07, n. 27, jan/mar. 2007, p. 61-107, p. 77-85.

³⁴ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 204-205.

situação, o autor propõe que o Direito auxilie de maneira direta e incisiva, não se cingindo tão somente à legislação penal e nem a legislação “para inglês ver.”³⁵ Na mesma linha, Evandro Piza Duarte recorda que “a causa dos fenômenos raciais não é a aparência, mas o sistema de valores construído sobre as características físicas e suas consequências sociais na distribuição de bens.”³⁶

Para justificar e transluzir de maneira cabal tais discriminações ocasionadas pela cor no Brasil, recorre-se aos números e dados provenientes de diversas pesquisas em variados momentos temporais que serão tratados do antigo ao mais recente.³⁷

Segundo recenseamento feito em 1872, ficou contabilizado no Brasil 3.854.000 brancos. 4.862.000 multados ou mestiços (incluídos os mestiços de índios) e 1.996.000 negros, o que demonstra que os brancos seriam minoria frente aos mulatos e negros.³⁸

Em 1999, aproximadamente 92% dos brancos com mais de quinze anos eram alfabetizados, enquanto o número de afrodescendentes era de 80%. A taxa de analfabetismo entre os negros é superior ao dobro em comparação aos brancos. A expectativa de vida do branco é de 71 anos, enquanto o negro 65 anos. A renda dos brancos era de 3 salários mínimos, negros 1,3 salários mínimos. Ainda sobre os dados, no âmbito acadêmico, segundo pesquisa feita na PUC Minas Gerais, de 2976 professores contratados só 26 eram negros. Na UNB, dos 1450 professores só 14 negros e na USP dos 502 professores da área de humanas somente um era negro.³⁹

³⁵ SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994. p. 49.

³⁶ DUARTE, Evandro Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. **Revista A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, v. 07, n. 27, jan/mar. 2007, p. 61-107, p. 94.

³⁷ Outras pesquisas e dados podem ser extraídos da Nota Técnica realizada pelo IPEA para corroborar com a imperiosidade de um tratamento diferenciado aos afrodescendentes no Brasil (SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota técnica n. 17: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei nº 6.738/2013**. Brasília: IPEA, 2014, p. 04 e seguintes) e da publicação efetuada a partir do Festival da Mulher Afro-latino-americana e Caribenha (FERNANDES, Jaqueline; BALDUINO, Paula; FARIA, Sabrina. **Festival da Mulher Afro-latino-americana e Caribenha**. Brasília: IPEA, 2011).

³⁸ SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994. p. 69.

³⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005p. 109-110. A título complementar, existe o estudo sobre o impacto do programa de inclusão social na USP que também correlaciona os negros (MATOS, Maurício dos Santos, et. al. O impacto do programa de inclusão social da Universidade de São Paulo no acesso de estudantes de escola pública ao ensino superior público gratuito. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, v. 93, n. 235, set./dez., 2012, p. 720-742, p. 737-740) e a análise sobre a política de cotas raciais na Universidade de Brasília (MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os ‘olhos da sociedade’ e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília. **Revista Horizontes Antropológicos**, v. 11, n. 23, Poro Alegre, jan./jun. 2005, p. 181-214.

Em conformidade com o Relatório, a partir do Censo Demográfico de 2000 do IBGE, 7% dos desembargadores e juizes federais declararam-se como negros e pardos, sendo que deste percentual somente 7% declarou-se negro. No que se refere aos promotores, defensores públicos e cargos similares do Ministério Público e da Defensoria este quantitativo é de 12% dos ocupantes desse grupo de cargos. Entre os desembargadores e juizes estaduais, a cifra é de 16%. Dentre os servidores federais e estaduais da justiça, respectivamente, os percentuais eram de 22% e 25%. Um dado preocupante de 2003 é que entre os servidores públicos com “20 a 29 anos de carreira no serviço público, que ingressaram entre 1974 e 1983, a proporção de negros era de 39% e, entre aqueles com 10 a 19 anos, de 37%. Já no grupo de servidores com menos de 1 ano a 9 anos, ou seja, que entraram entre 1994 a 2003, a proporção de negros cai para 28%”, sendo que a justificativa para tal minoração era o aumento de exigência de escolaridade nos concursos públicos a partir da década de 1990.⁴⁰

Os dados do Sistema de Informação sobre Mortalidade (Ministério da Saúde) e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) mostram que, em 2001, a taxa de homicídios dos homens de 20 a 24 anos era, mesmo para brancos, escandalosa: 102,3 por 100 mil habitantes. Para os jovens negros, porém, a taxa era duas vezes maior: 218,5 a cada 100 mil deles foram vítimas de assassinato, um risco equivalente ao de morar em países em guerra civil. A maior parte dos jovens negros assassinados viviam em favelas, bairros periféricos e subúrbios das grandes cidades, o que demonstra uma associação entre a cor e a renda.⁴¹

Consoante o Relatório de Desenvolvimento Humano editado em 2005 pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Brasil, nas duas últimas décadas do século 20: (i) a renda per capita dos negros representou apenas 40% da dos brancos; (ii) os brancos em 1980 possuíam uma renda per capita 110% maior que a dos negros de 2000; (iii) o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDH-M) da população branca em 2000 era melhor que o da Croácia, e o da população negra, pior que o do Paraguai; (iv) as áreas com altos números de violência e com ausência ou ineficiência da presença do Estado (infraestrutura comercial, isolamento territorial e serviços públicos) têm uma grande presença de negros e pardos.⁴²

Ao passo dos dados extraídos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística na “Síntese de Indicadores Sociais”, constatou-se que: (i) em 2014, mais da metade (53,6%)

⁴⁰ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 48-49.

⁴¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 12.

⁴² PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 14-15.

das pessoas se declaravam como de cor ou raça preta ou parda, enquanto as que se declaravam como brancas foi 45,5%, já em 2004, o cenário era diferente, pouco mais da metade se declarava como branca (51,2%), enquanto a proporção de pretos ou pardos era 48,2%; (ii) no mesmo período, houve estabilidade na proporção de pessoas pretas ou pardas nas Regiões Norte (76,3%, em 2014), Nordeste (72,5%) e Centro-Oeste (59,2%), enquanto nas Regiões Sudeste (46,0%) e Sul (23,2%) o aumento na década foi mais expressivo; (iii) em Santa Catarina (15,7%), Rio Grande do Sul (19,7%), Paraná (31,2%) e São Paulo (37,3%) a proporção de pretos ou pardos foi mais baixa, em 2014, e as únicas Unidades da Federação em que pessoas que se declararam como brancas eram maioria; (iv) a participação de pretos ou pardos na população foi bastante expressiva no Maranhão (80,6%), Bahia (79,3%), Pará (78,6%) e Tocantins (77,6%), em 2014.

Além disso, fazendo a conferência de acordo com a educação, em 2014, entre os estudantes da faixa etária de 18 a 24 anos, 58,5% frequentavam o ensino superior, enquanto, em 2004, somente 32,9% desses estudantes estavam no nível de ensino recomendado para a sua faixa etária. Contudo, a adequação da idade em relação ao curso frequentado ainda é bastante desigual dependendo da região de moradia do estudante. Enquanto a proporção de estudantes de 18 a 24 anos que frequentavam o ensino superior ficava acima da média nacional nas Regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste, apenas 40,2% e 45,5% dos jovens estudantes das Regiões Norte e Nordeste, respectivamente, cursavam esse nível em 2014. Em complemento, do total de estudantes pretos ou pardos dessa faixa etária, 45,5% cursavam o ensino superior em 2014, contra 16,7% em 2004, o que já representa um avanço.

No que se refere à empregabilidade, em 2004, o percentual de brancos em trabalhos informais era 47,0%, enquanto entre os pretos ou pardos o percentual era 62,7%. Em 2014, esses percentuais reduziram em 11,7 e 14,3 pontos percentuais, respectivamente; mas revela que parcela expressiva da população preta ou parda ainda está em trabalhos informais (48,4%).⁴³

Mais recentemente, a “Síntese de Indicadores Sociais” de 2019 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística reafirmou que em 2018: (i) a ocupação de pretos e pardos em postos de trabalhos está no percentual de 53,7% ante os brancos (45,2%), porém sempre em atividades econômicas de menor remuneração e de serviços mais braças como atividades agropecuárias, construção e serviços domésticos; (ii) os brancos continuam ganhando em média 73,9% mais do que pretos e pardos; (iii) os pretos e pardos continuam em percentual superior no quesito de ocupações informais e trabalho sem carteira de trabalho assinada; (iv) rendimento médio de R\$ 934,00 ante os R\$ 1846,00 para brancos; (v)

⁴³ IBGE. **Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2014.** Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

os pretos e pardos têm maior restrição de acesso à internet, saneamento básico, educação, condições de moradia e à proteção social e; (vi) jovens pretos ou pardos têm metade do percentual calculado para brancos em relação à frequência ao ensino superior.⁴⁴

Em estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça e após censo elaborado nos Tribunais para todos os servidores e magistrados brasileiros por meio de questionário eletrônico, (16.812 juízes e mais de 285 mil servidores), houve a resposta de 64% dos magistrados e 60% dos servidores de todos os 94 tribunais e conselhos. A conclusão foi de que a magistratura é composta de: (i) majoritariamente homens brancos com idade média de 45 anos, casados com pessoa de outro sexo e com filhos; (ii) 36% da magistratura são mulheres, sendo que a Justiça do Trabalho é representada pelo percentual de 47%; (iii) 91 juízes deficientes, apenas 36 ingressaram nas vagas de deficientes; (iv) 14% declaram-se pardos; (v) 1,4% pretos; e (vi) 0,1% indígenas. Nos últimos dois anos, o percentual de pretos e pardos aumentou de 15 para 19% e há diferença entre os Estados. Depois de constatar tais números, o CNJ aprovou o voto do parecer em sessão e fixou um percentual fixo (20%) para os concursos vindouros e estabeleceu que depois de cinco anos nova pesquisa seria feita para averiguar a continuidade ou não, bem como em que medida continuará tal política pública.⁴⁵

Como se verificam pelos números colacionados, a dimensão política da desigualdade racial está ligada à exclusão da população negra (pretos e pardos) da educação e do trabalho, o que repercute também a sua ausência nos espaços públicos de poder para decisões políticas e constatação de sua subrepresentação nos três poderes da República.⁴⁶ Por isso, as políticas de reparação são imprescindíveis na realidade brasileira, já que existem motivos verdadeiros, existentes e facilmente perceptíveis quando da análise das estatísticas socioeconômicas. Nesta linha faz-se necessário que o Estado use e abuse de políticas públicas.⁴⁷ Em tais situações, as políticas serão redistributivas, porque “atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros”⁴⁸, sendo que “o objetivo é o desvio e o

⁴⁴ IBGE. **Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

⁴⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cotas raciais para concurso de ingresso na magistratura. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 363-375, set./dez. 2015, p. 365-366.

⁴⁶ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 46.

⁴⁷ Aproveitando das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello quando trata de discricionariedade administrativa, que é plenamente aproveitável para a questão das quotas raciais, impende registrar que “o plexo de circunstâncias fáticas” compõem balizas suplementares à discricção que está prevista na norma. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 36). Neste raciocínio, as circunstâncias fáticas autorizam e recomendam ações afirmativas no Brasil.

⁴⁸ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 28.

deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade.”⁴⁹ Ecoando na mesma diretriz, Evandro Piza Duarte informa que são redistributivas “porque impedem a acumulação diferenciada de vantagens por aqueles que, independente de seu assentimento, são beneficiados pela existência de uma desvalorização dos indivíduos de aparência negra”⁵⁰

De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano, duas formas de políticas públicas precisam ser efetivadas: “(as) universais, que são aplicadas sem distinção ou privilégio para o grupo beneficiário”, e (as) focalizadas, que têm como objetivo incluir os mais diversos grupos que compõem a sociedade brasileira.” Para o Relatório, o Estado deverá focar não somente políticas universalistas, mas atuar de maneira mais sistêmica e abrangente para que o norte seja o desenvolvimento humano da população negra e dos demais excluídos com políticas de longo alcance e estruturantes, como a macroeconômica, a fiscal e a reforma do sistema político, sob pena de as “políticas de ajuste fiscal e de expansão econômica sem crescimento proporcional do emprego tendam a minimizar o impacto positivo das medidas de ação afirmativa”. Para tanto, precisa haver a assimilação oficial pelo Estado e pela sociedade em geral das diferentes identidades o que deve acontecer por meio de uma política de diversidade cultural o que per si ensejará uma verdadeira democracia multicultural.⁵¹

Jorge da Silva propõe que as ações afirmativas raciais (ou auto-afirmativas)⁵² sejam efetivadas com base nos seguintes eixos: (i) programa legislação civil antidiscriminatória para ampliar os números de representação de afro-brasileiros na educação média e superior e nos diferentes níveis da força de trabalho, qualitativa e quantitativamente; (ii) programa empresas contratantes com o poder público sejam impulsionadas a promover o aproveitamento de negros em suas ocupações funcionais e laborais; (iii) programa educacional visando à tutela dos negros e pardos na esfera educacional, fazendo com que estejam presentes nas escolas e no ensino superior; e (iv) programa de identidade cultural em que seja valorizada a cultura brasileira, a qual não se resume tão somente aos afro-

⁴⁹ FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun./2000, p. 211-259, p. 224.

⁵⁰ DUARTE, Evandro Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. **Revista A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, v. 07, n. 27, jan./mar. 2007, p. 61-107, p. 96.

⁵¹ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 15- 16.

⁵² Denomina ação auto-afirmativa como o “conjunto de atitudes de auto-estima adotadas pelos próprios negros para a sua emancipação social, resultado do empenho de cada um para desenvolver as potencialidades individuais.” (SILVA, Jorge da. **Direitos Cívicos e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994, p. 212)

-brasileiros, mas estes fazem parte de uma identidade cultural nacional, o que pode ser propiciado pelo ensino da história, da geografia e da cultura brasileira.⁵³

Desta feita, constata-se que existem variados instrumentos passíveis de serem aplicados para efetivar uma política pública favorável aos negros. Quanto ao respaldo do sistema jurídico, no Brasil, a Constituição da República Federativa alberga tal pretensão de conceder um tratamento diferenciado para os pretos e pardos, já que o artigo 3º prevê como objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação (IV); o artigo 4º preceitua que as relações internacionais do Brasil reger-se-ão pelo repúdio ao terrorismo e ao racismo (VIII); e o artigo 5º preconiza que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (caput), e configura a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível (XLII).⁵⁴

A Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010, instituiu o Estatuto da Igualdade Racial destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica, entendendo para os fins da lei que: (i) discriminação racial ou étnico-racial é toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer

⁵³ SILVA, Jorge da. **Direitos Cívicos e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994, p. 199-212.

⁵⁴ “Até a década de 1980 somente quatro medidas haviam sido tomadas contra a discriminação racial: promulgação da Lei Afonso Arinos, em 1951; retificação da Convenção sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho), em 1965; da Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em 1968; e da Convenção contra a Discriminação na Educação (Unesco), em 1968. A partir da revisão da Lei Afonso Arinos, em 1985, e do advento da Constituição de 1988, começam a surgir no horizonte indícios de mudanças. Foram instituídas algumas leis que buscaram tipificar o crime de racismo, para que os atos de discriminação racial pudessem ser punidos. De 1950 a 2002 tramitaram 117 proposições relacionadas ao racismo e às desigualdades raciais na Câmara dos Deputados, 105 delas após a década de 1980. No entanto, a despeito do aumento das leis e da adoção de medidas de punição ao racismo, as normas não têm sido cumpridas. Além disso, em termos relativos, as condições socioeconômicas dos negros permanecem invariáveis” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005, p. 50) Segundo Evandro Piza Duarte, a partir de uma leitura sistemática da Constituição, conclui-se que o tratamento da “socio-bio-diversidade” no grupo semântico da palavra raça ampara-se em três grandes grupos: (a) princípio da não-discriminação que consiste no repúdio das teorias de supremacia racial; (ii) princípio do pluralismo/diversidade que consiste na defesa da diversidade como realização da dignidade humana e condição para construção da identidade nacional; (iii) princípio do combate à desigualdade que consiste na obrigação de combate às desigualdades reais que se estabelecem historicamente entre os diversos grupos raciais.” (DUARTE, Evandro Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. **Revista A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, v. 07, n. 27, jan/mar. 2007, p. 61-107, p. 103-104).

outro campo da vida pública ou privada; (ii) desigualdade racial é toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica; (iii) desigualdade de gênero e raça é a assimetria existente no âmbito da sociedade que acentua a distância social entre mulheres negras e os demais segmentos sociais; e (iv) população negra é o conjunto de pessoas que se autodeclaram pretas e pardas, conforme o quesito cor ou raça usado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), ou que adotam autodefinição análoga.⁵⁵

As políticas públicas para a inserção da população negra e sua proteção estão contidas também no Programa Nacional de Direitos Humanos convencionado por meio do Decreto Federal 7.037/2007 que designou dentre outros sobre o assunto: (i) diretriz 7: Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena e tem como objetivo estratégico V o acesso à educação de qualidade e garantia de permanência na escola via fomento das ações afirmativas para o ingresso das populações negra, indígena e de baixa renda no ensino superior; (ii) diretriz 9: Combate às desigualdades estruturais e tem como objeto estratégico I a igualdade e proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância com as seguintes ações programáticas: a) apoiar, junto ao Poder Legislativo, a aprovação do Estatuto da Igualdade Racial; b) promover ações articuladas entre as políticas de educação, cultura, saúde e de geração de emprego e renda, visando incidir diretamente na qualidade de vida da população negra e no combate à violência racial; c) elaborar programas de combate ao racismo institucional e estrutural, implementando normas administrativas e legislação nacional e internacional; d) realizar levantamento de informações para produção de relatórios periódicos de acompanhamento das políticas contra a discriminação racial, contendo, entre outras, informações sobre inclusão no sistema de ensino (básico e superior), inclusão no mercado de trabalho, assistência integrada à saúde, número de violações registradas e apuradas, recorrências de violações, e dados populacionais e de renda; e) analisar periodicamente os indicadores que apontam desigualdades visando à formulação e implementação de políticas públicas afirmativas que valorizem a promoção da igualdade racial (...); h) fomentar programas de valorização do patrimônio cultural das populações negras e i) assegurar o resgate da memória das populações negras, mediante a publicação da história de resistência e resgate de tradições das populações das diásporas; (iii) diretriz 10: Garantia da igualdade na diversidade com objetivo estratégico I que visa à afirmação da diversidade para construção de uma sociedade igualitária por meio da ação programática de realização de campanhas e ações educativas para desconstrução de estereótipos relacionados com diferenças étnico-raciais, etárias, de

⁵⁵ Esta Lei é regulamentada pelo Decreto Federal nº 8.136/2013.

identidade e orientação sexual, de pessoas com deficiência, ou segmentos profissionais socialmente discriminados.

Além disso, a Agenda 2030 com os 17 Objetivos de Desenvolvimento Nacional Sustentável, que o Brasil é signatário, estabelece no seu Objetivo 10 a Redução das desigualdades dentro dos países e entre eles com as seguintes diretrizes: até 2030, progressivamente alcançar, e manter de forma sustentável, o crescimento do rendimento dos 40% da população mais pobre a um ritmo maior do que o da média nacional; até 2030, empoderar e promover a inclusão social, econômica e política de todos, independentemente da idade, gênero, deficiência, raça, etnia, origem, religião, condição econômica ou outra; garantir a igualdade de oportunidades e reduzir as desigualdades de resultados, inclusive através da eliminação de leis, políticas e práticas discriminatórias e da promoção de legislação, políticas e ações adequadas a este respeito; e adotar políticas, especialmente ao nível fiscal, salarial e de proteção social, e alcançar progressivamente uma maior igualdade.

Por conseguinte, percebe-se que inexistente qualquer óbice sob o viés do princípio da isonomia para que sejam elaboradas e implementadas tais políticas públicas em favor dos afrodescendentes. A igualdade civil buscada é uma consequência da democraticidade da vida social, não se pretende igualizar os homens, mas sim garantir a todos as mesmas oportunidades sem discriminação, nem que seja indispensável alçar alguns para que seja obtido o mesmo patamar de origem de disputa para que posteriormente tenham igualdade de oportunidades.⁵⁶ O que se clama é a igualdade material e não a mera igualdade formal. Robert Alexy enuncia que não é possível compreender o direito à igualdade tão somente no seu status negativo, mas sim deve ser atribuído um feixe de direitos subjetivos com as estruturas mais variadas.⁵⁷ Marcos Maliska alerta que não basta a resolução de uma prova para dizer que é critério suficiente e satisfatório para dizer que “estão todos sob as mesmas condições”, até porque precisa ser superada a visão formalista do Direito.⁵⁸ De nada adianta normatizar a igualdade perante a lei se não permitir que efetivamente se iguale as condições de todos os cidadãos. Segundo Pontes de Miranda, para que se declare a igualdade é preciso um duplo trabalho: um, negativo, para destruir julgamentos de valor que estatuem a desigualdade; outro, positivo, para substituir tais julgamentos de valor por outros julgamentos mais próximo dos ‘fatos’ que assegurem a igualdade. Por isso, enaltece a quebra de preconceito ocorrido pelo fato de “a pessoa pensa(r) que ‘o negro não é ho-

⁵⁶ COSTA, Célio Silva. **A Interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, p. 121.

⁵⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 432.

⁵⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em Universidades Públicas. In: DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de L.; SILVA, Paulo Vinicius B da (Orgs.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57-74, p. 67.

mem', em vez de ouvir a ciência, ou a sua consciência, deduziu-o de algum princípio falso que se colocou à base do seu próprio raciocínio."⁵⁹

Para Dworkin, a ação afirmativa racial tem um preço, tanto para os brancos melindrados e decepcionados, quanto para os negros ofendidos com a desconfiança de sua capacidade, que deve ser arcado pela sociedade e pelo Estado. Descreve que o preço moral e prático de proibi-la seria muito alto, razão pela qual, apesar de existirem várias críticas, argumenta que faz mais bem do que mal, conforme sério estudo de River sobre a ação afirmativa universitária.⁶⁰ Com tais ações, poder-se-á combater o preconceito racial por meio da educação orientada por valores universais, o que propalará a proximidade com a democracia, já que

(...) democracia e racismo são incompatíveis, ao menos por duas razões: a democracia, diferentemente dos governos autocráticos, inspira-se em princípios universais, como a liberdade, a justiça, o respeito pelo outro, a tolerância, a não-violência. (...) Em segundo lugar, a democracia é inclusiva, na medida em que tende a incluir na própria área os 'outros' que estão fora, para estender também a eles os próprios benefícios, dos quais o primeiro é o respeito a todas as fés.⁶¹

Além disso, não se pode esquecer que a garantia de acesso à educação e o trabalho a fim de almejar a igualdade material é concretização de direitos fundamentais por meio de ações e políticas públicas. Segundo Daniel Wunder Hachem, a principal consequência jurídica da eficácia decorrente dos direitos fundamentais é impor ao Poder Público o dever das prescrições jurídicas serem interpretadas pelo operador do Direito em conformidade com a dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social.⁶² Nesta diretriz, a educação e o trabalho, sendo direitos sociais assegurados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devem ser proporcionados a todos de maneira

⁵⁹ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 448.

⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 579. O Relatório de River mencionado por Dworkin em sua obra é o primeiro exame abrangente e estatístico sobre as consequências reais dos trinta anos de ação afirmativa nas universidades dos Estados Unidos, sendo que o "The Shape of the River" (A forma do rio) foi desenvolvido por William G. Bowen (ex-Reitor da Universidade de Princeton) e Derek Bok (Ex-Reitor de Harvard) e analisaram uma grande base de dados de históricos escolares, o qual contém informações de mais de oitenta mil americanos graduados que se matricularam em vinte e oito faculdade e universidades seletas em 1951, 1976 e 1989. Sobre o assunto, vide DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 546 e seguintes.

⁶¹ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 130-131.

⁶² HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013, p. 621-622 e 642.

universal, inclusive devendo o Estado proporcionar, proteger e respeitar de acordo com as características e capacidades de cada um em virtude das distinções entre as pessoas e suas capacidades. Segundo Jorge Novais é a diferença para a equidade “exigida pelo próprio respeito do princípio da igual dignidade de todos em Estado Social de Direito que explica a forma como o tema da igualdade e da universalidade repercute identicamente tanto nos direitos de liberdade como nos direitos sociais.”⁶³

Especificamente sobre a constitucionalidade das políticas públicas favoráveis à afrodescendentes no ingresso perante as universidades, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou favoravelmente por meio do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186, no qual destacou, em rápida suma, que: (i) o Estado quando lança mão seja de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminados de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares prestigia o princípio da igualdade material estampado no caput do art. 5º da Carta da República; (ii) o modelo constitucional brasileiro incorporou diversos mecanismos institucionais para corrigir as distorções resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade; (iii) o Supremo tem vários precedentes favoráveis à constitucionalidade das políticas de ação afirmativa; (iv) tais medidas no âmbito universitário e diante do quadro histórico de desigualdade não podem ser examinadas apenas sob a ótica de sua compatibilidade com determinados preceitos constitucionais, isoladamente considerados, ou a partir da eventual vantagem de certos critérios sobre outros, devendo, ao revés, ser analisadas à luz do arcabouço principiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado brasileiro; (v) a metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição; (vi) justiça social é mais do que simplesmente redistribuir riquezas criadas pelo esforço coletivo, significa distinguir, reconhecer e incorporar à sociedade mais ampla valores culturais diversificados, muitas vezes considerados inferiores àqueles reputados dominantes; e (vii) “... as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reversa apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é

⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 50.

escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.”⁶⁴

Na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41/DF, a Corte reiterou a proteção para políticas afirmativas, em especial quando analisou favoravelmente a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014 que trata da reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Em sucinta explicação para este ensaio, o julgado preceituou que: (i) a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa obedece à isonomia, uma vez que “se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente”; (ii) a reserva de vagas não afronta o princípio da eficiência no concurso público, isto porque a cota não afasta o dever de o preto ou pardo fazerem o concurso, serem avaliados tecnicamente, terem que obter uma nota mínima e ressaltou ainda que “a incorporação do fator ‘raça’ como critério de seleção, ao invés de afetar o princípio da eficiência, contribui para sua realização em maior extensão, criando uma ‘burocracia representativa’, capaz de garantir que os pontos de vista e interesses de toda a população sejam considerados na tomada de decisões estatais”; e (iii) “a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.”⁶⁵

As decisões do Supremo Tribunal Federal exteriorizam o controle judicial de políticas públicas, tema que atualmente é deveras palpitante, inclusive sob a factibilidade de apreciação da sua eficiência.⁶⁶ Luís Manuel Fonseca Pires é favorável à sindicabilidade de uma possível ação afirmativa pela análise de seus pressupostos e/ou elementos vinculados como a competência (sujeito), o motivo de fato, a motivação e a finalidade, incurso nesta

⁶⁴ STF, ADPF 186, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-205 DIVULG 17-10-2014 PUBLIC 20-10-2014.

⁶⁵ STF, ADC 41, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 08/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-08-2017 PUBLIC 17-08-2017.

⁶⁶ A título ilustrativo, Vanice Regina Lório do Valle propõe um esforço para sistematizar o controle jurisdicional de políticas públicas num duplo compromisso: de um lado a efetividade constitucional que “não descure da facticidade econômico-social, e ainda o que se volta à consolidação de uma prática institucional efetividade democrática” que se concretize numa ação coordenada entre os poderes como garantia de respeito à Constituição. (VALLE, Vanice Regina Lório do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163).

a teoria do desvio de finalidade.⁶⁷ Enfocando a viabilidade de controle da eficiência de uma política pública, Felipe de Melo Fonte avulta ser plenamente viável.⁶⁸ Especificamente sobre o controle da eficiência administrativa, Onofre Alves Batista Júnior aduz que este “é um juízo que se faz sobre a estrutura (quanto à sua adequação aos fins propostos para ela) ou sobre a coerência entre a ação e os fins determinados pelo ordenamento jurídico, considerando ‘juízos de eficiência’, verificáveis a partir de ‘cânones de eficiência’”, para tanto os referenciais de eficiência, que são anclares, auxiliam na tomada de decisão da Administração Pública. Os principais referenciais segundo o autor são: a) cânones de experiência (costumes e praxe administrativa); b) regras técnicas de boa administração (discricionariedade técnica e tomar uma decisão com base na aplicação técnica de dados); e c) regras internas de boa administração aliadas com a exigibilidade de comportamento diverso, comportamento voluntário, etc.).⁶⁹

Convém recordar do alerta feito por Ana Paula de Barcellos de que, fora os aspectos jurídicos, o debate sobre o controle de políticas públicas em sede de direitos fundamentais “pode envolver, de um lado, questões morais e eventualmente também questões técnicas e, de outro, questões puramente políticas e contingentes.”, até porque “as políticas públicas deverão necessariamente produzir como resultado o oferecimento, à população, de determinados bens ou serviços, que vão dar conteúdo” ao resultado esperado das políticas públicas, aliando-se dessa maneira ao exame da eficiência.⁷⁰ Atualmente várias legislações em Municípios, Estados e Distrito Federal também disciplinam sobre o acesso de afrodescendentes em concursos públicos e universidades.

Para demonstrar empiricamente que tais legislações favoráveis aos pretos e pardos estão no caminho correto e sendo eficientes, o presente autor elaborou, em 2016, com base na lei de acesso à informação, solicitação ao Ministério Público do Estado do Paraná e à Universidade Federal do Paraná para aferir a efetividade e os resultados da política racial efetuada nos concursos públicos e nos processos de seleção (vestibular).

Foi questionado: 1- Quando efetivamente foi adotada a política pública racial de acesso aos cargos no Ministério Público do Paraná (cotas raciais em concurso)? 2- Quan-

⁶⁷ PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 259.

⁶⁸ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 243-263.

⁶⁹ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 237 e 334 e seguintes. Sobre eficiência administrativa, vide obra referencial do tema: GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113 e 117.

tos servidores do Ministério Público do Paraná são declarados pardos e negros, bem quantos servidores são brancos? 3- Após a política pública de cota racial nos concursos do Ministério Público do Paraná, quantos servidores negros ou pardos já entraram para o quadro de pessoal? 4 - Existe um prazo para encerrar a política pública racial em concursos públicos no Ministério Público do Paraná?⁷¹ Como resposta: 1) foi adotada a reserva de afrodescendentes em concursos públicos a partir do primeiro certame após a vigência da Lei Estadual nº 14.274/2003, mais precisamente pelo Edital nº 01/2004 para ingressos de servidores e pelo Edital nº 01/2004 para ingressos de membros; atualmente dos servidores comissionados 720 são brancos (90,91%), 23 amarelos (2,90%), 49 pretos ou pardos (6,19%), dos servidores efetivos 694 são brancos (83,21%), 42 amarelos (5,04%), 98 pretos ou pardos (11,75%), dos membros 689 são brancos (94,77%), 14 amarelos (1,93%), 24 pretos ou pardos (3,3%), sendo que dos servidores e membros admitidos a partir do concurso público de 2004, os números são: servidores efetivos 559 brancos (84,19%) e 105 pretos ou pardos (15,81%) e membros 311 brancos (92,86%) e 24 pardos (7,16%).

Da percuciente inspeção sobre os dados apresentados, pode-se inferir que houve um incremento de 4,06% nos servidores pretos ou pardos e de 3,86% nos membros ministeriais após a inserção da cota para afrodescendentes nos editais de concursos públicos, o que per si externa e comprova o alcance do objetivo de majorar o número de colocações de tais pessoas em cargos públicos. A política pública de acesso de pretos e pardos aos quadros funcionais do Ministério Público não pode ser para sempre, sem data para o seu encerramento. É necessário que sejam constantemente avaliados os números a fim de aferir até que momento será imprescindível esta política pública, entretanto é incontroverso que até o presente momento mostrou-se extremamente eficiente.

Com relação à Universidade Federal do Paraná, o questionamento realizado foi: 1) quando efetivamente foi adotada a política pública racial de acesso à Universidade Federal do Paraná no vestibular? 2) Quantos alunos da UFPR são declarados pardos e negros, bem como quantos alunos são brancos? 3) Após a política pública de cota racial no vestibular da UFPR, quantos alunos negros ou pardos já entraram na UFPR? 4) Quando efetivamente foi adotada a política pública social de acesso à Universidade Federal do Paraná no vestibular? 5) Atualmente quantos alunos da UFPR são provenientes de escolas públicas e quantos de escolas particulares? 6) Após a política pública de cota social no vestibular da UFPR, quantos alunos de tal cota já entraram na UFPR?⁷²

Desconsiderando as respostas relacionadas às cotas sociais, a resposta foi: 1) a cota racial foi implantada de duas formas: cotas da universidade e cotas da lei 12.711/12, sendo:

⁷¹ Protocolo nº 18916/2016 – MP/PR realizado por meio do site do Ministério Público do Estado do Paraná.

⁷² Pedido feito pelo Sistema Interativo NC - Usuário às 15:35 de 30/08/2016.

a) cota racial da UFPR: do processo seletivo 2004/2005 ao processo seletivo 2013/2014; b) cota racial da Lei 12.711/12: a partir do processo seletivo 2012/2013; quanto aos números segue tabela abaixo enviada na manifestação da respectiva autarquia educacional:

COR DE PELE E COTAS RACIAIS				
	B	C	D	E
Ano do Processo Seletivo	Brancos	Negros	Pardos	Ingressantes por Cota Racial
2004/2005	3158	151	637	492
2005/2006	3303	83	503	285
2006/2007	3384	93	451	265
2007/2008	3318	106	502	269
2008/2019	4145	121	670	319
2009/2010	4221	137	673	363
2010/2011	4130	93	652	273
2011/2012	4205	115	620	254
2012/2013	4230	106	626	215
2013/2014	3711	97	586	265
2014/2015	3904	130	665	219
2015/2016	3503	208	835	512

Fonte: UFPR 2016

<p>Dados</p> <p>Quantitativos</p>	<p>Os quantitativos apresentados na tabela foram obtidos levando-se em consideração apenas o Processo Seletivo Realizado pela UFPR.</p> <p>As informações referentes aos candidatos do Processo Sisu devem ser solicitadas junto ao órgão competente, pois não dispomos destes dados.</p> <p>Dados Realizados aos alunos atualmente matriculados na instituição devem ser obtidos junto ao NAA/UFPR.</p> <p>Os totais contabilizam os candidatos que efetuam o registro acadêmico no ano indicado, já considerados os cancelamentos e chamadas complementares.</p>
<p>Coluna B, C e D</p>	<p>Estas colunas expressam as quantidades de alunos declarados brancos, negros e pardos levando-se em consideração o questionário sócio-educacional e os candidatos que efetuam o registro acadêmico no ano indicado.</p>
<p>Coluna E</p>	<p>Esta coluna expressa a quantidade de alunos que efetuaram o registro acadêmico e que entraram por cotas raciais (UFPR e Lei 12.711).</p>

Fonte: UFPR 2016

No caso da Universidade Federal do Paraná, os dados apresentados merecem algumas obtemperações. A primeira é de que a cota racial realizada pela Universidade anteriormente à Lei nº 12.711 já produzia a inserção de, aproximadamente, quinze por cento de pretos e pardos frente o total. Após a dita legislação federal, no processo seletivo de 2015/2016 é que houve a maior declaração de pretos e pardos na instituição, 22,93% do total. *A priori*, alguns pontos precisariam ser revisitados com uma pesquisa mais verticalizada para analisar se houve um aumento efetivo de pretos e pardos na instituição, como está sendo feita a declaração, se não houve modificação de cor entre os declarantes de um ano para outro em razão da diminuição de preconceito e possível comparação com a década de 1994/2004, quando não havia política de quotas.

A eficiência das políticas de quotas raciais devem ser constantemente aferidas pelos órgãos de controle e pelos órgãos e entidades promotores para que se possa aferir se os resultados são satisfatórios e se não há necessidade de alteração das metas em razão da realidade modificada. Como diz Marcos Maliska para a questão da cota de universidade, a constitucionalidade da medida será proporcional e justificável se estiver alcançando os resultados esperados, quais sejam, “reduzindo as desigualdades e proporcionando ao grupo beneficiado melhores condições de vida, tanto sob o ponto de vista das perspectivas para esse grupo no tocante a referências sociais, como na integração consistente dessas

pessoas nas classes médias.”⁷³ Outrossim, a modificação da composição do quadro funcional e do quadro de estudantes são fundamentais no Brasil para a inclusão de pretos e pardos, no entanto, reitera-se que, deve ser encarada como uma ação em prol do arrefecimento da discriminação, razão pela qual são necessárias outras ações para potenciar os benefícios e resultados na sociedade brasileira.⁷⁴

4. CONCLUSÃO

A realidade brasileira não pode ser comparada, e sequer justificada, de modo similar aos Estados Unidos para justificar as políticas públicas de quotas raciais como ação afirmativa necessária a ser implementada. Ainda bem que no solo pátrio inexistente um ódio racial e uma segregação tão preocupante como acontece lá, o que foi contribuído pela miscigenação sucedida ante os movimentos migratórios e a efetiva mistura de cores nos relacionamentos e na descendência de várias gerações. Apesar disso, a discriminação e o preconceito em desfavor dos pretos e pardos soam silenciosamente na sociedade brasileira, podendo ser facilmente constatados pelas estatísticas provenientes de dados relacionados à empregabilidade, renda e tempo em educação.

Por isso, as políticas públicas de quotas raciais em concursos públicos e vestibulares para ingresso, respectivamente, em cargos/empregos e instituições de ensino públicas mostram-se imprescindíveis para a ocorrência de melhorias nas condições de vida à população negra visando inseri-los efetivamente sob o manto da igualdade material diante do restante da população, não elidindo a existência de outras ações com o mesmo escopo. Independentemente da média em cotejo com os demais e da competitividade perquirida em tais processos concorrenciais e seletivos, o importante é que os afrodescendentes possam ocupar os bancos acadêmicos e cargos ou empregos públicos das mais diversas competências. A presença dos mesmos ocupando tais espaços públicos tornará mais comum o entendimento do restante da população de que eles merecem o máximo respeito sem qualquer preconceito. Sem preconceitos, poder-se-á abnegar a discriminação vivenciada atualmente e espera-se que num futuro próximo tais políticas públicas de quotas não sejam mais imprescindíveis, até porque a legitimação de sua imposição clama pela existência da proporcionalidade da medida ante o princípio da igualdade material visando ao alcance de

⁷³ MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em Universidades Públicas. In: DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de L.; SILVA, Paulo Vinicius B da (Orgs.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57-74, p. 72.

⁷⁴ SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota técnica n. 17: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei nº 6.738/2013**. Brasília: IPEA, 2014, p. 18.

uma sociedade livre, justa e solidária, bem como que se perquiria o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de diminuição das desigualdades sociais.

Nessa linha, as quotas raciais transluzem uma Administração Pública Inclusiva vergada para a “inserção social dos cidadãos e à redução das injustiças e desigualdades existentes na sociedade brasileira”,⁷⁵ razão pela qual a atuação estatal interventiva se faz necessária dessa forma para que os objetivos fundamentais preconizados na Lei Maior efetivamente sejam concretizados, e não fiquem como meras redações formais despidas de efetividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Orgs.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BERTONCINI, Mateus; CORRÊA, Felipe Abu-Jamra. **Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas**. Curitiba: JM, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas**. 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, p. 01-49.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cotas raciais para concurso de ingresso na magistratura. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 270, p. 363-375, set./dez. 2015, p. 365-366.
- COSTA, Célio Silva. **A Interpretação constitucional e os direitos e garantias fundamentais na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e portadores de deficiência**. 2. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 343.

DUARTE, Evandro Piza. Princípio da isonomia e critérios para a discriminação positiva nos programas de ação afirmativa para negros (afrodescendentes) no ensino superior. **Revista A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, v. 07, n. 27, jan./mar. 2007, p. 61-107.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Jaqueline; BALDUINO, Paula; FARIA, Sabrina. **Festival da Mulher Afro-latino-americana e Caribenha**. Brasília: IPEA, 2011.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun./2000, p. 211-259.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GIDDENS, Anthony. **A terceira via**. Tradução Maria Luiza X. De A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social: a experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, Unibrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013.

IBGE. **Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2014**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

IBGE. **Coordenação de População e Indicadores Sociais. Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira - 2018**. Rio de Janeiro: IBGE, 2019.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade pós-moralista: o crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos**. Tradução Armando Braio. Barueri: Manole, 2005.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. Política de cotas raciais, os 'olhos da sociedade' e os usos da antropologia: o caso do vestibular da Universidade de Brasília. **Revista Horizontes Antropológicos**, v. 11, n. 23, Poro Alegre, jan./jun. 2005, p. 181-214.

MALISKA, Marcos Augusto. Análise da constitucionalidade das cotas para negros em Universidades Públicas. In: DUARTE, Evandro Piza; BERTÚLIO, Dora Lúcia de L.; SILVA, Paulo Vinicius B da (Orgs.). **Cotas raciais no ensino superior: entre o Jurídico e o político**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 57-74.

MATOS, Mauricio dos Santos, et. al. O impacto do programa de inclusão social da Universidade de São Paulo no acesso de estudantes de escola pública ao ensino superior público gratuito. **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**, v. 93, n. 235, set./dez., 2012, p. 720-742.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Interesse Público**. São Paulo: Notadez, n. 07, jul-set., 2000.

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

PETRUCELLI, José Luis. Raça, Identidade, Identificação: Abordagem histórica conceitual. In: PETRUCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia (Org.) **Características Étnico-Raciais da população: classificações e identidades**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

PIRES, Luís Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - BRASIL. **Relatório de Desenvolvimento Humano – Brasil 2005**. Brasília: Prima Pagina, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SILVA, Jorge da. **Direitos Civis e relações raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: LUAM, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Tatiana Dias; SILVA, Josenilton Marques da. **Nota técnica n. 17: Reserva de vagas para negros em concursos públicos: uma análise a partir do Projeto de Lei nº 6.738/2013**. Brasília: IPEA, 2014.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WOLFF, Robert Paul. **Além da tolerância**. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR, Barrington; MARCUSE, Herbert. **Crítica da tolerância pura**. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1970, 11-58.

PARTE IV



DIREITOS FUNDAMENTAIS, CULTURA E DEMOCRACIA

CULTURA E SOCIEDADE BRASILEIRA DA CONTEMPORANEIDADE E DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL: CAMINHOS DA DESIGUALDADE DA ELITE DO ATRASO BRASILEIRA

CAROLINE MULLER BITENCOURT*

JANRIÊ RODRIGUES RECK**

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Meritocracia ou desigualdade? 3. Ressentimento. 4. As elites do atraso e o homem cordial no Direito Administrativo social. 5. Direito Administrativo social e domínio privado na Constituição de 1988. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho versa sobre a cultura política e econômica do Brasil contemporâneo e suas relações com o Direito Administrativo social e o Estado social estabelecido em 1988. Para tanto, escolheu-se como problema reitor o seguinte questionamento: quais são as chaves para se entender o declínio de legitimidade social do Estado social no Brasil contemporâneo?

Em hipótese, são três as chaves para a possível resolução deste problema. Este conjunto de observações cruzam elementos psicológicos, sociais, econômicos e políticos

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul, RS, Brasil). Mestre e Doutora em Direito. Pós-doutorado em Direito pela PUC/Paraná. Advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9275383516572588>.

** Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

da contemporaneidade e suas relações com o Estado social. Claro que com estas descrições não se está a apagar toda uma historiografia que visa a descrever e entender o Brasil desde as suas origens, mas sim fazer um recorte das categorias de observação mais relevantes para se entender o espírito do tempo atual.

Pretende-se demonstrar que combinação de mentalidade social baseada no ressentimento, a ação das elites do atraso e a falsidade, impossibilidade e inconveniência de uma perspectiva meritocrática sacodem as bases financeiras e morais do Estado social brasileiro. Estas três vertentes antes descritas configuram-se como os objetivos específicos deste ensaio, e que terão por objeto capítulos próprios, conforme a seguir.

Justifica-se o trabalho social diante da relevância não só de se pensar as possibilidades de realização do Estado social, mas também de trabalhar de forma realista as suas crises de legitimidade. Mesmo que se, por um passe de mágica, o neoliberalismo e suas práticas políticas e econômicas sumissem do horizonte brasileiro, o contexto social e econômico está tão diferente que seria impossível realizar o modelo de 1988, pelo menos dentro dos parâmetros convencionais de políticas públicas como se tem pensado no Brasil.

Para se compreender e estabelecer diretrizes teóricas do Direito Administrativo social, assim como para se construir as políticas públicas do Direito Administrativo social, é necessário compreender a situação econômica e econômica do Brasil. É evidente que tal seria uma empreitada gigantesca. Entretanto, aquelas três possibilidades teóricas de leitura podem ajudar na compreensão do Brasil atual e, assim, fundamentar um bom diagnóstico. Mesmo que se utilize diferentes variáveis para realizar a leitura do Brasil hoje, estas sempre serão construídas por um diagnóstico parcial, já que realidade que existe é realidade observada. Trata-se de elaborar um diagnóstico do tempo e da mentalidade político-administrativa da atualidade, a qual impacta no Estado social no Brasil.

Em termos de metodologia de procedimento, realizou-se uma pesquisa predominantemente bibliográfica. Em termos de pesquisa, o método é hipotético-dedutivo.

2. MERITOCRACIA OU DESIGUALDADE?

A tese deste artigo é a de que o diagnóstico da cultura política brasileira pode ser elaborado a partir de um jogo entre crença e repercussões da meritocracia combinado com o ressentimento. Este diálogo, em suas confluências e paradoxos, faz emergir categorias de observação da sociedade brasileira contemporânea. Enquanto o ressentimento, analisado abaixo, tem por característica a projeção da culpa do fracasso para um terceiro, a meritocracia imputa ao indivíduo o peso por seu sucesso/fracasso. Daí a necessidade de se estudar os dois fenômenos conjuntamente, pois a culpa que o ressentido sofre e transfere precisa ser estimulada por um sistema ideológico, a saber, o sistema meritocrático.

Se bem que os preconceitos, superstições e violências sejam uma constante na cultura e sociedade brasileiras, há de se atentar para as capacidades explicativas dos sentimentos de frustração que surgem da falsidade do discurso meritocrático dominante – falsidade esta que na maior parte das vezes são recebidas e processadas pelo indivíduo na forma de ressentimento, e não de mobilização política.

O processo meritocrático possui múltiplas conexões com o Estado social e seu Direito Administrativo. Mesmo que o Estado social não exclua de todo comportamentos meritocráticos, em parte das situações e observações as crenças e sistemas meritocráticos estarão em oposição às diretrizes do Direito Administrativo social. A contradição já inicia com a missão: enquanto o Direito Administrativo social vai buscar segurança e com isto estabelecer as condições objetivas para a felicidade, por outro lado a meritocracia está ligada com o abandono. O sujeito “sem mérito” é um abandonado pelo sistema, e “merece” o sofrimento pelo qual está passando. Este abandono é gerado pelo sistema meritocrático – ou pelo menos seu simulacro – como será descrito a seguir.

Muito embora seja verdade que nos últimos tempos existiu uma intensificação do neoliberalismo tanto em sua expressão prática como ideológica no Brasil, é de se reconhecer que a distinção atividade econômica *versus* serviço público na Constituição Federal também de certo modo compartilha uma crença tecnoburocrática meritocrática. De fato, desde 1988 imagina-se uma sociedade onde a riqueza advém da atividade espontânea e autoregulada dos privados. A riqueza emergiria da meritocracia e os melhores seriam recompensados. No modelo de 1988 os amortecedores sociais até podem ser robustos e as políticas públicas¹ possuem alta capacidade de gerarem resultados, o que efetivamente ocorreu. Mas, em termos de estrutura da atividade econômica, lá já se encontrava a raiz da ideologia/sistema meritocrático, o qual só se fez aumentar desde então no Brasil, corroen-

¹ SECCHI, Leonardo. Políticas Públicas; conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 50.

do não só as capacidades de cooperação social mas também o modelo pensado em 1988 como forma de compensação do movimento meritocrático.

Alguns espasmos de participação aqui e ali ocorreram após 1988, mas o campo da política foi se reduzindo cada vez mais. Existiu um “movimento ao centro político” de todos os espaços de disputa ideológica. Aqueles que se opuseram a este movimento foram vistos como extremados. Os debates sobre produção de bens, serviços públicos e distribuição das riquezas foram vedados não só pela ideologia, mas pelos próprios políticos: a discussão política “permitida”, hoje, é a relacionada com a corrupção/não corrupção e com o identitarismo. Esta pobreza de materialidade política ocorreu tanto nos EUA² como no Brasil. Em algum momento, por outro lado, a energia política teria de emergir e, como se sabe, emergiu tanto nos Estados Unidos como no Brasil sob a forma de populismo barato. Ao invés de o brasileiro se perguntar sobre as formas de distribuição equitativa das riquezas produzidas no país o campo da política deslocou-se para questionamentos tolos a verdades científicas, fanatismos e superstições religiosas.

A produção e distribuição dos bens, o bem-estar social, as grandes questões, todas elas estão no campo do “não-político”, daquilo que não pode ser discutido. O que pode ser discutido são questões periféricas. O cidadão sente que perdeu o poder de discutir politicamente, e, para tanto, precisou de equivalentes políticos para esta perda. A perda do poder político – que no final das contas gerou uma ferida narcísica – foi compensada com a politização dos preconceitos e superstições. O sujeito não pode mais conversar sobre seu salário, mas pode destilar seu racismo e inferiorizar classes de pessoas, desejar a morte e mesmo ameaçar outros impunemente. Seu fracasso perante o sistema meritocrático é compensado pela maior liberdade na explosão de seu ódio.

O sistema meritocrático pode ser atacado nos seus fundamentos morais, nos seus fundamentos normativos, na sua real implantação e nas suas consequências práticas. Ainda, há de se separar meritocracia enquanto ideologia e enquanto forma de distribuição de bens. Tudo isto supondo-se que seja possível achar alguma definição precisa do que é meritocracia. Inicie-se a argumentação pelo último ponto, para depois se retomar os demais.

A meritocracia, enquanto definição (repita-se, não ainda enquanto prática), pode ser tomada em um viés conservador. Neste sentido, a meritocracia simplesmente reafirma aquilo que a pessoa já possui (em termos de bens, estima social ou outro valor semelhante). Se alguém, por exemplo, possui vasta fortuna em termos de bens materiais, é porque já desde já sempre é meritocrata. Existem versões conservadoras atenuadas desta versão. De fato, nesta concepção alguém pode ser rico, e isto já é atestado bastante de seu mérito, desde que a fortuna não tenha sido obtida por crime ou herança. Qualquer outro método,

² SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 42.

como a sorte, vale. Há de se notar que a meritocracia no sentido conservador se amolda com partes importantes da cultura brasileira, tais como o fatalismo e a teologia da prosperidade. De fato, a ideologia da Teologia da Prosperidade é uma variação da escatologia cristã do “escolhido”. Se alguém tem “sucesso”, é porque foi escolhido por Deus, não importando as razões desta escolha. Já o fatalismo é a sensação de incapacidade de se assumir como sujeito histórico, seja individual ou social, dado que destino já está escrito por alguma entidade misteriosa e é absolutamente inevitável.

A meritocracia no sentido liberal implica alguma atuação do sujeito no mercado³. Se alguém se adaptou ao mercado e conseguiu obter bens materiais, é porque tem mérito. Novamente, não se examina a *forma moral* de como isto foi obtido. Um grande empresário pode ter tido contatos políticos e com isto obteve empréstimos públicos facilitados. Mesmo será considerado merecedor de sua fortuna. Esta vagueza e ambivalência favorece o discurso meritocrático. Ora o interlocutor se refere à meritocracia no sentido liberal, ora no sentido conservador, ora como definição, ora como organização social. À medida que a vagueza do termo permite estas alterações de uso ideológico, também acaba por permitir, por outra via, a maior adesão ideológica, pela troca sutil de seu sentido conforme o uso. A meritocracia acaba sendo um estereótipo, isto é, uma falácia que liga artificialmente um uso persuasivo a um valor positivo. De fato, é uma ideia intuitivamente correta a que diz que quem se esforça deve ser recompensado. A partir desta ideia básica, utilizando-se das vaguezas e diferentes cores de linguagem será possível ligar com qualquer concepção e estado de meritocracia, reforçando seu poder de adesão⁴.

No que toca à meritocracia como forma de distribuição de bens, é sabido que, no máximo, existem simulacros de meritocracia no sentido liberal. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. Esta desigualdade implica em dificuldades em relação à igualdade de condições iniciais. Ainda, dada as condições econômicas, combinadas com as estruturas morais e sociais da sociedade, a possibilidade de ascensão social está praticamente vedada. Significa dizer que é praticamente impossível para alguém classificado como pobre ascender à classe média e alguém classificado como classe média ser “promovido” a rico. Um dos poucos simulacros de meritocracia que funcionam, mesmo que de forma claudicante, os concursos públicos, apenas trocam posições dentro da classe média, no máximo jogando algum indivíduo de classe média baixa para classe média alta.

As sucessivas crises econômicas, combinados com a mudança do perfil produtivo no Brasil – fim da indústria em direção a uma sociedade de serviços simples e ao setor primário – e com a mecanização e virtualização levaram amplos setores da sociedade para

³ SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito**: o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020. p. 133.

⁴ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 120.

o fracasso. Foram “superados” pelo sistema. As sucessivas reformas, com a fragilização da figura do trabalhador, transformando-o em empreendedor, completam a figura do “empreendedor fracassado” e “derrotado”. Estes perdedores do sistema, contudo, escolheram ser convencidos da provisoriedade da sua situação de derrota, já que nutrem a esperança de a qualquer momento serem vitoriosos. Conforme será observado mais abaixo, vige no Brasil um “bovarismo”, isto é, a sociedade brasileira é um não-lugar. A evidente forma como os bens são distribuídos é negada em favor de um Brasil meritocrático que não existe e não existirá. A crença na meritocracia – uma crença praticamente mágica, já que vinculada a forças invisíveis e ainda sem efeito algum – é alimento suficiente para o bovarismo brasileiro.

Em camadas mais profundas, o ressentido anseia pelo retorno a um Brasil previsível no que toca à economia e aos costumes. Não quer se sentir “superado”, “sem valor”, “sem mérito”. A resposta só pode ser em forma de agressividade e adesão a populismos. Enquanto o Estado social busca a constituição de políticas que estabeleçam algum grau de racionalidade e previsibilidade, a meritocracia oferece a flutuação e a inconstância.

O brasileiro não quer estar no Brasil. O brasileiro sofre de um bovarismo à brasileira, significando sempre o lugar das políticas públicas como um não-lugar político, algo que pode sempre ser delegado a um populista e importado de alguma metrópole. Este desejo de se viver uma vida de mentira, onde o privado funciona e a meritocracia é uma realidade está sem dúvidas ligado com o ódio pelo Brasil real, pelo Brasil disponível. Este ódio pelo Brasil real, é claro, é uma projeção do ódio por si mesmo. A famosa síndrome de vira-lata, compartilhada por tantos brasileiros, e o desejo de viver um país de mentira e de mitos significa, assim, um não-amor por si mesmo dentro das suas idiossincrasias individuais, os quais em nada tem a ver com a esfera pública, mas que sem dúvidas acabam por contaminá-la.

O bovarismo brasileiro⁵ permite que a vítima da meritocracia se engane como vencedora, por outro lado. De fato, há farto material de famintos, esquecidos e desalentados de toda ordem⁶ para servirem de comparação para com o miserável que já tem alguma coisa, de modo que este último pode se sentir como agraciado pela meritocracia. Isso vale também para a classe média: considera-se como vencedora em sua miséria financeira, cultural, moral e intelectual, já que tem como elemento de comparação grupos de brasileiros já há centenas de anos desfavorecidos.

A meritocracia joga para o sujeito toda a responsabilidade pela sua jornada. Só sobreviver a esta jornada no Brasil – a pandemia de COVID o demonstrou – demanda a força dos mais extraordinários heróis. A cultura brasileira vive esta aparente contradição: ao mesmo tempo que o Brasil é o lugar do fatalismo, da “culpa do destino”, por outro lado,

⁵ KEHL, Maria Rita. **Bovarisismo Brasileiro**. São Paulo: Boitempo, 2018. p. 90.

⁶ MOTA, Denise Guichard Freire. **Os Jovens que nem estudam e nem trabalham no Brasil**. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018. p. 60.

a miséria é “culpa do miserável”, já que perdedor no sistema meritocrático. Ao que parece, esta dialética de destino fatalista e responsabilidade individual articulam-se perfeitamente no sujeito fraturado. Não é necessário coerência. A crença no sistema meritocrático não é abalada pela necessidade de consistência lógica.

Digno de nota foi o aumento na quantidade de pessoas que acessaram o ensino superior. Além de ser sabido que a massificação causou decréscimo na qualidade, bem como diminuição dos critérios de regulação, a face mais cruel é a de que o acesso ao ensino superior, propalado como garantia de sucesso e que realmente aumentada a chance de ascensão social há pouco tempo, em nada mais repercute na jornada individual. O mercado e as corporações públicas foram incapazes de absorver as centenas de milhares de formados, os quais se consideraram, é evidente, como pouco dignos de mérito. Para um sujeito ser considerado meritório, ele tem de atender mais e mais demandas, superiores às suas forças e desnecessárias ao funcionamento do mercado.

3. RESENTIMENTO

Ressentimento pode ser caracterizado como um sentimento ou, melhor conceituando, um estado do sistema psíquico. A relevância de se entender o ressentimento reside em suas repercussões sociais. No momento em que o ressentimento passa a ser um sentimento compartilhado por amplas camadas da população pode-se dizer que é um fenômeno que vale a pena ser observado. Além disto, é uma das camadas de observação que satisfaz a pretensão interdisciplinar de analisar a sociedade e suas políticas públicas⁷ a partir de diversas múltiplas perspectivas de observação.

Se o ressentimento é um sentimento compartilhado por um grande grupo, pode-se dizer, assim, que a sociedade brasileira é uma sociedade ressentida. Deste modo, é possível fazer generalizações, partindo da perspectiva individual para a social e de volta. Claro que não se está a dizer que estão incorretas outras leituras, por exemplo, a de que a sociedade brasileira, como de resto a civilização ocidental, é uma sociedade do cansaço⁸ ou do desalento. Entende-se, contudo, que o ressentimento é o sentimento mais adequado para a descrição do momento, de modo que aqueles dois elementos estarão inseridos no ressentimento.

Os ressentidos são os perdedores, ou, pelo menos, aqueles que se veem como tal. O critério de ser perdedor, conforme foi observado anteriormente, é a meritocracia. Os ressentidos são aqueles que “não possuem mérito” – na maior parte das vezes econômico,

⁷ HEIDEMANN, Francisco G; SALMA, José Francisco (orgs.) **Políticas Públicas e Desenvolvimento**: bases epistemológicas e modelos de análise. 3. Ed. Brasília: Editora da UNB, 2014.

⁸ HAN, Hyung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2015.

mas a ausência de mérito pode se dar no campo dos afetos ou do reconhecimento intelectual, político ou social mais geral.

O ressentimento age como mecanismo de proteção do narcisismo⁹. Este sujeito narcisista e individualista é incapaz de assumir responsabilidades. Muito embora o mito da meritocracia circule por todos os espaços, na mente e na sociedade dos ressentidos o sofrimento é sempre projetado para fora, para alguém. Interessante dizer que as políticas públicas e mesmo o Direito Administrativo em sua totalidade, ainda mais em sua face social, foram objeto desta projeção narcísica ressentida. Não é o sistema “meritocrático” que não permite o progresso do indivíduo vaidoso, isolado e atomizado, mas o Estado social. A despeito de suas evidentes qualidades no convencimento de quer ser racional, o ressentimento tem projetado seu fracasso no Estado social, e isto, é claro, contribui para a sua crise de legitimidade.

O ressentimento é um estado de rumações vingativas¹⁰. O ressentido quer se vingar do causador do sofrimento. O ressentido é narcisista, porém um narcisista de opiniões fracas e facilmente maleável. Neste sentido, ele precisa ter um objeto para qual direcionar sua vingança, seu ódio – o qual em camadas um pouco mais profundas é contra si mesmo – sendo que este objeto a ser odiado o será conforme a infraestrutura econômica do momento. Dado que o Brasil está subordinado ao capitalismo financeiro, é claro que as estruturas jurídicas, morais e sociais do Estado social que deverão ser atacadas. O ressentido passa a odiar e a querer se vingar do Estado social e suas instituições, tanto assim como os demais elementos civilizatórios da sociedade. A meritocracia é um dos mitos da sociedade e ainda um elemento ideológico de justificação do capitalismo financeiro. Este mito não pode ruir. Assim, o ódio deve ser dirigido àquelas instituições que de algum modo atenuam ou questionam as instituições meritocráticas.

Os portadores do ressentimento podem se sentir vítimas. Seu “mérito”, em sua ilusão, nunca chega não por conta de sua incompetência ou questões sistêmicas, mas sim devido ao sistema de proteções e amortecedores em forma de políticas públicas sociais que impedem a fluência da riqueza. O ressentido, ao mesmo tempo em que participa dos processos violentos de financeirização e de saída da civilização pode se sentir aliviado por sua condição, já que fizera de tudo ante a sociedade que o oprimira com obrigações administrativas. De fato, o Direito Administrativo, assim como sua especificidade, o Direito Administrativo social, impõe obrigações que atingem o narcisismo dos desejos. O cidadão terá de pagar tributos, não poluir, tolerar certas vantagens a determinados grupos por razões equitativas, não prejudicar outros em geral, etc. Este sentimento de vingança surgido do narcisismo violentado é projetado ao Estado social, o qual resta deslegitimado. Há,

⁹ NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal**. Porto Alegre: L&PM, 2012. p. 50.

¹⁰ KHEL, Maria Rita. **Ressentimento**. São Paulo: Boitempo, 2020.p. 18.

portanto, duplo ganho para a infraestrutura do capitalismo financista, já que tanto ele resta legitimado ideologicamente como o seu oponente sofre em legitimação. Este esquema de culpa é uma proteção ao narcisismo e com isto há um ganho de prazer. Os ressentidos são miseráveis em termos de maturidade e experiência emocional, mas sempre poderão colocar a culpa em quem bem desejarem, menos neles mesmos, daí advindo o prazer.

Claro que existem diferentes níveis de ressentidos, assim como toda uma complexidade que envolve a mitologia da meritocracia:

[...] as sociedades capitalistas frequentemente produzem as condições para que grandes contingentes de trabalhadores sejam *de fato* prejudicados e lançados à margem do campo de possibilidades efetivas de inserção, em razão de uma ordem tão injusta que não se pode atribuir a eles a responsabilidade pelo prejuízo de que são verdadeiramente vítimas. Nessas condições não se podem separar as verdadeiras vítimas daqueles que são corresponsáveis por seus fracassos, o ressentimento adquire prestígio e convoca identificações e simpatias, e o ressentido sempre encontra motivos para se mostrar coberto de razões em suas queixas¹¹.

O ressentido é alguém que quer parecer a si mesmo como “bom”, em oposição ao inimigo imaginário, que é o “mal”. Ser bom significa estar moralmente do lado certo, inclusive mediante violência. O ressentido brasileiro é alguém que consegue se imaginar “bom” lutando contra o “mau” que representa o Estado social, já que este estaria “destruindo” a “liberdade” das pessoas. Há de se lembrar inclusive que as parcas ações de proteção à vida durante a pandemia/sindemia de Coronavírus foram combatidas pelos ressentidos no esquema bem/mal, inclusive com respostas violentas.

Ao ressentido foi prometido as recompensas da meritocracia. Como nunca o cidadão é exposto a vidas fantasiosas de plena felicidade e abundância material. Não só a tradicional mídia é um espaço de exposição da vida dos ricos e famosos, mas também as redes sociais¹² se tornaram este lugar de inveja e individualismo¹³. Obviamente que, apesar de qualquer esforço hercúleo, trabalho dedicado, empreendedorismo ou devotadas orações, a recompensa meritocrática não vem e nunca virá.

No ressentimento, o tempo da vingança nunca chega. Isso porque, em primeiro lugar, como covardes que são, os ressentidos não levam a efeito sua vingança; em segundo, por que tal é impossível diante de comunicações e ideias, como é o caso do Estado social. Entretanto, isto não significa que pessoas ou instituições não possam ser atacadas.

¹¹ KHEL, Maria Rita. **Ressentimento**. São Paulo: Boitempo, 2020. p. 22

¹² LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade da Sedução**: Democracia e narcisismo na hipermodernidade liberal. São Paulo: Manole, 2020. p. 91.

¹³ LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio**: Ensaio sobre o indivíduo contemporâneo. São Paulo: Manole, 2005. p. 73.

O ressentido sente-se fraco perante objeto do ressentimento, o que impede uma última vingança. Além disto, o ciclo de prazer e desprazer que uma “vitória” contra o Estado social representaria estaria quebrado, e com isto arruinando as justificativas neuróticas dos ressentidos. A vingança se dá com o dano auto infligido. Como a própria missão do Estado social é a segurança diante das intempéries, o ressentido causa dano a si mesmo minando o Estado social – à analogia com o adolescente que se suicida para causar danos aos pais.

O narcisista ressentido brasileiro do século XXI não quer aceitar perdas simbólicas. Aceita a perda do emprego, sua pejotização, a precariedade dos serviços públicos, mas não quer perder simultaneamente três símbolos que lhe são caros: a vinda de um governante messiás para lhe salvar, o sistema meritocrático e a “culpa” do Estado social pelas agruras que vive. Vive sua esperança na meritocracia individualista – repita-se: ele se nutre apenas da esperança, já que vantagens reais lhe são sempre negadas. Claro, há de se anotar os parques privilégios da classe média, cuja perda também provoca ressentimento e ódio ante o Estado social e seu Direito. Como diz Maria Rita Kehl: “não é a fortuna do imperador de um reino distante, mas o modesto enriquecimento do vizinho que parece intolerável ao invejoso”¹⁴. Os minguados, porém relevantes, avanços sociais do Brasil desde 1988 que parecem insuportáveis aos ressentidos, e portanto devem ser atacados, seja por inveja, seja por auto punição, seja como elemento de resolução das contradições do eu.

Toda esta raiva, desejo de vingança, de gritar aos quatro cantos que o Eu finalmente expulsou o perdedor dentro de si deve encontrar vazão em um local. Este local, precisamente, passa a ser as redes sociais. Agressões a instituições, pessoas e a difusão de notícias falsas são motivadas pelo ressentimento que permeia a população brasileira. Os ressentidos se encontram e podem estimular reciprocamente seus ódios através do efeito-manada. O ressentido parece ser ativo, mas meramente reage mecanicamente aos arranhões no seu narcisismo.

O sujeito ressentido quer expulsar de si qualquer responsabilidade por sua situação. A consequência é a exclusão da dimensão política do sujeito. Sem política, sem projetos coletivos é impossível o Estado social. Ele não se implica com as decisões individuais e coletivas. É como se tudo da sua vida estivesse sob seu domínio, e nada do coletivo ele pode influenciar – duas ideias irrealistas. As tragédias que provocaram o recuo do Estado social não são vistas como de culpa do ressentido, já que ele nada faz (poderia fazer na sua ilusão).

O ressentido é um ambivalente: seu ego inflado o impulsiona à autopreservação; por outro lado, sabe, em camadas mais profundas, que carrega dentro de si a incompetência, real ou imaginária, de não cumprir os requisitos para ser meritocrático. Esta é uma

¹⁴ KHEL, Maria Rita. **Ressentimento**. São Paulo: Boitempo, 2020. p.44

outra razão pela qual o ressentido busca a punição de si mesmo pela agressão ao Estado social. Com isto o ressentido possui duas fontes de prazer constante e inesgotáveis: a ilusão sobre si mesmo e sua competência¹⁵ e a ruminação contra o Estado social que não “reconhece” o seu mérito, em explosões reativas constantes e regulares de ódio nas redes sociais, mas que nunca podem se realizar na prática.

Em termos de Estado social e de Direito Administrativo social tem-se o desmoronamento das bases que permitem a cooperação social. De fato, se se leva em conta que as políticas públicas pressupõem capacidade de cooperação e comunicação, é possível concluir que um sujeito ressentido, que privilegia o eu, possui todas as dificuldades possíveis de se entender e interagir com políticas públicas.

4. AS ELITES DO ATRASO E O HOMEM CORDIAL NO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

A chave mais abrangente de entendimento da sociedade brasileira contemporânea é a financeirização, isto é, o deslocamento da matriz produtiva do setor industrial para o setor financeiro, combinado com uma reprimarização da economia. Este é o impacto definitivo e mais importante no Direito Administrativo social. É evidente que as alterações da matriz produtiva repercutem nas representações culturais da sociedade. Entretanto, não significa a exclusão de outras formas de leitura, conforme já anunciado. Uma análise mais abrangente do Estado social e suas crises de legitimação se faz necessária através de uma perspectiva não baseada somente na economia política.

Uma das leituras clássicas sobre a sociedade brasileira é a decorrente da obra de Sérgio Buarque de Holanda¹⁶. A mescla de populações na raiz da sociedade brasileira formariam um tipo médio que seria dócil, amável e cooperativo, “qualidades” que teriam como contrapartida uma certa passividade e uma dificuldade em aceitar a diferença público/privado. Aquelas qualidades, se bem que existentes, apareceriam apenas na superfície, como forma de síntese da violência dos processos de colonização. O homem cordial sempre trata tudo como privado, já que é movido pelo coração. Este âmbito privado é uma projeção das emoções personalíssimas, e não de uma razão pública.

Esta leitura da projeção do espaço familiar para o público reflete uma percepção muito comum da historiografia brasileira de todas as matrizes, encontrando traduções no

¹⁵ DUNKER, Christian. **A Paixão da Ignorância**: a escuta entre psicanálise e educação. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 38.

¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

patrimonialismo da Administração Pública, por exemplo. Este brasileiro cordial, fruto de uma mistura advinda da colonização portuguesa com o índio e o negro, não busca o conflito, a afirmação de direitos e tampouco possui as qualidades necessárias para uma ação racional em termos de programar uma Administração Pública burocrática. Trata-se de um sujeito prático, que busca sobreviver em um ambiente violento com uma certa malícia combinada com afeto¹⁷.

Entretanto, depois da adesão do brasileiro ao populismo, às explosões de violência nas redes sociais, aos constantes linchamentos reais¹⁸ e virtuais, à divulgação deliberada de mentiras¹⁹, que se pode se dizer deste homem cordial na aparência? No que esta característica da sociedade brasileira se reflete na Administração Pública? A hipótese é a de que esta noção, quando combinada com a observação das matrizes de produção de bens e com a leitura das matrizes psicológicas, pode ser recalibrada. Um esforço teórico poderia colocar o homem cordial, enquanto categoria explicativa da sociedade, em paralelo com uma sociedade violenta composta por elites igualmente desprovidas de maiores capacidades analíticas, desde que combinadas com os processos de ressentimento gerados pela falsidade do processo meritocrático. Com isto, é possível passar ao passo seguinte, que é o da legitimação do enfraquecimento do Estado social no Brasil.

De fato, o brasileiro é miscigenado em sua composição fenotípica. Não o é, contudo, no campo simbólico. Diferentes e violentos cortes de classe, cor e posição social continuam a serem centrais na sociedade brasileira. A cordialidade ainda existe, mas deve ser lida à luz do ressentimento. O ressentido, porque planeja sua vingança que nunca virá, parece ser “pacato”. Esta aparente calma é muito mais hipócrita do que insinua Sérgio Buarque de Holanda. O fundamento da mansidão do “ressentido cordial” é a covardia, já que este último estado o leva a nada fazer. Além disto, a perspectiva conservadora é vantajosa para os ressentidos de todas as classes, já que a alimenta seus egos feridos.

De todo modo, hoje o sabemos de todas as formas possíveis que esta mansidão é episódica. O ressentido acaba destilando sua violência *pessoalmente e diretamente* nas mais diversas formas, mormente nas redes sociais. Além disto, o ressentimento *terceiriza* sua violência para os órgãos de repressão estatal. O ressentido satisfaz-se em saber da violência gratuita realizada contra a população pobre e negra.

¹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 110.

¹⁸ SILVA Jr. Nelson da Silva. **O Brasil da barbárie à desumanização neoliberal**: do “Pacto edípico e pacto social”, de Hélio Pellegrino, ao “E daí”, de Jair Bolsonaro. DUNKER, Christian; SILVA Jr., Nelson da; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. P. 257.

¹⁹ TIBURI, Márcia. Pós-Verdade, pós-ética: uma reflexão sobre delírios, atos digitais e inveja. DUNKER, Christian; TEZZA, Cristovão; FUKS, Julián; TIBURI, Márcia; SAFATLE, Vladimir. **Ética e Pós-verdade**. Porto Alegre: Dulibnense, 2017.

No que toca ao familismo, novamente a cordialidade se revela em hipocrisia. Pode-se compatibilizar uma visão mais realista e atual do Brasil conectando com o amor ao privado pela chave da corrupção. De fato, se no homem cordial “puro” o familismo, isto é, o tratamento da coisa pública como extensão da família e a seu favor, acaba sendo reflexo de sua postura afetiva, na releitura do cordial ressentido pode-se dizer que o familismo é um alívio narcísico da postura corrupta e hiperindividualista. De fato, o cordial ressentido não quer se sentir “mau”, mas ao mesmo tempo não pode abandonar o comportamento corrupto. O familismo é o expediente retórico perfeito, de modo que é possível preservar a imagem idealizada de si mesmo. Pode-se enfim dizer sobre o cordial ressentido: ele não é corrupto para favorecer a família, mas sim a família é justificativa para sua corrupção.

Jessé de Souza²⁰ vai contestar nominalmente Sérgio Buarque em suas três teses. O traço principal característico do Brasil é a escravidão, e não a continuidade adaptada e miscigenada da cultura portuguesa. A escravidão reflete-se em corte de classes que permanece na sociedade contemporânea. Finalmente, o jeitinho brasileiro seria uma marca espontânea da cultura, e não uma ação instrumental do sistema econômico. Aliás, ele recairia mais no âmbito público que no mercantil, já que este último estaria mais protegido da irracionalidade das massas.

O jeitinho brasileiro seria uma adaptação/continuidade da informalidade da cultura portuguesa em interação no Brasil. Trata-se de uma criação espontânea das massas para o enfrentamento das dificuldades do dia a dia da população. Muito embora se reconheça a existência do “jeitinho”, frequentemente é contestado em suas justificativas e real importância dentro da sociedade brasileira. O fato é que o jeitinho, se bem que abraçado pelas massas, e muito mais pelas massas ressentidas, é um resultado deliberado de um sistema liberal contraditório. Explica-se: um sistema capitalista liberal, ainda na época da industrialização, mas ainda neste período financista, exige um sistema de regras transparente, claro e de fácil acionamento, ainda mais quando se tem a pretensão de realizar negócios com países e empresários estrangeiros. Este mesmo sistema voltado ao funcionamento do sistema capitalista, por enxuto que seja, ainda assim fere as pretensões hiperindividualistas da elite brasileira. As regras jurídicas de mercado são, assim, limites aos impulsos dos segmentos mais altos, os quais precisam criar expedientes para se livrarem destas regras. O jeitinho brasileiro não é, assim, uma resposta popular que eventualmente repercute para todas as classes, mas sim um mimetismo que se inicia no alto e desce abaixo em termos de classes econômicas e de poder. Este jeitinho, compartilhado por todas as classes, permite uma colonização privada dos poderes públicos. O Estado e os bens públicos são instrumentalizados para projetos individuais por todos. Pode se dizer, deste modo, não ser o Estado corrupto, mas sim um corrompido pelas necessidades da população em sobre-

²⁰ SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso**: da escravidão à Lava-jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

viver, expressar seu ressentimento e também e principalmente burlar as regras do próprio liberalismo. Em termos de Estado social, o jeitinho apresenta-se como mais problemático ainda. Mesmo o liberalismo pressupõe cooperação, mas o Estado social pressupõe aquela característica de forma mais intensa, dada a existência de fins coletivos e de maiores ônus em termos de financiamento, além de implicar em maiores renúncias em termos de interesses individualistas. O jeitinho brasileiro, necessidade e criação contraditória do sistema econômico para enfrentar as regras civilizatórias de trocas econômicas, vem do alto abaixo em termos de classes sociais e acaba por ser um grande dificultador do Estado social, já que atinge um dos seus pressupostos básicos, que é a cooperação social.

5. DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL E DOMÍNIO PRIVADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O Direito Administrativo social é o Direito Administrativo do Estado Social. Em termos teóricos, o que isto quer dizer? Significa dizer que os direitos sociais, elemento central do Estado social, ou que pelo menos estão em mesmo grau de importância que os direitos individuais, só são realizados via políticas públicas²¹ regidas pelo Direito Administrativo. Este Direito Administrativo, quando conectado com este objetivo, torna-se Direito Administrativo social. O Direito Administrativo social é, portanto, uma evolução do Direito Administrativo, já que mantém os seus elementos clássicos, inclusive o seu principal caracterizador, que é o de vinculação ao interesse público. O centro do Direito Administrativo, no Estado social, passa a ser não só as políticas públicas, mas políticas públicas voltadas à realização dos direitos sociais. Esta linguagem das políticas públicas, por outro lado, não está presente na Constituição de 1988, a qual estabelece uma distinção na forma de serviços públicos *versus* atividade econômica²².

Entretanto, a resposta de que o Direito Administrativo social é o Direito das políticas públicas não é tão óbvio assim, já que pressupõe uma reconstrução teórica da Constituição de 1988, o que será realizado abaixo. Ainda, é necessária, finalmente, a conexão com elementos culturais de questionamento do Estado social, o qual acabam refletindo no Direito Administrativo de cunho social (o que já sofre questionamento em termos de legitimidade pela sua própria regência pelo interesse público).

²¹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Company, 1999. p. 50.

²² SCHIER, Adriana da Costa. **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Ithala, 2016. p. 133.

Desde 1988, as organizações públicas ganharam um salto de eficiência e passaram a produzir resultados. Em realidade, o setor público atingiu, de forma parcial é verdade, os objetivos que lhe foram traçados e propostos pela Constituição de 1988.

De fato, se se observar o que aconteceu de 1988 até 2021, somente o poder público obteve resultados promissores em relação ao que se propõe. Habitação, saúde, educação, infraestrutura – praticamente todos os indicadores apresentaram relevante melhoria. O setor privado, não. A não ser por alguns poucos períodos, o mercado no Brasil não cresceu e não soube aproveitar os momentos de bonança. Um exemplo emblemático é o da formação de engenheiros: o sistema educacional brasileiro ofereceu ao mercado milhares de engenheiros com formação superior, muitos com estágios no exterior, e isto não redundou em aumento da produção industrial brasileira.

A explicação se encontra, ao menos parcialmente, no modelo constitucional brasileiro. Definitivamente o modelo constitucional de 1988 se encontra no campo do Estado social liberal. Há uma divisão entre o campo econômico, normatizado no art. 173, tendo como ator principal os privados, e o serviços públicos, presente no art. 175, a cargo do poder público. Interessante dizer que o serviço público por vezes é tomado pela CF como atividade pública, isto é, praticamente como sinônimo de políticas públicas (herança da escola subjetiva do serviço público). Existia uma esperança em que a especialização de tarefas iria trazer maior funcionalidade e dinâmica nas relações das políticas públicas. Esta equalização iria satisfazer a tradição da divisão das atividades no Brasil e ainda compatibilizar os diferentes interesses em 1988. O poder público seria uma espécie de “síncico”, cuidando de serviços públicos, enquanto os privados deveriam ficar com a atividade de produção de riquezas. Pelo modelo de 1988, no campo do domínio econômico a atuação do Estado ficou extremamente restrita às funções de indução e fiscalização, mas nunca geração de riqueza.

Em 2021 tem-se experiência suficiente para lançar um olhar a 1988 e verificar a evolução desde então. O dado surpreendente é: via políticas públicas, os objetivos sociais do Estado brasileiro foram parcialmente atingidos²³. O poder público entregou parte de sua missão. Cobertura de saúde, diminuição de doenças, alfabetização, ensino superior – existiu avanço em praticamente todas as áreas. Por outro lado, no campo reservado aos privados, o domínio econômico, só se assistiu a fracassos. Desindustrialização, falta de aproveitamento dos talentos nacionais, quebra das empresas campeãs, baixa atratividade de investimentos.

Qualquer tentativa de otimização no campo da produção da riqueza do Brasil tem de passar pelo exame do modelo econômico presente na Constituição de 1988. Mesmo

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

o modelo social da CF 1988 não foi capaz de gerar riqueza dentro do território brasileiro. Provavelmente a razão é a de que, no campo econômico, a CF 1988 sempre foi liberal. A CF 1988 é social no sentido da existência de direitos sociais e de ser uma Constituição dirigente. O resultado não poderia ser outro: as políticas públicas entregaram resultados; a iniciativa privada, não.

Muito embora em 1988 o neoliberalismo e sua financeirização já estivessem em implantação na economia brasileira, a Constituição de 1988 refletiu o Estado social incompleto das décadas anteriores, bem como o Estado social das constituições portuguesa, espanhola e finalmente alemã, inspiradoras que foram do movimento do neoconstitucionalismo europeu e que fascinou os juristas do Brasil nos anos 1990, com suas diferentes e as vezes estranhas recepções, como no caso da teoria dos princípios como ponderação.

É evidente que como em qualquer processo constitucional existe alguma dissociação entre as decisões estabelecidas na Constituição e a dinâmica social. Depois das Constituições dirigentes isto se tornou mais nítido e inclusive natural, já que, se uma Constituição tem por missão mudar uma sociedade, esta sociedade possui práticas diferentes do que aquelas modelizadas na Constituição. Há de se lembrar que os mercados nacionais são criados pelos próprios Estados. Assim, a divisão de funções e missões dos setores público e privado presentes na Constituição de um Estado efetivamente é estrutural.

Entretanto, no campo da divisão de tarefas público/privado há de se ressaltar que de fato tanto a Constituição foi conservadora, mantendo as concepções anteriores a 1988, como possuiu alguma normatividade, perdendo só recentemente sua capacidade de enlace com os operadores jurídicos e políticos no campo dos serviços públicos, os quais foram descaracterizados em direção à liberalização pelas sucessivas decisões judiciais, leis e emendas à Constituição. A conclusão é a de que o estudo do modelo constitucional retroalimenta os sombrios elementos da realidade factual social e econômica do Brasil. Há uma interação entre elementos culturais que atingem a legitimidade do Estado social combinado com os próprios insuportáveis resultados da ordem econômica brasileira.

A Constituição de 1988 possui uma base econômica de cunho capitalista-desenvolvimentista. Ela parece ser mais liberal do que usualmente se descreve. Enquanto que os juristas focam na forte necessidade de políticas públicas e serviços públicos para atender os direitos fundamentais, há de se lembrar que a Constituição, mesmo em sua redação original, tem uma crença ingênua na dinamicidade dos fatores econômicos presentes na Constituição de 1988 – crença esta já superada pelos fatos, mas não ainda na ideologia. A Constituição atribui a *execução e planejamento* da atividade econômica aos modelos de acumulação baseados na lógica privada. O planejamento público, quando existe, é meramente indicativo (sabendo-se que estes instrumentos na prática administrativa brasileira são nulos). O grande ator da produção de riquezas são os privados, cabendo ao Estado,

nos termos do art. 174 da Constituição, as funções de regulação (*light*, já que não pode significar planejamento compulsório) e indução. Quer-se dizer, aqui, que sim, são possíveis políticas públicas voltadas à produção de riqueza e alguma modelização da acumulação, mas os instrumentos que a Constituição de 1988 disponibilizou ao administrador público são parcos e escassos a tanto – sendo que tampouco existiu vontade para utilizar os instrumentos existentes, à exceção da indução via financiamento. Claro que existe a possibilidade de intervenção direta na economia via art. 173, mas se trata de mecanismo excepcional e que foi pouco usado e que ainda possui retração via privatização. A conclusão clara e forçosa é: pelo modelo constitucional e pela efetiva prática social a produção de riqueza no Brasil, como país capitalista que é, ficou a cargo da iniciativa privada. Entretanto, a expectativa da produção de riqueza era uma expectativa impossível. Sem um setor público atuante, com planejamento compulsório, produção de conhecimento básico e avançado e empresas públicas produtoras de riqueza, com foco na complexidade econômica, não há sequer como se imputar a responsabilidade ao setor privado, dado que lhe fora atribuída uma missão inviável. A Constituição, deste modo, é claramente insuficiente.

Ao setor público seria atribuída a prestação de serviços públicos, presentes no art. 175. Note-se que a Constituição não elenca e tampouco define serviços públicos, sendo um tema polêmico na dogmática do Direito. Por vezes a Constituição utiliza os termos serviços públicos, em seu sentido clássico, da escola subjetiva, como sendo qualquer atividade advinda do Poder Público. Neste caso, o conceito de serviço público parece ser semelhante ao de política pública. Em outros momentos, serviço público aparece no sentido de função pública e, finalmente, em seu sentido atual, como obrigação de fazer.

Muito embora esta divisão atividade econômica *estrito sensu* versus serviços públicos não seja de todo inadequada e não exclua outras atividades públicas, já que fundamentada na observação que leva em conta o elemento econômico, há de se ressaltar que o modelo do Estado social brasileiro é muito mais abrangente, conforme descrito na introdução.

De todo modo, como o Direito Administrativo social é o Direito das políticas públicas voltadas à realização de direitos sociais – e, sendo claro que estes só são realizados mediante complexos de ações – resta claro que o hiperindividualismo e a ausência de elementos cooperativos na cultura política brasileira não atingem apenas a operacionalidade das políticas públicas, mas também sua legitimidade, e, com isto, a legitimidade mesma do Direito Administrativo social.

6. CONCLUSÃO

O problema deste trabalho consistia em traçar categorias para o entendimento da cultura política e mesmo social geral do Brasil da contemporaneidade e suas relações com o Estado Social e com o Direito Administrativo social. O Direito Administrativo social é uma especificação do Direito Administrativo. Seu centro e foco reside nas políticas públicas, até por que parte de um pressuposto principal de centralidade dos direitos sociais, e os direitos sociais só podem ser realizados via políticas públicas. Há, portanto, um quadrilátero necessário: Estado social – Direito Administrativo social – políticas públicas – direitos sociais. Um só faz sentido com o outro.

Este quadrilátero, contudo, demanda uma cultura política favorável. A hipótese é a de que a cultura política atual não é favorável ao Estado social e seus elementos conexos. Algo complexo como a cultura política sempre será observado de forma parcial. Crê-se, entretanto, existirem critérios de observação pertinentes ou elementos/categorias chave. Estes elementos e categorias podem ser resumidos no ressentimento formado pela mitologia da meritocracia pelo homem cordial instrumentalizado pelas elites.

A sociedade brasileira reproduz-se imersa em uma crença de que ela “premia” os merecedores. Dado seu óbvio caráter excludente, pouquíssimos são premiados. Aqueles considerados perdedores, contudo, continuam a negar a realidade e preferem um amor ao mito e à crença, ruminando desejos de vingança que nunca irão se realizar. Estes desejos de vingança são direcionados precisamente ao Estado social, o qual é visto como dificultador da premiação do “merecedor”. Tem-se, assim, ataques tanto à praticabilidade do Estado social, uma vez que este requer algum grau de cooperação, e não hiperindividualismo (resultado da meritocracia e do ressentimento), como à sua legitimidade.

REFERÊNCIAS

- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUNKER, Christian. **A Paixão da Ignorância: a escuta entre psicanálise e educação**. São Paulo: Contracorrente, 2020.
- HAN, Hyung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2015.
- HEIDEMANN, Francisco G; SALMA, José Francisco (orgs.) **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. 3. Ed. Brasília: Editora da UNB, 2014.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: Norton & Company, 1999.

KEHL, Maria Rita. **Bovarismo Brasileiro.** São Paulo: Boitempo, 2018.

KHEL, Maria Rita. **Ressentimento.** São Paulo: Boitempo, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Era do Vazio:** Ensaio sobre o indivíduo contemporâneo. São Paulo: Manole, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Sociedade da Sedução:** Democracia e narcisismo na hipermodernidade liberal. São Paulo: Manole, 2020.

MOTA, Denise Guichard Freire. **Os Jovens que nem estudam e nem trabalham no Brasil.** Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do Bem e do Mal.** Porto Alegre: L&PM, 2012.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito:** o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SCHIER, Adriana da Costa. **Serviço Público:** garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas;** conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. Ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SILVA Jr. Nelson da Silva. O Brasil da barbárie à desumanização neoliberal: do “Pacto edípico e pacto social”, de Hélio Pellegrino, ao “E daí”, de Jair Bolsonaro. DUNKER, Christian; SILVA Jr., Nelson da; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico.** Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

SOUZA, Jessé. **A Elite do Atraso:** da escravidão à Lava-jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TIBURI, Márcia. Pós-Verdade, pós-ética: uma reflexão sobre delírios, atos digitais e inveja. DUNKER, Christian; TEZZA, Cristovão; FUKS, Julián; TIBURI, Márcia; SAFATLE, Vladimir. **Ética e Pós-verdade.** Porto Alegre: Dublinense, 2017.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem.** 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

PLURALISMO COMO CONECTIVO CULTURAL ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Estado Constitucional em pauta. 3. O pluralismo como contribuição do constitucionalismo contemporâneo para os diálogos franco-brasileiros. 4. Educação plural como conectivo cultural entre direitos fundamentais e igualdade. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Honrado pela oportunidade de participar do Congresso Franco-Brasileiro de Direitos Fundamentais e Igualdade, entre os dias 4 e 5 de junho de 2018, sob a organização do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano – NUPED da PUCPR, da Escola de Direito da PUCPR, do Mestrado do UNICURITIBA, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo – IPDA e da Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, escrevo este ensaio crítico sobre educação plural e processos culturais como conectivos entre direitos fundamentais e igualdade de forma a contribuir para a obra Direitos Fundamentais e Igualdade: Diálogos Franco-Brasileiros.

Democracia e constitucionalismo estão em pauta desde o surgimento do Estado Moderno¹, numa relação nem sempre linear². A partir do Estado Contemporâneo, a tensão existente entre um e outro se intensifica, em especial, com o renascer das sociedades plurais – com novos direitos e novos sujeitos de direito, bem como com a judicialização da

* Professor de Direito Administrativo no UniBrasil e na Estácio Curitiba, onde é membro do Programa Pesquisa Produtividade. Pós-doutorado em Direito Político pela Universidade MACKENZIE/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR. Contato: osorio.nascimento@gmail.com.

¹ MAMED, Danielle de Ouro. La modernidad y la mercantilización de la naturaleza: buscando nuevos caminos frente a la crisis socioambiental. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 1, p. 101-120, 2015.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v. 66, p. 88-105, 2015.

política no âmbito do Judiciário, provocando conflitos com os poderes Legislativo e Executivo. Em meio à referida tensão, novas soluções vão surgindo e, conseqüentemente, outros debates sobre desenhos institucionais do Estado, rediscussão de mecanismos de exercício da soberania popular e da legitimidade dos poderes instituídos vão se intensificando, para além dos três poderes.

Em que pese não haver, pelo menos, neste início do Século XXI, uma resposta imediata à tensão em comento, alguns itens deste debate precisam ser elevados à categoria de premissas para que o assunto avance no tempo. Sob a perspectiva sociocultural, o que talvez seja interessante na relação entre constitucionalismo e democracia, levantam-se justamente as demandas contemporâneas que revigoram o debate teórico e que chamam por novas práticas a educação em direitos humanos. Para que isto seja possível, algumas justificativas e recortes se fazem necessários à metodologia científica deste trabalho propositivo e interdisciplinar.

A questão do tempo e suas terminologias são importantes. Em primeiro lugar, há se lembrar de que o constitucionalismo tradicional se caracterizou por ser eminentemente normativo. O constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, compreendido a partir da Revolução dos Estados Unidos, com o estabelecimento de um texto normativo de hierarquia superior em forma de um documento solene, tem como conteúdos necessários aspectos relacionados à limitação e organização do poder e dos órgãos de soberania, com a construção de um Estado cuja ação está vinculada ao Direito.³

Alinhado à ideia de que a superação do modelo tradicional das estruturas jurídicas importa em reorganização das relações entre os poderes; e, à percepção de que as atividades dos Poderes que representam Institucionalmente o Estado Democrático de Direito devem acordar com os novos parâmetros impostos pelo neoconstitucionalismo, esta pesquisa está centrada numa proposição interdisciplinar⁴ como possível articulação entre Constitucionalismo e Democracia. não se trata, conseqüentemente, de teorias da Justiça/ Democracia, judicialização da política, ativismo ou legitimidade do controle judicial das leis e nem das análises sobre as possibilidades e limites da hermenêutica constitucional.

No caso do constitucionalismo latino-americano, que outorgam à natureza o status de sujeito de direito⁵, questiona-se a admissão sob qualquer flexibilização dos capitais

³ Sobre o histórico do Constitucionalismo, recomenda-se: ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?** Curitiba: Juruá, 2011.

⁴ Fazendo referência a Carlos Santiago NINO e a Roberto GARGARELLA, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções, de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia. Em outras palavras, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que isso signifique necessariamente o fim da tensão ou um certo apaziguamento ingênuo entre ambos.

⁵ MORAES, Germana de Oliveira e FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumak kawsay).

natural e humano, devendo o capital econômico submeter-se à necessidade de manutenção do equilíbrio socioambiental. É nesse contexto que se insere a proposta de estudo do multiculturalismo e a forma como se pode canalizar as instituições para a promoção de mecanismos de inclusão social e construção da cidadania.

2. ESTADO CONSTITUCIONAL EM PAUTA

A democracia continua sendo a palavra chave dos regimes políticos. A primeira ideia quando se fala em democracia é a de governo da maioria. Não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental no sistema da democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem comum ou o interesse de todos, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos⁶.

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos⁷. O ideal moderno da igualdade e da autodeterminação impõe uma relação entre governantes e governados, tomada ora como identidade, ora mediada pela representação política. Em regra, no entanto, o “governo do povo” torna-se o “governo autorizado pelo povo” e a instrumentalização da cidadania^{8 e 9} e da soberania popular, em uma democracia contemporânea, faz-se pelo instituto da representação política¹⁰.

O fato de diferentes culturas postularem o mesmo direito de exercerem, num mesmo país, as suas diferenças, exige das democracias uma espécie de mediação entre a

In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 57.

⁶ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

⁷ Idem.

⁸ BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educs, 2012. p. 13.

⁹ NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Sellos. (Org.). **Diálogos (im)pertinentes: Estado, Direito e Democracia**. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103.

¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). **Estudios de Derecho Electoral**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 107.

igualdade e a diferença, entre constâncias da maioria e devires criativos das minorias, na medida em que sua universalidade comporta¹¹.

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição¹².

Para Jon ELSTER, o constitucionalismo se justifica como um ato de pré-compromisso que serve para proteger decisões imprudentes.¹³ Aqui, o papel das limitações constitucionais seria o de impedir que a sociedade modifique sua opinião em questões importantes baseada apenas em paixões, autoengano e histerias, que podem determinar que uma maioria temporal estabeleça alterações lamentadas posteriormente. Assim, a noção central é de que a assembleia constituinte aprova as leis fundamentais que são a base para todas as gerações seguintes. De modo que, só a assembleia constituinte é realmente um ator político, no sentido forte de *la politique politisante*; todas as gerações seguintes estão restritas a *la politique politisée*.

A partir dessa constatação, sugere uma noção de que através da assembleia constituinte a sociedade se amarra estabelecendo poderes de decisão sobre alguns temas ao judiciário e criando super-maiorias para a modificação da Constituição, propondo o 'paradoxo da democracia', segundo o qual: cada geração quer ser livre para obrigar a sua sucessora, enquanto não é obrigada pelos seus predecessores. No entanto, como se percebe, trata-se de discussão que pode ser enfrentada com base em argumentos intertemporais, pois, sob esta perspectiva, a Constituição é legítima somente porque todas as alternativas disponíveis carecem de legitimidade, dando a entender que a geração seguinte não tem obrigação de se sentir amarrada, nem possui o direito de legitimamente amarrar seus sucessores.

No entanto, como se sabe, o constitucionalismo do positivismo oitocentista é um constitucionalismo frágil que se limita a estabelecer o esquema básico da ordem política e de suas instituições, atribuindo competências e determinando procedimentos, um constitucionalismo das regras do jogo, dos limites que não podem ser ultrapassados, dos direitos

¹¹ ALCALÁ, J. Alberto del Real. Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural. In: RUIZ, Ruiz Ramón; et al. (Editores). **Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo**. Madrid: Dykinson, 2005. p. 57.

¹² KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

¹³ ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999. p. 38.

que não podem ser transgredidos, um constitucionalismo de mínimos que estabelece um marco de convivência baseado na autonomia dos indivíduos nas esferas social e política.¹⁴

Na Suprema Corte norte-americana, por outro lado, afirmou-se um conjunto de técnicas de auto-restrição no exercício de sua função de revisão da legislação (*judicial self-restraint*). Com isso, tinha-se por objetivo harmonizar o exercício das funções estatais dentro de uma lógica de freios e contrapesos. Os seguintes elementos destacam-se nessa doutrina de autocontenção: (i) *cases and controversies*; (ii) *standing to sue*; (iii) *precedent*; (iv) *comity*; (v) *political questions*. Gustavo Ferreira SANTOS bem explica:

Com a primeira técnica, a controvérsia a ser analisada deve estar devidamente delimitada, uma vez que é função do Judiciário solucionar conflitos na aplicação da lei e não meramente emitir opiniões. A segunda técnica diz respeito à exigência de que prove a parte que requer a decisão da Suprema Corte o seu interesse direto na solução do conflito. Com a terceira técnica, o órgão de decisão apresenta-se vinculado a decisões anteriores, apesar de serem tais decisões passíveis de reapreciação, funcionando o precedente como uma espécie de guia às atividades, em razão da adoção da regra do *stare decisis*. A quarta técnica destaca o papel da Suprema Corte no sistema judicial da Federação, exigindo harmonização com os demais tribunais, o que faz necessária a exaustão dos recursos aos tribunais estaduais, como condição para que se exercite o direito de recurso ao tribunal superior. Na última técnica, que tem suscitado maiores polêmicas, a doutrina das questões políticas, exige a Corte que tratem os casos levados à decisão da Suprema Corte de questões jurídicas *stricto sensu*, sendo presumida a constitucionalidade dos atos do legislador.¹⁵

Com nuances que representam as diferenças entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, todos esses elementos, de alguma forma, refletiram-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou nas normas que regem o nosso controle de constitucionalidade das leis. Ao ser explícita na Constituição a função de sua guarda, o Judiciário recebe uma atribuição política inegável. É preciso que o juiz constitucional tenha sempre isso claro na hora de decidir. O exercício dessa função deve ser observado e controlado pela sociedade, com consciência da dimensão política das questões constitucionais. Isso é da essência de sistemas que permitem ao Juiz revisar a legislação.¹⁶

¹⁴ CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

¹⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43 n. 172, p. 49. out./dez. 2006. p. 49.

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

Para Cristina QUEIROZ, essa realidade de uma concepção de direitos, que vai além do conceito de código e que traz o Poder Judiciário para o centro do constitucionalismo, implica um conceito de Direito que engloba, “além das normas, os princípios, os valores e as formas de argumentação, que servem de referência às decisões jurídicas”. Passa-se da dogmática à pragmática. Em outras palavras, a Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação de abuso desse poder.¹⁷

Nas palavras de Eneida Desiree SALGADO, “em nome de uma representação ‘adequada’ da vontade do eleitorado o Poder Judiciário acabou por impor mais um filtro entre o povo e o poder. (...) e em cenário de intensa fluidez ideológico-partidária, (...) esse intermediário apenas aumenta a impossibilidade de determinação do conteúdo da relação de representação”.¹⁸

No entanto, em que pese a tentativa de mitigar uma relação de representatividade por meio de uma Instituição Democrática – e responsável por valores substantivos das Sociedades – existem dois pontos que precisam ser trabalhados: (i) a tomada da responsabilidade pelo cidadão, que precisa compreender o seu papel na democracia e se dar conta das demais formas de interferência na formação da vontade política (sendo uma delas, por meio da educação); (ii) a legitimidade das Instituições do Estado Democrático de Direito que precisam ser democratizadas¹⁹.

Por um lado, a legitimidade demanda uma reconsideração profunda em duplo sentido: em primeiro lugar, porque não pode seguir sendo concebida como uma característica extrajurídica da norma, mas sim, é preciso que fique associada a uma concepção dinâmica de validade e eficácia; em segundo lugar, porque a legitimidade extrajurídica não pode seguir desvinculada da legitimidade política²⁰. Seria inócuo, por exemplo, atribuir ao Poder Judiciário e, logicamente aos seus ministros, a chamada apoliticidade (em sentido amplo). Portanto, anular ou reduzir a legitimidade de Instituições Democráticas não parece ser o caminho mais acertado para reduzir a tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

Por outro lado, este mesmo debate exige uma conexão imediata entre constitucionalismo e participação política, pois a base de todo regime constitucional é a expressão da

¹⁷ QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 477.

¹⁸ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). **Estudios de Derecho Electoral**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 125.

¹⁹ Especialmente sobre democratização da jurisdição constitucional, recomenda-se: TAVARES NETO, José Querino; BARBOSA, Claudia Maria. Democratização da jurisdição constitucional: uma análise a partir de Pierre Bourdieu. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 36, n. 1, p. 60-84, jan./jun. 2012.

²⁰ CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

vontade cidadã através de procedimentos legalmente previstos. Assim, sociedades plurais e suas respectivas cidadanias, enquanto centros de imputação de direitos difusos, somente adquirem sentido em uma ordem democrática através do exercício efetivo de participação democrática; de modo que a Constituição, enquanto modelo normativo que expressa uma vontade coletiva de convivência democrática, alcança sua máxima expressão através da participação como exercício de soberania popular.²¹

Com isso, o novo desenho institucional das relações plurais no constitucionalismo contemporâneo deve ficar sob o guarda-chuva protetor da legitimidade democrática, em conjunto com a participação como exercício de soberania popular. Difícil tarefa que recai sobre a mesma pergunta de outrora: como resolver este emblema? Como sustentar a atuação do Legislativo e/ou do Judiciário, na atividade de editar normas, criar direitos e afirmar a constitucionalidade das normas promulgadas?

O desenvolvimento de uma estrutura institucional de Estado Democrático de Direito, dotada de mecanismos adequados de representação, respaldada em critérios de legitimidade jurídico-político; somado à democratização destas mesmas Instituições, com participação nos processos de tomada de decisões, que refletem em demandas substantivas da Constituição, podem ser possíveis a partir do comportamento do multiculturalismo.

Neste caso, o multiculturalismo pode ser compreendido ou como fator social ou como teoria. O primeiro diz respeito à convivência de grupos distintos dentro de um mesmo território; a segunda possibilidade, por sua vez, toma o caráter normativo abrindo propostas para a solução dos conflitos provenientes da convivência entre diferentes pessoas ou grupos culturais que buscam a coexistência em um mesmo território. Aqui, existe a necessidade do reconhecimento público das diferenças para a sobrevivência dos diferentes grupos culturais em uma sociedade multicultural.

Ao se referir ao Estado (em sentido amplo) como detentor do Poder, levantou-se, num primeiro momento, a tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia, evoluindo a discussão entre o exercício da soberania popular e a legitimidade das decisões das Instituições Democráticas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

A partir deste contexto, propõe-se, aqui, a educação em direitos humanos como possível ponto de articulação entre o Constitucionalismo e a Democracia, considerando-se o comportamento institucional como modalidade de atuação do Estado Democrático de Direito e sua respectiva capacidade de integração entre Sociedades plurais e o Estado.

Quem se aproxima bastante desta (nova) proposta como instrumento de legitimidade das instituições democráticas no estado contemporâneo são as referências constitucionais latino-americanas. Apenas a título exemplificativo, sabe-se que: da Constituição de

²¹ LEWIS, Norman. **Choice and the legal order**: rising above politics. Cambridge: Cambridge Univ., 1996. p. 1-30.

Weimar às constituições europeias do pós-guerra, o constitucionalismo social transforma profundamente a relação entre Estado e sociedade. O catálogo de direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho.

Assim, defendendo um possível exemplo de correlação com o escopo de demonstrar que o liame entre o constitucionalismo e o multiculturalismo (característico também de um constitucionalismo latino-americano) reclama uma redefinição do modo de compreensão dos instrumentos democráticos para atender aos novos padrões do constitucionalismo contemporâneo, levanta-se a chamada integração de novos direitos e novos sujeitos de direito nas Sociedades Plurais.

Em que pese a questão do direito das minorias, dentro de um governo de maiorias, elevar a tensão já existente entre democracia e constitucionalismo, supõem-se, mutuamente, serem “equiprimordiais e co-originaários”, constituindo um ao outro como afirma Menelick de CARVALHO NETTO: “a democracia só é democrática se for constitucional” e “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.²²

Dessa forma – e a título exemplificativo, a participação das comunidades tradicionais nas discussões e debates favorece a construção de um país e de um regime político democrático com base num pluralismo social, político e cultural que considera e respeita as diferentes concepções e a diversidade cultural²³, morando aí a atuação seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário, na atividade de editar normas, criar direitos e afirmar a constitucionalidade das normas promulgadas.

Daí a importância, sob uma perspectiva socioconstitucional, da educação em direitos humanos. Em sentido amplo, como meio de reafirmação da democracia e do constitucionalismo; e, em sentido estrito, através da reorganização de instituições democráticas e procedimentos adequados, que impliquem na efetiva participação de todos. Para tanto, não é preciso “força” ou “mão forte”, mas povo e Instituições democráticas fortificadas no espírito do socioconstitucionalismo. Isso significa vincular, teórica e praticamente, a educação em direitos humanos à articulação entre Democracia e Constitucionalismo contemporâneo.

²² CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia: a consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 82-83, dez. 2003.

²³ ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-58, jan./jun. 2010.

3. O PLURALISMO COMO CONTRIBUIÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO PARA OS DIÁLOGOS FRANCO-BRASILEIROS

O ser humano sempre buscou conhecer a natureza, entender o seu funcionamento, a causa de fatos e fenômenos. A busca pelo conhecer é própria da humanidade. Nesse sentido, diferentes são os caminhos percorridos por cada indivíduo e pela sociedade para entender o mundo a sua volta. É com base nessas perspectivas de epistemologia e de multiplicidade de formas de se conhecer que se encontra o pluralismo epistemológico.²⁴

O pluralismo epistemológico nasce em oposição a ideia que se tinha sobre universalidade de conhecimento, o “universalismo epistemológico”. Para os universalistas, existe um conjunto de valores que o indivíduo acredita serem universais, uma verdade absoluta, uma cientificidade independente dos valores culturais.²⁵ Para explicar a “Epistemología pluralista”, no livro “Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia”, Raúl Prada ALCOREZA expõe que:

Pluralismo epistemológico nos lleva al horizonte abierto de la interculturalidad emancipadora, más allá de la multiculturalidad liberal, que concibe una jerarquía cultural, desde el núcleo de la cultura moderna, haciendo concesiones “democráticas” a las otras culturas. En cambio la interculturalidad emancipadora se plantea un descentramiento respecto de la cultura dominante, la moderna, y concibe la equivalencia cultural, comprendiendo la posibilidad civilizatoria de todas las culturas.²⁶

Nessa perspectiva de um pluralismo comunitário-participativo, há de se chamar a atenção para o fato de que a insuficiência das fontes clássicas do monismo estatal determina o alargamento dos centros geradores de produção jurídica mediante outros meios normativos não-convencionais, sendo privilegiadas neste processo, as práticas coletivas engendradas pelos movimentos sociais,²⁷ inserindo-se, aqui justamente a relação entre

²⁴ SOUZA, Sanny Santos de. **Avaliação externa baseada no pluralismo epistemológico**: um estudo sobre o tema “Ser Humano” e “Saúde” no estado de Sergipe. 2016. 86 f. Dissertação (Pós-Graduação em Ensino de Ciências) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

²⁵ CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. **Comunicação & Política**, v. 25, n. 2, p. 91-107, 2007.

²⁶ ALCOREZA, Raúl Prada. Epistemología pluralista. In: ZAMBRANA, Amílcar. **Pluralismo epistemológico**. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 13-54.

²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 137.

Direito, Estado, Sociedades, Povos e Meio Ambiente. Será que as “lentes da modernidade” foram confeccionadas para perceber a complexidade dos fatos da vida?²⁸

Aproximando este ponto sobre o multiculturalismo na educação, a partir de uma perspectiva de reconhecimento das pluralidades culturais, visualiza-se desafios postos a prática do profissional no contexto educacional. Aqui, HAMADA também questiona: será que a regulação do quase-mercado educacional não parece sujeita à distorção decorrente de tensões políticas-institucionais?²⁹

Ao defender-se multiculturalismo e processos culturais, não se põe em evidência o fato de também o professor emergir de um universo cultural. Também ele foi educado segundo determinados padrões culturais que devem, de certo modo, ser superados para que possa abrir-se para os outros.³⁰ Nessa mesma sequência, PRADA RAMÍREZ explica que:

En realidad, se espera de la universidad una transformación social y productiva, una educación que contribuya eficazmente a la convivencia democrática y la reactivación económica de las regiones del país, que colabore, con la creación del conocimiento, a la transformación social y productiva de nuestras sociedades.³¹

Indiretamente, mas de forma precisa, Maria Cristina Vidotte Blanco TÁRREGA e Daniel Diniz GONÇALVES também explicam a importância do pluralismo epistemológico na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano:

O aspecto interdisciplinar reclama que os campos do saber devem se abrir a outras disciplinas, comunicar-se e lutar contra a resistência gremial de corporações. Não se trata apenas de abrir o direito à economia, história, ciências sociais ou política, mas que, dentro do próprio Direito haja elementos econômicos, históricos, políticos, éticos e sociais, em uma perspectiva de verticalização de todas as produções de saberes, científicos e tradicionais.³²

²⁸ TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 1, p. 181, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

²⁹ HAMADA, Guilherme Henrique. Instrumentos constitucionais para regulação do quase-mercado da educação superior brasileira. In: BONAT, Alan Lui; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin. *Políticas públicas e desenvolvimento*. Curitiba: Ihala, 2016. p. 226.

³⁰ WERNECK, Vera Rudge. Uma avaliação sobre a relação multiculturalismo e educação. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 60, p. 418, jul./set. 2008.

³¹ PRADA RAMÍREZ, Fernando. Pensamiento de frontera y epistemologías en la educación superior. In: ZAMBRANA, Amílcar. *Pluralismo epistemológico*. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 73.

³² TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 1, p. 181, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

Em outras palavras, é por meio do pluralismo epistemológico, inserido na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano, que se espera uma possibilidade de repensar o Direito e a Educação moderna, rechaçando a visão hegemônica eurocentrista dos saberes, assim também qualificadas como uniformes, binárias, excludentes e hierárquicas. No mesmo sentido, a esperada emancipação, para-além de privações e marginalizações, só será possível a partir do reconhecimento e da maximização de (novos) direitos como mecanismos de enfrentamento de tensões entre democracia e constitucionalismo emergente.

4. EDUCAÇÃO PLURAL COMO CONECTIVO CULTURAL ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E IGUALDADE

É exatamente aqui que se nota a necessidade do avanço do conhecimento científico no ambiente de processos culturais como conectivos entre direitos fundamentais e igualdade. A política educacional plural serve como exemplo do Estado Constitucional. Primeiro, porque existe, sim, uma necessidade prévia de identificação de habilidades afetivas para a avaliação de uma política pública sociocultural. Não se trata de um mero questionamento subjetivo, que, claro, poderia dar margem a distorções num processo de avaliação minimamente confiável, mas de ponto metodológico que não pode ser ignorado ao se perguntar se existe ou não vontade de ambas as partes envolvidas na construção do conhecimento, razão pela qual a afetividade e a afinidade em relação à educação em direitos humanos precisam ser identificadas de forma imediata.

De forma sequencial, as habilidades cognitivas precisam ser tratadas como exigência de tutela estatal na prática de educação, pois é justamente por meio de uma percepção de formação qualitativa e de seu respectivo conhecimento que o professor consegue, por exemplo, captar a reação da turma e suas possíveis dificuldades durante o aprendizado.

Somada a estes pontos tem-se o mecanismo de interação entre os discentes como ponto de observação metodológico para a avaliação de uma política pública educacional, lembrando que, por se tratar de uma linguagem não verbal, a ausência de uma **participação ativa**, efetiva e intensa entre os sujeitos que compõem a turma também pode desestimular o aluno e/ou até mesmo o grupo. Isso significa, em outras palavras, que referida política pública social, voltada notadamente à educação, provavelmente só terá sucesso se houver a percepção real de que o grupo caminha junto durante o processo de aprendizagem.

Nesse mesmo ambiente, para a avaliação de uma política social no ambiente de aprendizagem, não se pode ignorar, em nenhuma hipótese, a comunicação entre professores e alunos, isso porque referido ambiente apresenta peculiaridades específicas como a

linguagem não verbal. A postura do professor se traduz de certa forma como mecanismo indutor de uma política pública eficiente³³ e qualitativa.

E, por último, nestes breves traços metodológicos, para avaliação de uma política pública de educação, não se pode esquecer de que cada aluno tem seu próprio ritmo, cabendo ao professor fazer um planejamento individual-coletivo, seja em relação ao tempo, seja em relação à interdisciplinaridade do conteúdo propriamente dito. Fomentar uma conexão entre teoria e prática, é conceder ao aluno a possibilidade de demonstrar não apenas o que foi capaz de absorver como informação transmitida, mas também de expor seu pensamento, de forma a contribuir para o desenvolvimento da coletividade em que está inserido, justificando-se, portanto, mais uma tutela do Estado para o desenvolvimento da educação como direito social.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta à problemática apresentada, podem ser extraídas algumas conclusões articuladas, com as quais se pretende contribuir para o debate desse importante tema da atualidade.

Em linhas gerais, a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inclusive, os conteúdos da constituição; e, o constitucionalismo, limites à soberania popular.

A Constituição se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos. Com isso, a conjugação entre constitucionalismo e democracia absorve outra discussão: o exercício da soberania popular e o poder constituinte. O constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exhibe-o e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e socioculturais conquistados ao longo do tempo.

Com o constitucionalismo contemporâneo, “se desfazem” os sistemas jurídicos constitucionais antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e da multiétnicidade³⁴, surgindo uma postura constitucionalista forte, na qual a constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva.

É aqui que se percebe o pluralismo como contribuição do constitucionalismo contemporâneo para os diálogos franco-brasileiros. O fenômeno da judicialização da política

³³ Sobre a compreensão da expressão, recomenda-se: GABARDO, Emerson; GUIMARÃES, Edgar; LIBORIO, Daniela Campos. (Org.). **Eficiência e Ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017.

³⁴ TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 40, n.1, p. 74 - 94, jan./jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.39314>.

afirma a expansão do Poder Judiciário no estado contemporâneo, provocando conflitos com os poderes Legislativo e Executivo, ao mesmo tempo em que “minorias” – a partir de Sociedades Plurais, passam a exigir, naturalmente, um espaço contramajoritário. O reconhecimento judicial dos direitos de “minorias”, ao contrário de significar uma ofensa ao princípio da separação dos poderes ou uma usurpação da função legislativa pelo poder judiciário, representa o reforço da própria democracia, desde que, claro, sob a premissa da democratização da jurisdição constitucional;

Assim, diante de um pretensão clico vicioso de tensão entre constitucionalismo e democracia, que parece insolúvel, soluções exigem novos desenhos institucionais, rediscussão de mecanismos de exercício da soberania popular e da legitimidade dos poderes instituídos em meio aos conflitos socioambientais.

A relação entre Estado, Sociedades, Povos e Meio Ambiente, nessa matéria, deve se pautar pelo aspecto multidisciplinar do chamado pluralismo epistemológico, na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano, que anima a tutela constitucional dos direitos socioculturais.³⁵ Concessões de prestações individuais, sem a concomitante universalização e maximização do atendimento educacional, acabam por fulminar a própria razão de ser da proteção jurídica dos direitos em questão.

Como proposta (não de resposta aos questionamentos acima, mas como contribuição ao avanço do conhecimento plural), coloca-se a educação em direitos humanos como modalidade de atuação de um Estado Democrático de Direito para articular essa tensão entre constitucionalismo e democracia. Trata-se de uma educação, sob a perspectiva de multiculturalismo, dentro de um Estado Constitucional, que investiga os papéis do Direito na concepção e construção de sociedades plurais, por meio de desenhos institucionais que demonstrem o compromisso entre os dois polos da relação, seja em relação ao exercício de soberania popular, seja em relação à legitimidade de Instituições Democráticas, ambas capazes de criar direitos, afirmar e maximizar a constitucionalidade das normas promulgadas, para-além de posições binárias, excludentes ou dominatórias.

Em outras palavras, é preciso saber como canalizar as instituições para a promoção de mecanismos de inclusão social e construção da cidadania. A avaliação de uma política sociocultural no ambiente de aprendizagem, não se pode ignorar, em nenhuma hipótese, a comunicação entre professores e alunos, isso porque referido ambiente pode apresentar, naturalmente, peculiaridades específicas. Aqui, o repertório de conhecimentos e experiências bem diversificados se traduz num passaporte para que apresentação de

³⁵ Sobre direitos sociais, recomenda-se: HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11 (3), p. 404-436, 2019.

novas possibilidades diante da prática docente, incluindo-se aí a sala de aula e a temática dos direitos humanos, como ponto de partida para a resolução de conflitos socioculturais.

Em síntese, sob a perspectiva socioconstitucional, parte-se do pressuposto que diz respeito ao nexos interno entre a soberania popular e o exercício de direitos, que está na base da ação do Estado Democrático de Direito, inclusive, para suas próprias Instituições, morando justamente aí a educação em direitos humanos para a articulação entre direitos fundamentais e igualdade.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, J. Alberto del Real. Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural. In: RUIZ, Ruiz Ramón; et al. (Editores). **Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo**. Madrid: Dykinson, 2005.

ALCOREZA, Raúl Prada. Epistemología pluralista. In: ZAMBRANA, Amílcar. **Pluralismo epistemológico**. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 13-54.

ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Abel; MATA-LIMA, Herlander. PINHEIRO, Adilson; ALMEIDA, José Antônio. Impactos dos desastres naturais nos sistemas ambiental e socioeconômico: o que faz a diferença? **Ambiente & Sociedade**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 46, jul./set. 2013.

ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. **Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-58, jan./jun. 2010.

BARBOSA, Erivaldo Moreira; NÓBREGA, Maria de Fátima. O Direito Ambiental em perspectiva: da hermenêutica-sistêmica ao saber ambiental. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 183, jul./dez. 2013.

BELLO, Enzo. **A cidadania no constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: Educus, 2012.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. **Comunicação & Política**, v. 25, n. 2, p. 91-107, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia: a consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, p. 82-83, dez. 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 104, p. 558, out. 2012/jan. 2013.

CORTINA, A. Ciudadanía Intercultural, [s/p.]. CONILL, J. (Coord.). **Glosario para uma sociedad intercultural**. Valência: Bancaja, 2002.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Internacional e globalização. In: RAMINA, Larissa Liz Odreski; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (Org.). **Direito Internacional multifacetado: direitos humanos, meio ambiente e segurança**. v. II. Curitiba: Juruá, 2014. p. 13-33.

ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Org.). **Constitucionalismo y democracia**. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FUGITA JUNIOR, Nelson; NASCIMENTO NETO, José Osório do. Os bens culturais e os reflexos econômicos decorrentes do instituto do tombamento. In: FREITAS, Vladimir Passos de; MILKIEWICZ, Larissa. (Org.). **Direito Ambiental: tecnologia e impactos econômicos**. Curitiba: Juruá, 2018. p. 133-149.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ ago. 2017.

GABARDO, Emerson; GUIMARÃES, Edgar; LIBORIO, Daniela Campos. (Org.). **Eficiência e Ética no Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017.

GARDNER, Howard. Para cada pessoa, um tipo de educação. In: **Fronteiras do Pensamento**. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=tLHrC1ISPXE>>. Acesso em: 07 de ago. 2013.

GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 63-82, mar. 2014.

HACHEM, Daniel Wunder. São os direitos sociais “direitos públicos subjetivos”? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 11 (3), p. 404-436, 2019.

HAMADA, Guilherme Henrique. Instrumentos constitucionais para regulação do quase-mercado da educação superior brasileira. In: BONAT, Alan Lui; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin. **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 199-228.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

LEWIS, Norman. **Choice and the legal order: rising above politics**. Cambridge: Cambridge Univ., 1996. p. 1-30.

LEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 155-166.

MAMED, Danielle de Ouro. La modernidad y la mercantilización de la naturaleza: buscando nuevos caminos frente a la crisis socioambiental. **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, v. 1, p. 101-120, 2015.

MELLO, Luci Ferraz de. **Educomunicação na educação**: o diálogo a partir das mediações do tutor. 306 f. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Comunicação. Escola de Comunicação da Universidade de São Paulo. 2010.

MORAES, Germana de Oliveira e FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Sellos. (Org.). **Diálogos (im)pertinentes**: Estado, Direito e Democracia. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103-121.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 40, n. 2, p. 112-132, jul./dez. 2016.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. **Políticas públicas e regulação socioambiental**. Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Representações político-culturais entre as reformas do constitucionalismo latino-americano. In: GALLO, William Iván; et al. (Org.). **Derecho Administrativo para el siglo XXI**: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 39-52.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; ALTHAUS, Ingrid Milano Centa. Educação plural e democracia latino-americana. In: BETTES, Maria Janaina; FURIATTI, Luiza de Araujo; SOUZA, Maria Augusta Oliveira de; NASCIMENTO NETO, José Osório do. (Org.). **Justiça e Democracia**. Curitiba: Íthala, 2018. p. 133-153.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; STRECK, Lenio. Um Direito Constitucional Comum Latino-Americano: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, ano 10, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 121-151, 2012.

PRADA RAMÍREZ, Fernando. Pensamiento de frontera y epistemologías en la educación superior. In: ZAMBRANA, Amílcar. **Pluralismo epistemológico**. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 55-92.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais**: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. **Neconstitucionalismo**: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba: Juruá, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). **Estudios de Derecho Electoral**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 43 n. 172, p. 49. out./dez. 2006.

SANTOS, André Leonardo Copetti; SANTOS, Evelyne Freistedt Copetti. Democracia em cidades multiculturais. Resignificando os sistemas de tomadas de decisão públicas à luz dos direitos humanos das minorias. **Revista Direitos fundamentais Democracia**, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 169-209, jan./jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Larissa. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. **Revista NEJ – Novos Estudos Jurídicos**, Univali, v. 11, n. 2, p. 313-322, jul./dez. 2006.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da; SOUZA, Roberto Martins de Souza. As comunidades tradicionais e a luta por direitos étnicos e coletivos no sul do BR. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 33, n. 2, 128-142, jul./dez. 2009.

SOUZA, Sanny Santos de. **Avaliação externa baseada no pluralismo epistemológico**: um estudo sobre o tema “Ser Humano” e “Saúde” no estado de Sergipe. 2016. 86 f. Dissertação (Pós-Graduação em Ensino de Ciências) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. El nuevo constitucionalismo en América Latina y los derechos de los pueblos indígenas. In: SANCHEZ, Enrique (org.). **Derecho de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina**: Bolívia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Peru y Venezuela. Santafé de Bogotá: Disloque, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, São Paulo, v. 66, p. 88-105, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 40, n.1, p. 74 - 94, jan./jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.39314>.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 39, n. 1, p. 175-193, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

TAVARES NETO, José Querino; BARBOSA, Claudia Maria. Democratização da jurisdição constitucional: uma análise a partir de Pierre Bourdieu. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 36, n. 1, p. 60-84, jan./jun. 2012.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”**. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

WERNECK, Vera Rudge. Uma avaliação sobre a relação multiculturalismo e educação. **Ensaio: aval. pol. públ. Educ.**, Rio de Janeiro, v. 16, n. 60, p. 413-436, jul./set. 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

A PROTEÇÃO DOS PATRIMÔNIOS CULTURAIS E O DIREITO À MEMÓRIA NO BRASIL E NA FRANÇA

JULIA DE MELLO BOTTINI*

KARLO MESSA VETTORAZZI**

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. O Patrimônio Cultural como Fonte da Memória. 2.1. Patrimônio e Cultura. 3. A Proteção do Patrimônio Cultural no Brasil e na França. 4. O Direito à Memória Assegurado pela Proteção do Patrimônio Cultural no Brasil e na França. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Quando adentra-se na seara da preservação e conservação de patrimônios culturais, por vezes, é esquecido o fator de que esses elementos carregam a história e as marcas de um povo, de uma sociedade que presencialmente não está mais lá, mas que se materializa por meio daquilo que foi construído e edificado em seu tempo.

Assim, falar de patrimônio cultural, é identificar a história, os sentimentos e as formas de vida de povos que auxiliarão na compreensão do presente e na construção do futuro de cada sociedade. Ser e reconhecer-se na história faz parte do direito coletivo à memória, que atrelado ao direito à cultura torna-se direito humano e fundamental.

Diante disso, o presente trabalho, por meio de uma pesquisa bibliográfica e do método indutivo, debruça-se em compreender como se construiu a proteção patrimonial

* Professora na UNIFACER (Araucária-PR, Brasil). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogada. Email: julia.bottini@hotmail.com.

** Professor na FAE – Centro Universitário (Curitiba-PR, Brasil). Coordenador do Programa FAE LAW EXPERIENCE. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Advogados. Email: karlo.vettorazzi@fae.edu.br.

cultural, no Brasil e na França, e como essa protetividade se relaciona com a materialização do direito à memória.

Para isso, no primeiro tópico será identificado e discutido aquilo que se compreende enquanto patrimônio cultural, suas dicotomias que transitam entre o público e o privado, sua direta relação como fonte de memória e sua carga cultural.

Após identificadas estas conceituações, passa-se a pensar as diversas formas de proteção ao patrimônio cultural, no Brasil e na França, e a construção história destes elementos.

Por fim, o presente constrói a ideia de que a proteção e conservação do patrimônio cultural é instrumento e ferramenta do direito à memória uma vez que é desdobramento do direito à cultura e da construção identitária de um povo.

2. O PATRIMÔNIO CULTURAL COMO FONTE DA MEMÓRIA

O conceito de patrimônio, como ensina Pedro Paulo Funari e Sandra Pelegrini, possui uma carga multidisciplinar, por isso há a importância de compreender como o mundo ocidental relaciona esta palavra e de que modo, também, o patrimônio, diante de seus múltiplos significados, se transforma em um bem comum.¹

Maria Cecília Londres acredita que essa multidisciplinaridade, citada por Funari e Pelegrini, existe porque os bens culturais não possuem um valor em si mesmos, à eles existe a necessidade de agregar valores, que se ligam à interesses e critérios, sejam estes públicos ou privados.² Junto à isso há, também, a necessidade de legitimação por meio diversas disciplinas, como etnografia, história da arte, arqueologia, além de toda a carga emocional vinculada ao patrimônio cultural³.

Para Funari e Pelegrini, o patrimônio transmite duas ideias diferentes, a primeira é daquilo que solidifica por meios legais e de forma particular como uma casa, uma herança, um legado, a outra ideia transcende a esfera patrimonial e econômica, como uma foto, um livro, algo com um significado emocional⁴.

¹ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 10.

² LONDRES, Maria Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: MINISTÉRIO DA CULTURA. **Patrimônio imaterial: o registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da comissão e grupo de trabalho**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006. p. 86.

³ LONDRES, Maria Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: MINISTÉRIO DA CULTURA. **Patrimônio imaterial: o registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da comissão e grupo de trabalho**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006.

⁴ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 11.

O conceito de patrimônio, surgindo no âmbito privado do direito de propriedade, estava intimamente ligado aos pontos de vista e interesses aristocráticos. Entre os romanos, a maioria da população não era proprietária de escravos; logo não era possuidora de *patrimonium*. O patrimônio era um valor aristocrático e privado, referente à transmissão de bens no seio da elite patriarcal romana. Não havia conceito de patrimônio público.⁵

Os autores entendem, ainda, que o que permeia a mente de muitos é a ideia do patrimônio enquanto dinâmica individual, que atravessa gerações de uma mesma família, classe social, algo que não pode ser tocado por todos, por mais que conte a história de muitos.⁶

O patrimônio individual é, para os autores, mais fácil de ser definido, é aquilo que depende da vontade de um único ser. Aqui, enfim, encontra-se a dicotomia com o patrimônio coletivo, que ao contrário do primeiro, depende da vontade de uma sociedade, de um grupo de pessoas que enxerguem e legitimem em determinado bem um valor cultural, uma forma de representatividade.⁷

Há uma diferença essencial, contudo. O patrimônio individual depende de nós, que decidimos o que nos interessa. Já o coletivo é sempre algo mais distante, pois é definido e determinado por outras pessoas, mesmo quando essa coletividade nos é próxima.⁸

Françoise Choay⁹ entende que a transferência semântica da palavra, que gera a ambiguidade retratada por Funari e Pelegrini, revela uma opacidade, e as condutas associadas ao patrimônio encontram-se presas em dois significados que se contradizem e que apresentam duas visões e dois mundos, do individual e do coletivo¹⁰.

Para ela, o culto que se rende, hoje, ao patrimônio histórico cultural deve merecer mais do que uma simples aprovação, requer questionamento, que se constitui em elemento

⁵ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 11.

⁶ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 14.

⁷ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 9.

⁸ FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006. p. 9.

⁹ Françoise Choay é historiadora das teorias e formas urbanas e arquitetônicas e professora de urbanismo, arte e arquitetura na Université de Paris VIII.

¹⁰ CHOAY, Françoise. **Alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade, 2006. p. 12.

revelador, negligenciado, mas brilhante, de uma condição da sociedade e das questões que ela encerra¹¹.

Choay, identifica a expressão patrimônio como referência a um bem destinado ao usufruto de uma comunidade que, com o tempo, adquire dimensões planetárias, constituído pela acumulação contínua de uma diversidade de objetos que congregam por seu passado comum: obras e obras-primas das diversas artes, trabalhos e produtos do saber fazer do homem¹².

Ana Maria Moreira Marchesan¹³ entende que durante a modernidade, com a revolução francesa, o homem tomou para si a consciência da necessidade da preservação, principalmente no que tange o patrimônio cultural¹⁴, é neste período que nasce uma antecipação em criar documentos e instrumentos que viriam a ser utilizados para a proteção daquilo que se entende, atualmente, como patrimônio¹⁵.

Se por um lado houve a transferência dos bens do clero, da Coroa e dos emigrados para a nação, enriquecendo o patrimônio nacional e sujeitando-o a políticas conservacionistas, de outro, houve a distribuição ideológica de uma parte desses bens particularmente sob o “terror”, período da revolução francesa compreendido entre 31 de mais de 1793 (queda dos girondinos e 27 de julho de 1794 (morte de Robespierre)).¹⁶

A autora ainda relata que foi a partir deste momento de terror que, um movimento de reação de defesa para conservar não apenas das igrejas medievais, como também a totalidade do patrimônio nacional, surgiu, materializando a história e a cultura por meio dos patrimônio edificados.¹⁷

¹¹ CHOAY, Françoise. **Alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade, 2006. p. 12.

¹² CHOAY, Françoise. **Alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade, 2006. p. 14.

¹³ Ana Maria Moreira Marchesan é mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

¹⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 32.

¹⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 33.

¹⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

¹⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 34.

2.1. Patrimônio e Cultura

Compreendido o significado de patrimônio e suas facetas pública e privada, faz-se necessário entender o se entende por cultura, uma vez que a ideia de patrimônio público, aqui em voga, se encontra, de forma direta, com o significado de cultura.

Assim, parte-se da significação do Conselho da Europa que define cultura, como sendo “tudo o que permite ao indivíduo situar-se em relação ao mundo, à sociedade e também ao patrimônio cultural; tudo o que lhe permite melhor compreender sua situação para poder eventualmente agir em prol de mudanças”.¹⁸ Dentro desta definição há intrínseca a noção da importância do patrimônio à matéria, enquanto solidificação das referências culturais.

Conforme o disposto pelo conselho da Europa cultura é patrimônio, portanto, é necessário se falar em um patrimônio cultural, que direciona e relaciona o mundo para aqueles que com ele se identificam. Assim, Carlos Lemos¹⁹ ensina que o patrimônio cultural é dividido em três categorias.

Na primeira estão os elementos naturais, que tornam o sítio, o meio de convívio habitável, nesta categoria estão os rios, peixes, árvores, frutas, o clima, toda a gama natural que envolve o ser humano²⁰. O segundo grupo é aquele que engloba o que o autor chama de saber fazer, são as técnicas que o homem adquiriu com o tempo que o permitiram sobreviver no meio ambiente²¹.

Já o terceiro grupo é, de acordo com o autor, o mais importante de todos por reunir aqueles chamados bens culturais, neste grupo há todos os tipos de coisas materiais, são os artefatos que o homem construiu a partir do saber fazer para assim viver e sobreviver no meio ambiente²².

A memória é a vida, sempre resguardada pelos grupos vivos e em seu nome, ela está em evoluções permanente, aberta à dialética da lembrança e dos esquecimentos, inconsciente de suas deformações sucessivas, vulnerável a todas as utilizações e manifestações, suscetível de longas latências e de súbitas revitalizações²³.

¹⁸ TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'interêt public et la propriété em froit de l aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 18.

¹⁹ LEMOS, Carlos A. C. **O que é Patrimônio Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 10.

²⁰ LEMOS, Carlos A. C. **O que é Patrimônio Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 10.

²¹ LEMOS, Carlos A. C. **O que é Patrimônio Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 10.

²² LEMOS, Carlos A. C. **O que é Patrimônio Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2013. p. 11.

²³ DE DECCA, Edgar Salvadori. Memória e cidadania. In: SÃO PAULO. **Direito à memória**: patrimônio histórico e cidadania. Sao Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 130.

Marilena Chauí, destaca que existem três aspectos indispensáveis para a ideia de patrimônio, são elas: o conjunto de monumentos, documentos, objetos que constituem uma memória coletiva; as edificações cujo o estilo perdeu-se no tempo e que precisam ser conservados a título de conhecimento do passado de determinada sociedade; e, as instituições públicas que zelam pela por tudo aquilo que já é definido como patrimônio, os museus, centros de restauro e conservação, entre outros²⁴.

A partir destas diferenciações e observações percebe-se que não há homem ou sociedade sem cultura e muito menos sem a sua materialização por meio do que se entende como patrimônios. Ana Maria Moreira Marchesan ensina que é a capacidade de produzir cultura que distingue o homem dos outros animais²⁵.

O bem cultural é algo apto a satisfazer uma necessidade de cunho cultural e que se caracteriza por seu valor próprio, independentemente de qualquer valor pecuniário, de ser testemunho da criação humana, da civilização, da evolução, da natureza ou da técnica, não se esgotando em seus componentes materiais, mas abarcando sobretudo o “valor” emanado de sua composição, de suas características, utilidade, significado, etc²⁶.

Marchesan traz, também, o conceito da antropóloga Mariza Veloso Motta Santos, para ela ao superar a concepção universalizantes de valores culturais, a ideia discursiva sobre o patrimônio deve ser o passado. O fato importante a destacar da narrativa sobre patrimônio é que neste discurso a identidade da nação é pensada através da ideia de testemunho²⁷.

Na França, o patrimônio foi um dos primeiros elementos reconhecidos como representantes do interesse público cultural, em virtude disso surgiu um interesse genérico para a conservação destes mesmos patrimônios. A ideia da preservação da memória foi difundida com o Iluminismo, que ao tratar a matéria a identificou como algo que transcende uma simples conservação da história, mas, como um sentimento de responsabilidade coletiva acerca dos bens, e da importância, do passado para a compreensão do presente e construção do futuro²⁸.

²⁴ CHAUI, Marilena de Souza. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: SÃO PAULO. **Direito à memória: patrimônio histórico e cidadania**. Sao Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 40.

²⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 17.

²⁶ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 39.

²⁷ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 41.

²⁸ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França: elementos para uma análise comparada**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

Percebe-se, então, que o patrimônio é cultura e, apesar de possuir diferentes significados, faz parte da construção da identidade do homem e que sem ele não há o testemunho efetivo da história e de suas diversas significações.

3. A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E NA FRANÇA

É possível encontrar semelhanças no tratamento das questões dos patrimônios culturais, se comparado os ordenamentos jurídicos francês e brasileiro, principalmente no tocante à concepção do patrimônio cultural, a forma descentralizada de gestão, o financiamento por mecenato, são algumas sensíveis semelhanças²⁹.

Porém, é possível identificar diferenças significativas, como o acesso aos bens culturais e a qualidade de sua fruição. Na França, a cultura é reconhecida como um segmento estratégico, que é aliado do fortalecimento e desenvolvimento da nação, por isso, pode-se identificar a eficácia da proteção ao patrimônio³⁰.

Que o patrimônio se insere na dinâmica cultural não há mais dúvidas, porém, o direito à cultura não constroem um corpo único e uniforme, seja na esfera pública ou privada. As variações incidem, principalmente, sobre a definição do que é cultura, em determinadas atividades e sobre a decisão jurídica desta mesma atividade, essas mutações dialogam com o contexto social e histórico de cada época³¹.

As políticas culturais são consideradas, em ambos os países e em seus respectivos ordenamentos jurídicos, direito público, associado às ações do Estado, quando da regulamentação e proteção. Porém, quando se adentra na seara do direito privado à ele é designado as normativas que consistem na propriedade artística, intelectual e, também, na seara do Direito Autoral³².

As políticas culturais oficiais têm uma maior tradição na França do que no Brasil, isso porque a Revolução Francesa, como já relatado, representou marco fundamental na ideia de conservar o patrimônio histórico. Assim, por meio da já retratada política Iluminis-

²⁹ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

³⁰ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

³¹ TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'interêt public et la propriété em froit de l aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 20.

³² TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'interêt public et la propriété em froit de l aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 20.

ta, as iniciativas estatais de proteção à cultura demorou, apenas algumas décadas, para serem efetivadas sendo o seu marco referencial o governo iniciado pela Monarquia de 1830.

Porém, a vontade de conservar a cultura e a história, dentro da dinâmica francesa, encontra-se de forma tão enraizada no ideário coletivo que mesmo com a queda do sistema monárquico e a sucessão de mudanças políticas o cenário não se findou, pelo contrário, encontrou terreno fértil no sistema jurídico francês³³.

Em 1871, durante a Terceira República francesa foram criadas políticas de preservação e conservação de patrimônios edificados. E, em 1913, foi instaurada a Lei referente à proteção de monumentos históricos, que consolidava as tratativas que vinham sendo adotadas ao longo dos anos anteriores³⁴.

A partir de então, seguiram-se outras leis, abrangendo mais setores da cultura, compreendendo que o patrimônio possui diversas formas de representatividade, até a criação do Ministério da Cultura Francês, em 1959.

Atualmente, a recente legislação patrimonial, de 2004, existente para reunir todas as normativas em um Código de Patrimônio Cultural, consolidando a ideia de que a história e suas mais diversas formas de materialização merecem espaço no presente e o reconhecimento para as futuras gerações³⁵. Dentro desta perspectiva, o sistema jurídico francês, quando da instauração do Código de Patrimônio Cultural, alinhou-se a normativas internacionais que entendem que cultura e memória fazem parte da seara dos direitos humanos e fundamentais de cada grupo geracional.

No Brasil, a primeira legislação destinada à proteção do patrimônio cultural foi o Decreto-Lei no 25, de 30 de novembro de 1937. Posteriormente, a Lei no 3.924, de 26 de julho de 1961 estabeleceu a proteção sobre o patrimônio arqueológico, e, por fim, tem-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como a única, dentro do ordenamento jurídico que reconhece os direitos culturais dos brasileiros³⁶.

Assim, mesmo que de forma tardia, se compararmos com o ordenamento jurídico francês, a Carta Magna brasileira compreendeu que o meio ambiental cultural, em sua

³³ TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'intérêt public et la propriété em froit de l'aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 20.

³⁴ TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'intérêt public et la propriété em froit de l'aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 23.

³⁵ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

³⁶ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

materialidade e imaterialidade, faz parte do arcabouço patrimonial cultural brasileiro e que merece a devida proteção e olhar por parte do Estado e de seus cidadãos³⁷.

A identificação da importância da preservação e conservação do Patrimônio Cultural assegura o Direito à Memória que existe e consiste no poder de um grupo social acessar, utilizar, reproduzir e transmitir esse mesmo patrimônio, com o intuito de aprender as experiências pretéritas da sociedade e assim acumular conhecimentos e para aperfeiçoá-los através do tempo³⁸.

4. O DIREITO À MEMÓRIA ASSEGURADO PELA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO BRASIL E NA FRANÇA

O direito fundamental à memória é um direito subjetivo que consiste em conhecer, resgatar e refletir sobre o passado da sociedade na qual se está inserida, e é apenas por meio do acesso orientado e gratuito ao patrimônio cultural, que solidifica a memória, que se pode alcançar este direito³⁹. Não é simplesmente um acesso à cultura, mas a parte dela que evoca a origem do povo, os seus valores fundantes e as suas raízes⁴⁰.

No direito do patrimônio cultural francês, há, de forma predominante o entendimento que o interesse público corresponde à primazia do interesse histórico, e que este se sobrepõe ao interesse artístico⁴¹. Assim, é possível identificar que o retrato da história de um povo é mais importante que a veracidade do patrimônio, aqui justifica-se a ideia de reconstrução de patrimônios edificados quando de sua destruição, por exemplo.

Para o ordenamento protetivo francês, a reconstrução, mesmo que em outro tempo, é mais importante do que o elemento que a destruiu, prova disso são as discussões frente à reconstrução da Notre Dame de Paris, após o incêndio de 2018.

Ou seja, o monumento será reconstituído tal qual era, eliminando as marcas do tempo de sua destruição, tornando o monumento, nas palavras de Cesare Brandi⁴², um

³⁷ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

³⁸ DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 66.

³⁹ NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França**: elementos para uma análise comparada. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

⁴⁰ DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 66-67.

⁴¹ DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 66-67.

⁴² BRANDI, Cesare. **Teoria da restauração**. Trad. de Beatriz Mugayar Kühl. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

falso histórico. Porém, a carga emocional e representativa da Notre Dame de Paris é, para o interesse público, mais importante do que o retrato fiel da história do monumento em si. Assim, de forma predominante há a essencialidade histórica, evocando uma “hierarquia de lugares de memória” e a “memória da Nação”⁴³.

José Afonso da Silva entende que o direito à cultura se trata do conjunto de normas positivas que disciplinam as relações culturais, formando uma “ordem jurídica da cultura”⁴⁴. Defende a inclusão de tal direito no rol dos direitos fundamentais, dada sua relevância social o que também, por extensão lógica, pode ser afirmado em relação ao direito à memória⁴⁵.

Assim, o direito à cultura por sua fundamentalidade, tem previsão constitucional, estando inserido no caput do art. 215 da Carta Magna, que prevê: O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.⁴⁶

A protetividade frente aos patrimônios culturais tem uma relação direta com o direito à memória, uma vez que se toca na preservação da cultura do povo que o exerce⁴⁷. Além disso, pelo que se entende, pode o direito à memória ser considerado um desdobramento do direito à cultura, ou como correlato do direito à identidade cultural.

Assim, a implementação do interesse pelo direito à memória deve evitar o viés superficial, no qual há o objetivo de apenas oferecer uma sobrevida às obras de arte, torna-se necessário priorizar a forma da memória, sendo as obras preservadas sinônimo de “campos de criação e pensamento para a posteridade”⁴⁸.

A memória coletiva é, portanto, resultado de uma necessidade de associação dos indivíduos, que só pode ser formada a partir de afinidades e transmitida pela comunicação, com o intuito de oferecer apoio⁴⁹.

⁴³ TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain**: recherche sur l'interêt public et la propriété em froit de l aculture. Paris: L'Harmattan, 2010. p. 20 e 95.

⁴⁴ SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

⁴⁵ SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

⁴⁶ SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 50.

⁴⁷ DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 66-67.

⁴⁸ CHAUI, Marilena de Souza. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: SÃO PAULO. **Direito à memória**: patrimônio histórico e cidadania. Sao Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992. p. 40.

⁴⁹ IZQUIERDO, *apud* DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 54.

Nosso passado é nossa memória. E essa memória pode ser uma memória latente, ou errônea, mas não importa: está aí. Pode mentir, mas essa mentira já é, então, parte da memória; é parte de nós.⁵⁰

Sua importância é retratada em tratados internacionais dos quais o Brasil e a França são signatários, dentre os quais a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, bem como, para o Brasil, o Pacto de San José da Costa Rica.

Tendo a cultura como resultado de qualquer produção material e imaterial, fator intrínseco do homem ou conjunto complexo de características ou processos de simbolização, é certo que ela produz um patrimônio, cujo produto pode ser chamado de patrimônio cultural, que se relaciona de forma direta com o direito à memória.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho identificou que o patrimônio cultural assegura o direito à memória de um povo, uma vez que traça a formação identitária auxiliando, assim, na compreensão do presente e na construção do futuro. O patrimônio cultural torna-se, então, instrumento de reconhecimento coletivo, desencadeando e assegurando o direito à memória, que, inevitavelmente, encontra-se atrelado ao direito à cultura.

Assim, identificou-se que a palavra patrimônio possui diferentes significados, mas que a simbologia coletiva, do público, faz com que um mesmo povo comungue de sua história por meio de patrimônios culturais preservados e conservados, portanto, a identificação da semântica coletiva do que é patrimônio torna-se interesse do Estado.

Tornou-se, então, possível identificar que tanto o direito à memória quanto o direito em ter bens de comunhão social preservados e conservados são direitos humano e fundamental. Diante disso, pode-se compreender que a proteção patrimonial cultural na França, inicia-se quando da revolução francesa, por meio da filosofia iluminista, e que suas inúmeras revoluções políticas posteriores não retiraram do imaginário coletivo a importância destes patrimônios culturais para a memória de seu povo.

No Brasil, a história deu-se de forma tardia e foi identificado que as normativas referentes à temática são construídas de formas esparsas e muito recentes, sendo consolidadas e efetivadas apenas com a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988,

⁵⁰ BORGES, *apud* STORTINI, Carlos. **Dicionário de Borges**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1986. p. 136.

o que torna o imaginário coletivo frente à ideia de patrimonialização um pouco mais frágil, mas, não inexistente.

Mesmo assim, ambos os ordenamentos jurídicos, dentro de seus tempos históricos, compreendem que falar em patrimônio cultural, é, compreender a importância da memória coletiva de um povo e que este necessita de um olhar apurado dos Estados para que, por meio da preservação destes mesmos patrimônios, sejam consolidados os direitos humanos e fundamentais do Direito à Memória.

REFERÊNCIAS

BRANDI, Cesare. **Teoria da restauração**. Trad. de Beatriz Mugayar Kühl. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008.

CHAUÍ, Marilena de Souza. Política cultural, cultura política e patrimônio histórico. In: SÃO PAULO. **Direito à memória: patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992.

CHOAY, Françoise. **Alegoria do patrimônio**. São Paulo: Estação Liberdade, 2006.

DANTAS, Fabiana. **Direito fundamental à memória**. Curitiba: Juruá, 2010.

DE DECCA, Edgar Salvadori. Memória e cidadania. In: SÃO PAULO. **Direito à memória: patrimônio histórico e cidadania**. São Paulo: Departamento do Patrimônio Histórico, 1992.

FUNARI, Pedro Paulo; PELEGRINI, Sandra de Cássia Araújo. **Patrimônio Histórico e Cultural**. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

LEMOS, Carlos A. C. **O que é Patrimônio Histórico**. São Paulo: Brasiliense, 2013.

LONDRES, Maria Cecília. Referências culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: MINISTÉRIO DA CULTURA. **Patrimônio imaterial: o registro do patrimônio imaterial: dossiê final das atividades da comissão e grupo de trabalho**. Brasília: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, 2006.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio imaterial sob o enfoque do Direito Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NEVES, Cláudia; CHAVES, Jefferson; GILLIOLI, Renato. **Políticas culturais no Brasil e na França: elementos para uma análise comparada**. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/24740>>. Acesso em: 16/08/2020.

SILVA, José Afonso. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

STORTINI, Carlos. **Dicionário de Borges**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1986.

TOUZEAU, Line. **La protection du patrimoine architectural contemporain: recherche sur l'intérêt public et la propriété en droit de l'architecture**. Paris: L'Harmattan, 2010.

DEMOCRACIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA: UM RESGATE TEÓRICO DOS CONCEITOS

DIONE JESABEL WASILEWSKI*

ALEXANDRE GODOY DOTTA**

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. Democracia e direitos humanos.
3. Democracia e justiça distributiva.
4. Democracia corroida: desigualdade e direitos humanos.
5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim da guerra fria em 1989 o mundo ocidental viveu certa euforia com o término daquele período histórico. Muita tensão e o alarme de guerra era constante e era no campo teórico da política que se entrincheiravam as maiores batalhas. Ocidente capitalista liderado pelo EUA e o oriente socialista liderado pela URSS promoviam acirrada disputa buscando prevalência de um modelo de estado hegemônico.¹ A democracia liberal estadunidense saiu vitoriosa do combate entre as duas ideologias políticas, e com muito fervor se colocavam como vencedores desse embate. As consequências geopolíticas resultantes da situação apontavam para a expansão da ideologia capitalista moderna que, sem nenhuma resistência, assim previam, resultaria na expansão deste modelo à quase todos os países do mundo. A universalização dos direitos humanos era uma resultante deste processo,

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Tributário e Processual Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa Núcleo de Investigações Constitucionais (NINC-UFPR). E-mail: dionewasilewski@yahoo.com.br

** Professor Pesquisador do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) e da Faculdade Estácio de Curitiba (Curitiba-PR, Brasil). Doutor em História e Políticas da Educação e Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). E-mail: godoydotta@icloud.com

¹ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Cia das Letras, 2019. p. 17-18.

o produto histórico da emancipação do homem pela razão,² e a igualdade seria a marca principal do período histórico que se iniciava.

Por isso, pode-se dizer que hoje, mais de trinta anos após o fato, um período pós-moderno se instaura. Porém, ao contrário do que previam, a resistência se instaurou por novas vias e o homem, mais do que nunca, se distancia da concretização do direitos humanos e da igualdade material. É fato que direitos humanos não se materializaram. Basta apurar a quantidade de denúncias julgadas pelas cortes internacionais. Somam-se ao problema a situação de vulnerabilidade da população refugiada de guerra ou de consequências decorrentes do aquecimento global.

Diante dessa situação, certa descrença política ascende. Direitos humanos e igualdade material só são apresentadas dentro de um plano simbólico e o discurso não corresponde necessariamente ao sucesso, pois não se apresenta no plano fático. A desacreditação abala as bases dos conceitos considerados fundamentais para o exercício político e manutenção de um Estado pautado em um governo democrático. A descrença no coletivo, no público ou no social enfraquece a possibilidade de realização neste período e certamente pode comprometer o triunfo no futuro do que aparentemente pensava-se já obtido naquele momento experimentado no passado. Com efeito, não apenas o mundo continuou a assistir demonstrações explícitas de violação a esses princípios, o que desnuda a contradição que existe entre a concepção ideal, a aplicação teórica e sua experiência empírica, como viu surgir, mesmo em países onde se acreditava estarem eles consolidados, movimentos sociais e políticos que lhes são francamente contrários.³

Nesse sentido, o objetivo principal do texto é retomar um grupo de conceitos denominados aqui de descritores. São definidos como um conjunto de palavras e termos que compõem esfera de definição de estado democrático, justiça social, igualdade material e direitos humanos. A metodologia adotada acredita que os termos sozinhos possuem pouco ou nenhum significado, desde modo precisam ser compreendidos dentro de uma relação lógica que lança um significado prático.

Na primeira parte do texto a pesquisa apresenta um sucinto resgate mediante uma análise sintática: o termo só existe no plano teórico e se apresenta na sua concepção ideal. Já na segunda etapa o texto se desenvolve seguindo no sentido de aplicação prática do termo. A fase denominada de análise semântica acontece quando a idealização sintática toma

² VILLEY, Michel. **O Direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 136.

³ WENDY, Brown. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Filosófica Política, 2019. p. 7; DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Paulo: Unisinos, 2009. p. 19-23; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 7-8.

uma forma material. Neste caso, o sentido dado aos termos passa a ter relação entre o idealizado e o aplicado, o conceito transfere-se para normas, regras de conduta e políticas ou ditando comportamentos. Importante destacar neste momento que a coerência com a lógica do plano sintático permanece atrelado ao conceito, ou seja, uma trata da definição ideal do conceito (sintática) e a outra o significado empírico (semântico) que se deseja dar mediante a aplicação prática. Por último, ocorre a análise pragmática, momento em que se busca contextualizar a sua aplicação prática ou até mesmo o uso coloquial. Nesta dimensão o conceito torna-se popularmente conhecido e aplicado. Todavia, observa-se que erroneamente utilizado, muitas vezes acabam perdendo o valor e desvia-se do significado original. Assim sendo, no terceiro momento é possível realizar uma análise sistêmica entre os planos sintático, semântico e pragmático para identificar o desvirtuamento e incompatibilidade dos termos descritores, apresentando resultados objetivos na pesquisa.⁴

Certamente, não é a ambição deste texto esgotar o assunto, que tem propósitos bastante objetivos: revisar características dos seguintes descritores (a) Democracia (b) Igualdade (c) Justiça (d) Direitos humanos. O que se apresenta aqui é um resumo descrito a partir de uma abordagem histórica. Deste modo, segue pontuando principais aspectos para identificar como se apresentaram no passado, e como vêm sendo aplicados no presente. Como produto do estudo, apontam-se argumentos que podem orientar a afirmação da antítese e promover a desconstrução da seguinte hipótese-dedutiva.

Parte do seguinte raciocínio: *premissa maior* – A existência de um forte Estado Democrático é decorrente da idealização conceitual na Antiguidade dos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade, aplicados de forma coerente após a Revolução Francesa, em que, durante a Assembleia Constituinte, nasceu umas das primeiras formas democráticas de Estado – Primeira República Francesa; *premissa menor* – A idealização na antiguidade dos conceitos de liberdade, igualdade e fraternidade recebeu aplicação adaptada ao pensamento do período moderno, notadamente na Constituição Francesa, e possibilitou materialização dos conceitos de justiça social, da igualdade material e dos direitos humanos. Logo a *tese*: A existência de um forte Estado Democrático possibilitou materialização da justiça social, da igualdade material e dos direitos humanos. *Antítese*: Não pode se conceber a existência de um Estado Democrático forte pois não há materialização dos conceitos de justiça social, de igualdade material e de direitos humanos.

Metodologicamente a análise visa revisar os conceitos pertencentes à esfera teórica dos termos descritores, então considerou e promoveu a revisão de literatura com base nas suas derivações, que são as seguintes: revolução, representação, soberania,

⁴ RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do “povo”. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019. p. 13-15.

liberdade, fraternidade, cidadania e justiça distributiva. Algumas dessas expressões foram incorporadas ao dicionário político-jurídico no processo do seu amadurecimento;⁵ outras fazem parte dessa tradição, mas logo se percebe que foram ressignificadas. Os direitos fundamentais e a democracia estão entre as maiores conquistas da moralidade política contemporânea e constituem, ao mesmo tempo, fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado democrático de direito.⁶

2. DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS

A origem do termo democracia remonta ao fim do período clássico da filosofia grega no século VI a.C., principalmente na cidade-estado de Atenas. Era empregado para identificar o governo exercido pelo próprio povo, através da intervenção direta do cidadão livre e igual no processo de decisão política.⁷ Ponderando sobre o conceito, Hannah Arendt considera, entretanto, equivocado o uso desta expressão para identificar o fenômeno político das cidades gregas deste período antigo. Tendo como significado o domínio da maioria, seria incompatível com a descrição de cidadãos livres e iguais. Isso porque a liberdade, então, era conceito que se opunha ao de sujeição ao domínio, característica da escravidão.⁸

Assim sendo, a liberdade só poderia ser atribuída aos que se encontravam em igual situação de não domínio: ninguém poderia ser livre a não ser entre seus pares. A *pólis* era, por isso, uma isonomia e não democracia, em que igualdade e liberdade se encontravam estreitamente relacionadas, pois só eram livres aqueles que se encontravam em igual situação de ausência de domínio. Mas estes eram atributos da própria *pólis*, não dos homens, que não nasciam com eles, mas os recebiam como decorrência do seu status de cidadão. Ou seja, liberdade e igualdade não constituíam qualidades inerentes à natureza humana, mas convenções estabelecidas no mundo feito pelos homens. O todo precedia a parte.⁹

⁵ O termo revolução originalmente empregado na astronomia, foi utilizado pela primeira vez de forma metafórica para descrever um acontecimento político, em 1660, quando da derrubada do Parlamento Residual e, alguns anos depois, para identificar o acontecimento conhecido como Revolução Gloriosa. ARENDT, **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 72-73. A transição do termo fraternidade do dogma judaico-cristão para a esfera política, como um importante elemento de coesão nacional. BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité**. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 22-86.

⁶ SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018. p. 195-196.

⁷ COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 212.

⁸ ARENDT, **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 58-59.

⁹ Idem.

Na democracia moderna, o indivíduo assume o protagonismo e o corpo político passa a ser concebido como o resultado da adesão de sujeitos naturalmente livres e iguais a um contrato. Esta concepção individualista está assentada na ideia de que a soberania é um atributo próprio dos indivíduos que, vivendo em estado da natureza, criam mediante acordo um poder que lhes garanta o exercício da liberdade de que gozam neste estado original.¹⁰

O direito natural é a base filosófica dessa construção política. Nele, o homem é separado da sociedade e se torna a origem da lei. Munido da razão, sua conduta não é condicionada pelo mito ou preconceito, pois é capaz de deduzir a partir dela os princípios morais que devem ser observados. Não se busca o valor do indivíduo na transcendência; emancipado pela razão, carrega consigo a sua própria dignidade.¹¹

O desafio que esta construção teórica apresenta consiste no modo de se estabelecer um equilíbrio entre o indivíduo racional (*ratio*) e a ordem que ele instaura (poder), já que a essência da modernidade é a proteção contra qualquer forma de opressão política. Cabe aqui destacar o pensamento dos teóricos contratualistas.

Em Hobbes, a liberdade consiste na ausência de sujeição a qualquer constrição externa, uma ameaça que surge quando o desejo de autopreservação leva à renúncia da soberania individual em favor de um soberano absoluto incumbido da manutenção da ordem e da paz;

Para Locke, a instituição da sociedade civil é o único meio de prevenção contra os riscos do conflito que caracteriza o estado da natureza e nela (sociedade civil) os sujeitos encontram ambiente para exercer seus direitos fundamentais, de liberdade e propriedade, e o soberano, como mandatário, a tutela limitada desses direitos, nos quais não pode interferir;

Em Rousseau, surge a caracterização moderna da democracia, que combina a primazia do sujeito e a identificação do soberano com o povo. Nessa perspectiva, povo não corresponde mais a uma visão orgânica a partir da qual o sujeito é derivado, mas um conjunto de sujeitos iguais que, ao se reunirem, constituem a ordem política e se transformam em cidadãos. A parte precede ao todo.¹²

Ao mesmo tempo em que o gênero humano é celebrado em sua universalidade, um outro conceito é desenvolvido para se opor a esse cosmopolitismo humanitário: o de pátria. Rousseau faz dela a pedra angular de seu sistema político. Ela substitui os laços familiares e é introduzida, pouco a pouco, como o espaço de promoção da felicidade e fraternidade

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 22-23.

¹¹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 396.

¹² COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. p. 214-215.

e condição necessária para o exercício da liberdade e da igualdade. Se a vontade geral expressa na lei é o único meio de assegurar a liberdade, a pátria é o espaço de realização da vontade geral. A partir da ideia de pátria, ganha corpo a de nação. Institucionalmente, ela confere unidade à soberania e coesão à sociedade. Ao destacar o que é comum entre os membros de grupo e sublimar as diferenças que os separam, nação e pátria engendram o sentimento de fraternidade que integrará o tríptico revolucionário imortalizado.¹³

Esse é o arcabouço teórico em que, no âmbito da Revolução Francesa, é gerada a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), um dos documentos que marcam o início da modernidade.¹⁴ A revolução desponta no imaginário como o símbolo de resistência à opressão e da liberdade como direito de participação na formação da vontade política. Seu resultado é uma total ruptura com o regime político característico do antigo regime e o estabelecimento de assembleias e governos eleitos pelo povo. As leis aprovadas por estas instituições foram o instrumento de conversão do homem abstrato dos teóricos do contratualismo, que vive em estado da natureza, em sujeito de direitos livre da opressão.

Contudo, como ocorria na *pólis* grega, vê-se estabelecer um fosso entre a universalidade do homem, titular de direitos naturais, e a particularidade do cidadão, privilegiado com direitos civis.¹⁵ Se a liberdade é o direito de participar da formação da vontade política, uma parcela expressiva da humanidade continuava escravizada: o não cidadão estava destituído de qualquer direito político,¹⁶ o que se traduz na perda da relevância da fala, uma das mais características peculiaridades do humano;¹⁷ o feminino não consistia em um indivíduo, ele significava o outro que confirmava a individualidade do indivíduo (masculino);¹⁸ e o voto censitário excluía os pobres.

Ocorre que a identificação revolucionária do povo com a nação produziu efeitos além dos esperados pelo programa liberal. De acordo com Hobsbawm, o liberalismo e a democracia pareciam mais adversários que aliados, entretanto, a despeito de seu elevado grau de abstração, o lema que pregava liberdade, igualdade e fraternidade foi suficientemente absorvido pelas massas para que exigissem a extensão do direito a voto. O liberalismo não encontrou em seu arcabouço teórico, construído sob o signo da dignidade do indivíduo e na igualdade dos homens, argumentos para resistir a essa demanda, de forma

¹³ BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 22-44.

¹⁴ A este somam-se os norte-americanos *Declaration of Independence* (1776) e *Bill of Rights* (1791). (DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 99.)

¹⁵ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 109-113.

¹⁶ BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 70.

¹⁷ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 397.

¹⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 99-111.

que, ao fim do séc. XIX, o sufrágio universal já era uma realidade na maior parte dos países da Europa.¹⁹

Neste período, surge um movimento formado por filósofos, sociólogos e juristas que se apresenta como alternativa às ideologias que travavam então um embate ideológico: socialismo e liberalismo. Denominado solidarismo, tinham entre seus expoentes Léon Bourgeois, Émile Durkheim, Léon Duguit, Maurice Hauriou e Georges Gurvitch, e propunha a superação do individualismo fundado do direito natural pela criação de um espaço intermediário entre indivíduo e Estado e a transferência da legitimidade estatal da soberania para a solidariedade social.²⁰ A sociedade é definida como empreendimento cooperativo baseado na divisão social do trabalho²¹ e a ordem jurídica como produto dessa interação: a lei é a regra da vida em sociedade.²²

É nesse ambiente de invenção da sociedade, em que as reivindicações sociais se sobrepõem aos interesses individuais, que Costas Douzinas identifica a substituição da base filosófica que permitirá a transição de direitos naturais para direitos humanos. A partir dessa mudança, opera-se a sua diversificação, que se expressa nas várias gerações de direitos: aos direitos civis e políticos característicos do liberalismo (primeira geração) se seguem os direitos econômicos, sociais e culturais vinculados à ideologia socialista (segunda geração) e os direitos de grupo e de soberania nacional, que o autor relaciona ao processo de descolonização.²³

¹⁹ HOBBSAWN, Eric J. **A era das revoluções**. Trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018. p. 107-373; HOBBSAWN, Eric J. **A era do capital**. Trad. Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2017. p. 249; HOBBSAWN, Eric J. **A era dos impérios**. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019. p. 25-26.

²⁰ FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 185-186.

²¹ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

²² DUGUIT, Léon. **L'État, le droit objectif et la loi positive**. Paris: Albert Fontemoing, 1901. p. 10-15.

²³ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 127.

3. DEMOCRACIA E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A Revolução Francesa está fundamentada em um referencial teórico liberal-burguês, mas foi a grande massa da população que levou a filosofia que o inspirou para as suas barricadas.²⁴ Essa massa é composta de indivíduos que carregam consigo, além da certeza de sua dignidade, suas paixões, seus interesses e suas necessidades, que são muitas. O grande mote da revolução foi a liberdade, mas ela não poderia sozinha justificá-la. Fez-se necessário agregar a ela um princípio que pusesse abaixo a estruturação hierárquica da sociedade: a igualdade. A revolução carrega, assim, em seu bojo, um antagonismo que definirá os embates ideológicos de toda a modernidade. Dessa forma, a mesma filosofia que afirmou a dignidade e liberdade do homem também produziu uma mudança de atitude em relação à pobreza.²⁵ O trabalho, considerado historicamente a contribuição do pobre para a sociedade e um símbolo de inferioridade, é transformado na fonte de toda a riqueza.²⁶ Se o trabalho gera a riqueza, e a razão leva ao progresso, a pobreza e a miséria não poderiam mais ser considerados como dados da realidade, mas o resultado de uma construção social. Rousseau chama essa desigualdade de moral ou política – ela é baseada na convenção ou no consenso e consiste nos diferentes privilégios que alguns possam usufruir em detrimento dos outros.²⁷

Sob outra perspectiva, a superação do mito e da superstição pela razão e a necessidade de construção de laços que mantivessem a estabilidade da nova organização social em substituição àqueles que caracterizavam a sociedade estamental levaram à laicização de um dogma fundamental das revelações judias e cristãs: a fraternidade. Em sua origem, a fraternidade proclama a unidade divina e humana, ao fazer derivar os homens de um único Deus. Os jusnaturalistas ressignificam o conceito fazendo-o repousar na natureza e na razão, e daí ela é transplantada para o terreno político, em que todos os filhos da mesma pátria e da mesma nação devem se tratar como irmãos. A tradição do pensamento cristão de que a esmola é um direito do pobre e um dever do rico constitui o suporte teórico para o dever de assistência mútua. Seus ecos podem ser sentidos nas palavras de Robespierre:

²⁴ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 103.

²⁵ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 79.

²⁶ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014. p. 52.

²⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2017. p. 47. Destaca-se que em outra passagem, afirma que “o primeiro que, ao cercar um terreno, teve a audácia de dizer isso é meu e encontrou gente bastante simples para acreditar nele foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras e assassinatos, quantas misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e cobrindo o fosso, tivesse gritado aos seus semelhantes: não escutem esse impostor! Estarão perdidos se esquecerem que o fruto é de todos e a terra é de ninguém”. (p. 80).

*les riches insensibles aux besoins de leus semblables ou bienfaisants por instinct et vanité, s'imaginent qu'il n'est point de loi contre eux em faveur des pauvres[, e no seguinte artigo do projeto de declaração apresentado por ele em 1793] les secours indispensables à celui qui manque du nécessaire sont une dette de celui qui possède le superflu; il appartient à la loi de déterminer la manière dont cette dette doit être acquittée.*²⁸

É nesse ambiente, em que a escassez deixa de ser apenas um problema econômico para se converter em uma demanda política,²⁹ que a assistência deixa de ser um favor exercido pela caridade para se converter em direito exigível e que o domínio da natureza pelo progresso da ciência faz crer que a pobreza pode ser erradicada, que um outro termo ganha novo significado: a justiça distributiva. Embora remonte à Aristóteles, o conceito que lhe foi então atribuído e mantido pela doutrina tomista é bastante diferente daquele da modernidade. Aristóteles dividia a justiça em universal, que abrange todas as virtudes, e a particular, aplicada ao âmbito político e judicial.

A justiça particular compreendia a distributiva, que exige que honra, posições de autoridade ou dinheiro sejam distribuídos de acordo com o mérito; e a punitiva ou comutativa, pela qual os culpados devem pagar pelos danos causados. Conforme se vê, o critério aristotélico para distribuição dos recursos é o mérito e não a necessidade (e o mérito não era um atributo do trabalho). Coube a David Hume e à Adam Smith a primazia por apontar a propriedade privada como origem de injustiças, quando o luxo de alguns é mantido às custas do trabalho e sofrimento de outros. Smith não é certamente um pregador pela igualdade absoluta, mas sua construção teórica a respeito da desigualdade é semelhante a que será proposta por John Rawls alguns séculos depois: ela só é moralmente aceitável quando provoca a melhoria na situação de todos.³⁰

Hegel defende o direito de necessidade, em que o direito à vida se sobrepõe a direitos abstratos como a propriedade, pois o homem a quem é negada a possibilidade de agir pela sua autopreservação acaba por ser reduzido a um sujeito privado do direito a ter direitos.³¹ Embora a Revolução Francesa tenha feito da eliminação da pobreza uma questão política, direito do indivíduo e dever da sociedade mediado pelo Estado, foi somente com John Rawls que o termo justiça distributiva encontrou o teórico para sua reformulação em

²⁸ BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent et l'avenir de la solidarité.** Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993. p. 19-84.

²⁹ ARENDT, *Sobre a...* p. 49-98.

³⁰ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva.** Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 29-59.

³¹ ZIZEK, Slavoj. **Problema no paraíso: do fim da história ao fim do capitalismo.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

termos modernos.³² Em seus estudos publicados na década de 1960, Rawls instaura o debate pós-positivista da ciência política e do direito ao restabelecer as discussões morais como preocupações inerentes a estes campos do conhecimento.³³

A teoria designada justiça como equidade, atribui ao homem duas capacidades morais: um senso de justiça que lhe permite manifestar juízos imparciais; e uma concepção de bem, que se traduz na aptidão de elaborar um projeto individual de vida. Mediante um contrato social, esse ser racional estabelece as regras para uma sociedade justa e estável, com respeito à pluralidade humana. Essa sociedade tem como objetivo viabilizar a cooperação e se organiza em torno de regras que visam solucionar os conflitos a respeito da distribuição de recursos e disciplinar o funcionamento de instituições jurídicas e sociais. A partir de uma alegoria em que os homens se encontram encobertos pelo véu da ignorância, uma situação de alheamento em relação às suas condições pessoais que lhes permite decidir de forma imparcial, supõe que dois seriam os princípios escolhidos para reger a vida em sociedade:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos.³⁴

Esses princípios seguem uma ordem léxica, o que significa que o primeiro tem prioridade sobre o segundo. O primeiro compreende as liberdades básicas de um sistema democrático, o que significa que direitos e liberdades fundamentais possuem um caráter inalienável e um *status* especial em relação aos demais valores políticos.³⁵ O segundo, baseado no princípio da diferença, tem por pressuposto que desigualdades de berço e talento não são meritórias, de forma que a distribuição igual de recursos só pode ser preterida por um critério que melhore a situação de todos, distribuindo na sociedade os benefícios gerados pelo emprego desses talentos. Esses princípios, que procuram conciliar os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, viabilizam a implementação de instituições justas,

³² FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 115-121.

³³ VITA, Álvaro de. Apresentação. In: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. XII-XX.

³⁴ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 73.

³⁵ CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007. p. 111-112.

atuando, sucessivamente, na garantia de que a Constituição seja elaborada no contexto de um processo político justo; na formulação de políticas públicas que ofereçam condições equitativas de oportunidades e, por fim, em sua aplicação pelas autoridades públicas e por sua observância pelos cidadãos em suas relações privadas.³⁶

Assim como Rawls, Dworkin defende a salvaguarda dos direitos fundamentais a partir de princípios derivados da moralidade política como pressuposto de uma sociedade democrática. O direito tem por fundamento uma comunidade de princípios de conduta compartilhados por cidadãos que atuam como agentes morais. Nesse sentido, os direitos fundamentais são direitos morais.³⁷ A virtude da comunidade política consiste na igual consideração pelos seus membros, significando a importância que deve ser atribuída a vida humana bem-sucedida de acordo com o propósito de cada um. Condição de realização da igual consideração é a igualdade de recursos. Assim como em Rawls, Dworkin discrimina as diferenças decorrentes de contingências, a que designa sorte bruta, daquelas originadas de escolhas pessoais. As primeiras devem ser neutralizadas, evitando que o destino do indivíduo seja ditado pelas suas circunstâncias de nascimento (condição social e dotes naturais), as segundas devem ser suportadas pelo sujeito, já que inerentes à esfera de sua responsabilidade pessoal.³⁸

Os argumentos de ambos objetivam demonstrar a viabilidade de se estabelecer racionalmente referenciais morais (e éticos em Dworkin) para a escolha de regras de convivência em uma sociedade justa, assim entendida aquela que equaliza as oportunidades. Em última análise, regras orientadas pela dignidade humana. No centro desses sistemas, está o imperativo da justiça distributiva, de suma relevância para impedir que desigualdades econômicas se transformem em ameaça à integridade do sistema político, pelo exercício de influências desproporcionais.

Não é correto reduzir os direitos fundamentais a meios de garantia do exercício da democracia, já que isso corresponderia à negação da própria dignidade que, na visão kantiana, é incompatível com a visão do ser humano como meio e não fim; mas é correto afirmar que democracia e direitos fundamentais estão estritamente ligados. Os direitos fundamentais são ao mesmo tempo condições de existência e limites para o exercício da democracia (protegendo posições contramajoritárias), da mesma forma que só em um ambiente democrático esses direitos, que pressupõem espaços de fala e a promoção de condições mínimas de bem-estar, encontram sua plena realização.

³⁶ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 240-246.

³⁷ CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007. p. 111-112.

³⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberania teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2019. p. 5-31.

4. DEMOCRACIA CORROÍDA: DESIGUALDADE E DIREITOS HUMANOS

Rawls e Dworkin integram uma linha de pensamento que acredita em uma racionalidade jurídica que permite a adoção de valores como critério de compreensão da norma jurídica. Essa racionalidade é essencial para a manutenção da democracia, um sistema político baseado na construção de consensos a partir da argumentação e do debate. Jürgen Habermas, por sua vez, embora conteste a existência de um substrato axiológico compartilhado pelos membros da comunidade, vê os direitos fundamentais como pressupostos da autonomia pública e privada dos cidadãos, sem a qual resta comprometida sua capacidade de participação no processo democrático.³⁹

Atualmente, entretanto, o cenário político está dominado por manifestações de incredulidade em relação à efetividade dessa racionalidade jurídica e à aptidão das instituições democráticas em realizar as promessas emancipatórias da modernidade.⁴⁰ A desconfiança em relação a atores políticos, de que serve como exemplo movimentos do tipo política não deveria ser profissão, compromete a legitimidade da representação política e abre oportunidade para que propostas autoritárias se apresentem como alternativas viáveis à democracia liberal e aos valores que ela representa.⁴¹

Em 1942, Joseph A. Schumpeter elencou o que considerava serem as quatro características de uma sociedade em que o sistema democrático poderia florescer. A primeira delas está relacionada ao material humano: a qualidade dos componentes do parlamento deve ser garantida pela existência de um estrato social de excelência, obtido por um processo seletivo rigoroso, que não pode ser nem excessivamente exclusivo, nem por demais acessível para o *outsider*.⁴² Em 2016, a maior potência do mundo, aquela considerada a mais estável das sociedades democráticas, elegeu um *outsider*. Essa eleição é apontada como exemplo de desintegração das tradições que sustentam as instituições democráticas

³⁹ RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do poder do “povo”. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019. p. 117; HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 158-164.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003. p. 24-77.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 7-11.

⁴² As demais condições são: que o domínio da decisão política não seja excessivamente dilatado; atividade pública desempenhada por uma burocracia bem treinada e apoiada em uma tradição sólida; e o autocontrole democrático. (SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017. p. 393-398.)

americanas,⁴³ sintoma do colapso das atuais estruturas políticas,⁴⁴ um fenômeno que se reproduz em grande número de países.

A instabilidade se explicita por animosidade contra estrangeiros, conflitos étnicos, ataques à imprensa, contestação de resultados eleitorais e descrença quanto às instituições representativas do sistema democrático;⁴⁵ mas em seu centro está a crise econômica, a redução e precarização do emprego, estagnação dos salários e o aprofundamento da desigualdade social.⁴⁶

Dados econômicos justificam a afirmação de que a distância entre ricos e pobres nunca foi tão acentuada como agora.⁴⁷ O superendividamento das famílias neutralizou a compensação até então promovida pela expansão do crédito à queda dos salários, os avanços tecnológicos geraram uma competição acirrada pelo emprego e a globalização estendeu essa disputa a nível global.⁴⁸ Neste ambiente, a responsabilidade coletiva desaparece pouco a pouco e dá lugar ao homem empreendedor, que assume a responsabilidade também por aqueles riscos a que Dworkin classificou como brutos, e que integram o sistema de proteção social construído sob a lógica democrática.⁴⁹ Segundo Robert Castel, a transição histórica do proletário para o trabalhador assalariado representou uma nova relação do mundo do trabalho com a sociedade. Como proletário, o indivíduo constituía

⁴³ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 142.

⁴⁴ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 37.

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 18-19; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 215.

⁴⁶ Comentando a eleição de Trump, Yascha Mounk afirma que "...os fatores econômicos importam e muito. Em primeiro lugar, entre os simpatizantes de Trump, a probabilidade de ter curso superior ou formação profissional é bem menor – o que sugere que possuem motivos muito melhores para temer que suas perspectivas econômicas possam sofrer com a globalização e a automação. Em segundo lugar, esses eleitores tendem a viver em comunidades com piores serviços de saúde, mobilidade social menor, menos capital social [e] maior dependência do dinheiro da seguridade social". (MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Cia das Letras, 2019. p. 191.)

⁴⁷ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 22. "Infelizmente há muitas evidências de que este processo pode ter começado a ocorrer no mundo desenvolvido, onde a desigualdade de renda vem crescendo muito desde 1980. Isto é mais notável nos Estados Unidos, onde 1% das famílias abocanhou 9% do PIB em 1970 e 23,5% em 2007." (FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 446.)

⁴⁸ BELLUZZO, Luiz Gonzaga; GALÍPOLO, Gabriel. **A escassez na abundância capitalista**. São Paulo: Contracorrente, 2019. p. 192-193; FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018. p. 445-448.

⁴⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 380-381.

um elo essencial no processo produtivo, mas se encontrava condenado a trabalhar para se reproduzir. A mudança na condição do trabalhador experimentada durante o Estado de bem-estar social construiu uma rede de proteção e ampliou sua participação no ambiente social.⁵⁰ É esse tecido de solidariedade que está se esfacelando.

David Hume já havia teorizado sobre a influência da escassez sobre os conflitos humanos e a necessidade de justiça. Onde há abundância, a justiça não é necessária. Porém, quando os bens não são suficientes para atender as necessidades, a parcialidade dos afetos torna mais difícil a tarefa do entendimento de controlar as paixões e a estabilidade do ambiente social é comprometida.⁵¹ A pobreza e o desemprego são fontes do ressentimento,⁵² o que está sendo instrumentalizado por oportunistas e demagogos para estimular a disseminação de mitos, nacionalismos exacerbados e a crença em regimes autocráticos.⁵³ O mundo passa a ser dividido entre o nacional e o estrangeiro; o negro e o branco; o pobre e o rico. Quando o outro é o inimigo, a benevolência para com ele diminui e a consideração à sua dignidade também.

5. CONCLUSÃO

A liberação do potencial de racionalidade humana promoveu a legitimação do direito, da consolidação dos direitos humanos e da democracia que determinam a autocompreensão normativa do Estado de direito democrático.⁵⁴ Na primeira metade do século XX, o ocidente foi assombrado por potencialidades da natureza humana até então não imaginadas.⁵⁵ Não é possível neste momento estabelecer uma equivalência entre a violência que então se testemunhou e os fatos do presente, mas os ventos que hoje sopram no planeta azul permitem identificar paralelos que apontam para graves riscos que despontam no horizonte, principalmente no tocante a manutenção do Estado de direito democrático.⁵⁶

⁵⁰ CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 415-416.

⁵¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Unesp, 2009. p. 525-535.

⁵² CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 215-216.

⁵³ WENDY, Brown. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Filosófica Política, 2019. p. 17-18.

⁵⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 128; HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Loyola, 2004.

⁵⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 406.

⁵⁶ Em alusão à frase com que o autor inicia seu texto "Sopram ventos malignos no planeta azul". (CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 7.)

Aquele processo traumático acendeu novos debates sobre os pressupostos em que se assentavam as instituições jurídicas e sociais. Esses debates ampliaram a compreensão do fenômeno e permitiram as transformações que deram origem a um período em que se aliou crescimento econômico, redução das desigualdades e conquista de direitos civis. A ameaça à democracia ameaça também as garantias relativas aos direitos fundamentais. Para aqueles que acreditam no benefício desse sistema e na política como o espaço de debate, é o momento de assumir o controle da narrativa.

Por fim, retoma-se a proposta inicial do texto. Defende-se que não existe um forte Estado Democrático. O que se percebe, e mais do nunca, é a fragilização do modelo de Estado frente aos desafios impostos pela nova ordem mundial. No plano pragmático da política nota-se um acentuado desvio dos conceitos de democracia, justiça, igualdade e direitos humanos concebidos na antiguidade e aperfeiçoados na modernidade. Por isso, é certo afirmar que o modelo definido como Estado Democrático de Direito falhou na materialização de seus ideais.

Este tipo de discurso nos leva crer na necessidade de substituição de modelo. Na crença de que o atual está falido ou fracassado. Apontava Winston Churchill que “*a democracia é o pior dos regimes, à exceção de todos os outros*”. A falha não está no modelo, mas sim em sua aplicação no plano prático. Não é a democracia que falhou, mas como ela está sendo exercida, efetivada, feita. A necessidade está na criação de uma organização social e política que possa resgatar os valores originários, possibilitando assim a consolidação de um modelo que promova uma justiça distributiva, igualdade social e a promoção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

- ARENDR, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2012.
- ARENDR, **Sobre a revolução**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- BELLUZZO, Luiz Gonzaga; GALÍPOLO, Gabriel. **A escassez na abundância capitalista**. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BORGETTO, Michel. **La notion de fraternité en droit public français**: le passé, le présent et l’avenir de la solidarité. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1993.
- CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Trad. Iraci D. Poleti. Petrópolis: Vozes, 2013.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

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

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUGUIT, Léon. **L'État, le droit objectif et la loi positive**. Paris: Albert Fontemoing, 1901.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberania teoria e a prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. Trad. Álvaro Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FUKUYAMA, Francis. **Ordem e decadência política**: da revolução industrial à globalização da democracia. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Trad. Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções**. Trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2018.

HOBSBAWN, Eric J. **A era do capital**. Trad. Luciano Costa Neto. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2017.

HOBSBAWN, Eric J. **A era dos impérios**. Trad. Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 2019.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. Débora Danowski. São Paulo: Unesp, 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Trad. Marsely de Marco Dantas. São Paulo: EDIPRO, 2014.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Trad. Cássio de Arantes Leite e Débora Landsberg. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Jussara Simões. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

RECK, Janriê Rodrigues. Da dimensão pragmática da linguagem. **Revista Faz Ciência**, Francisco Beltrão, v. 13, n. 17, p. 13-32, jan./jun. 2011.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do poder do “povo”. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, a. 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 117, p. 193-217, jul./dez. 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017.

VILLEY, Michel. **O Direito e os direitos humanos**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

WENDY, Brown. **Nas ruínas do neoliberalismo**: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Filosófica Politéia, 2019.

ZIZEK, Slavoj. **Problema no paraíso**: do fim da história ao fim do capitalismo. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

ALGUNS ASPECTOS SOBRE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA E IGUALDADE DENTRO DO MARCO JURÍDICO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: AVANÇOS E RETROCESSOS

ANA CLAUDIA SANTANO*

SUMÁRIO:

1. Introdução. **2.** Direitos políticos dentro do marco dos Direitos Humanos e participação. **3.** Direitos Políticos dos LGTBI+ e seu reconhecimento pelas cortes. **4.** A situação dos indígenas dentro do contexto dos direitos políticos e da participação. **5.** Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

Ainda que rotinas democráticas tenham sido adotadas em boa parte dos países do ocidente, elas não alcançaram ainda os níveis desejados para uma verdadeira inclusão para a participação e igualdade. Um indicio dessa afirmação é que as casas legislativas dos países da América Latina, por exemplo, embora de países com alta presença de negros e indígenas, ainda é predominantemente branca. O mesmo comentário pode ser feito com relação às mulheres, que mesmo tendo galgado muitos degraus em torno a conquistas sociais, ainda não possuem ampla representação política, havendo uma espécie de “teto de vidro” que as impede de ter mais mulheres em cargos eletivos. E em se tratando de gênero, também se incluem os grupos LGTBI+, que conta com déficit em representação e

* Professora do Programa de Pós-graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil (Curitiba- PR, Brasil). Estágio pós-doutoral em Direito Público Econômico pela PUCPR (Curitiba-PR, Brasil) e em Direito Constitucional pela Universidad Externado de Colômbia. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca (Salamanca, Espanha).
E-mail: anaclaudiasantano@yahoo.com.br

em participação nas esferas políticas institucionais, sendo prejudicados em seus direitos e em sua visibilidade.

Contudo, embora o contexto ainda seja desfavorável, há algo a comemorar. Nos últimos anos, foram jogadas luzes no tema da exclusão desses grupos e foram alcançadas conquistas importantes para o reconhecimento e inserção dessas pessoas. Nesse sentido, se por um lado ainda há muito que fazer, por outro, o caminho já foi iniciado, devendo ser continuado na direção da plena inclusão dessas minorias que são assim consideradas pelo *establishment*, ainda que não o sejam de fato.

Diante disso, este artigo fará uma aproximação entre avanços e retrocessos havidos no tema da inclusão para a participação desses grupos na política, o que afeta a igualdade que se almeja em um ambiente verdadeiramente democrático. Para percorrer esse tema, abordar-se-á um pouco da visão dos direitos humanos no que tange aos direitos políticos, para, em seguida, expor sobre a participação política, fazendo uma correlação dessas noções sobre dois dos grupos acima citados, para que se faça um recorte, que são os indígenas e o LGBTI+. Estes dois foram escolhidos porque, embora aparentemente não possuam conexão, ainda sofrem graves prejuízos no exercício de seus direitos civis. No entanto, nos últimos anos eles vêm exercendo pressão para a mudança desse panorama. Assim, acredita-se que são bons exemplos de uma mudança de paradigma – necessária – a fim de lhes conferir o pleno exercício de seus direitos em uma situação mais igualitária com os grupos mais hegemônicos da esfera social.

2. DIREITOS POLÍTICOS DENTRO DO MARCO DOS DIREITOS HUMANOS E PARTICIPAÇÃO¹

Os direitos políticos são um dos pilares dos Direitos Humanos mais clássicos que há. E não é para menos, já que possuem uma longa trajetória histórica, o que possibilitou o expressivo enraizamento de seus valores nas sociedades ocidentais. Isso não seria possível se o mesmo não tivesse ocorrido com a democracia, regime político² que proporciona a maior participação na escolha dos governantes e, portanto, com maiores condições de

¹ Parte desse tópico foi extraído de: SANTANO, Ana Cláudia. Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. *Justiça Do Direito* (UPF), v. 32, p. 120-152, 2018.

² Regime político aqui se refere, de modo amplo, ao “conjunto das instituições que regulam a luta pelo poder e o seu exercício, bem como a prática dos valores que animam tais instituições” (Cf. LEVI, Luca. Regime político. In: BOBBIO, Norberto; *et al* (orgs.). *Dicionário de política*. 13º ed. Brasília: UnB, 2010. p. 1081.

fazer valer tanto esses direitos políticos, como também de fomentar todo o conjunto de Direitos Humanos.³

Nesse sentido, os direitos políticos são exercidos na democracia, sendo um parte do outro. Abrangem uma gama bastante ampla que compõem tanto a parte dogmática das constituições, quanto a parte orgânica. Nesse sentido, quando há regulação sobre o *status* dos cidadãos, acerca da criação, funcionamento ou reconhecimento dos partidos, ou mesmo a regulação de direitos políticos e eleitorais, constam na parte dogmática do texto constitucional. Já quando regula o funcionamento do poder e sua relação com os órgãos, cabe à parte orgânica.

Portanto, desenham-se aqui as duas faces desses direitos, uma ativa e outra passiva, referindo-se à possibilidade de decidir os rumos da democracia seja pelo voto ou outra manifestação que leve à tomada da decisão (procedimento), seja como representante, influenciador ou agente (materialmente). São essas vicissitudes que fazem com que os direitos políticos sejam um dos corolários dos Direitos Humanos.

No entanto, sempre houve muita divergência sobre a forma do exercício e da interpretação desses direitos políticos, afetando outros elementos que fazem parte de um sistema democrático como as organizações que atuarão nessa esfera (se partidos, se outros tipos de associações), bem como sobre os eleitores e eventuais candidatos a representantes, assim como o modo que se converterá a manifestação da vontade dos eleitores em um resultado aplicável.⁴

É aqui que se pode abordar a participação política, como integrante do conjunto dos direitos políticos. As ciências sociais se ocuparam diretamente na formulação de uma tipologia que pudesse catalogar as diversas formas de participação política, e na impossibilidade de se elencar a todas – devido aos limites deste trabalho – mencionam-se algumas, como persuadir os outros a votar; trabalhar ativamente para partidos ou candidatos; participar das reuniões políticas ou comícios; contribuir com recursos econômicos a partidos e candidatos; ser membro de algum clube político; participar ativamente em organizações comunitárias para a resolução de problemas, manter contato com lideranças

³ Segundo Bobbio, não há direitos do homem sem democracia, porque sem democracia, não há paz, e somente a paz é pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem. (Cf. BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7). No mesmo sentido, cf. ANNAN, Kofi. Democracy as an international issue. **Global Governance**. v. 8, p. 135-142, 2002.

⁴ Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia; OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. Una revisión sobre los derechos políticos en los documentos internacionales de derechos humanos. **Revista de Derecho Público**. n.º 92, p. 151-165, 2020; SANTANO, Ana Claudia. Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. **Justiça Do Direito** (UPF), v. 32, p. 120-152, 2018.

locais ou nacionais, seja socialmente ou de forma personalizada; dentre outras.⁵ Essa lista de atividades que se configuram como participação política permite visualizar que, em algumas delas, é necessário tempo, em outras, habilidades, e em outras, dinheiro.⁶ Praticamente todas têm um alcance coletivo dos seus resultados e são fruto de uma participação ativa, indo muito mais além do conceito extremamente restrito de participação política somente pela emissão do voto, deixando claro que o tempo e as habilidades requeridas por parte dessas formas de participação política também faz parte dos direitos políticos em seu entendimento mais atual.⁷

Tal concepção limitativa da participação política ao exercício do voto pode ser resultado da confusão dessa ideia com os efeitos da apatia por parte dos cidadãos frente ao sistema político.⁸ Há notoriamente um aumento na abstenção eleitoral, resultante de certa desilusão com a política, e também um aumento no número de protestos, de formas alternativas de participação política que vai além da ação isolada do cidadão, desembocando em uma ação verdadeiramente coletiva, promovida por grupos sociais, sejam estes formais ou informais.⁹ O fato que é o conceito de participação política atualmente extrapola o seu perfil jurídico de direito fundamental individual expresso por meio do voto e passa a ser visto amplamente na esfera coletiva. Os cidadãos se organizam em grupos ou organizações motivados por interesses em comum, como forma de fortalecer o alcance das suas demandas e superar a fraqueza da influência individual de cada um deles. Eleger a maneira de como será realizada essa participação política também é uma resultante da própria participação política, não sendo permitido que isso esteja limitado tão somente ao agir individual e unitário.¹⁰

Pois bem. No século XX ficou evidente que os direitos políticos seriam muito importantes para o resgate e reconstrução dos regimes democráticos, a partir da reestruturação dos partidos políticos, da realização de eleições livres, diretas, com voto universal. A partir de então, foram aprovados diversos documentos internacionais, no sentido de formar um

⁵ Classificação constante em VERBA, Sidney; NIE, Norman H. **Participation in America** - Political Democracy and Social Equality. Harper & Row Publishers: New York, 1972. p. 72.

⁶ VERBA, Sidney; NIE, Norman. H.; KIM, Jae On. **The modes of democratic participation: a cross-national comparison**. Sage: Beverly Hills, California, 1971. p. 55 e ss.

⁷ VERBA, Sidney, SCHLOZMAN, Kay Lehman; BRADY, Henry E. **Voice and equality**. Civic voluntarism in American politics. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995. p. 48.

⁸ CUNHA, Camila Santos da; EPPLE, Cristiane; HERATH, Maikiely. O direito fundamental de participação social no estado democrático de direito. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/04_365.pdf> Acesso em 03.04.2014. p. 986.

⁹ BRITO, Walderes Lima de. **Superação da apatia política pela valorização de novas práticas de participação cidadã**. Disponível em <http://www.pucgoias.edu.br/ucg/ser/ArquivosUpload/1/file/Artigos/pdf/superacao_apatia.pdf> Acesso em 03.04.2014.

¹⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação Política?**. São Paulo: Brasiliense, 1999. Coleção primeiros passos. p. 85 e ss.

consenso entre os países sobre o conteúdo desses direitos, fazendo-os universais, ou seja, aplicáveis a todos os Estados que aderissem ao seu texto. É desse pressuposto que todos os direitos devem partir, de que todos são iguais, parafraseando a própria Declaração Universal de Direitos Humanos, “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

A partir de então, foram aprovados diversos documentos internacionais, no sentido de formar um consenso entre os países sobre o conteúdo desses direitos, fazendo-os universais, ou seja, aplicáveis a todos os Estados que aderissem ao seu texto. No final da década de 40, dois documentos de suma importância foram aprovados: a Declaração Universal dos Direitos Humanos,¹¹ que corresponde às Nações Unidas, e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem,¹² conectada com a Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 1948.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH),¹³ o princípio da liberdade possui tanto a dimensão política quanto a individual, sendo, portanto, complementares e interdependentes.¹⁴ Não há uma sem a outra. Nesse sentido, a DUDH dispõe em seu art. XXI que todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por meio de representantes. O acesso aos serviços públicos também é garantido a todos. Já no que tange à soberania popular, a DUDH estabelece que a vontade do povo é a base da autoridade do governo, expressada em eleições periódicas e legítimas por sufrágio universal, voto secreto ou algum processo equivalente que garanta a liberdade de escolha dos eleitores.

Ainda no sistema de proteção aos Direitos Humanos da ONU, em 1966 foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que, juntamente com o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais,¹⁵ visavam tornar juridicamente vinculantes os direitos já constantes na DUDH, detalhando-os e trazendo mecanismos de monitoramento sobre o seu cumprimento pelos Estados-parte. Consta no art. 25 os direitos de partici-

¹¹ O Brasil assinou o documento no momento de sua aprovação, em 1948.

¹² O Brasil assinou o documento no momento de sua aprovação, também em 1948.

¹³ A Carta da ONU não listou um rol de direitos essenciais, o que levou à aprovação da DUDH. No entanto, cabe destacar aqui a natureza declaratória da DUDH, o que não faz dela um tratado internacional. Isso gera um debate doutrinário sobre a sua força vinculante, dividindo-se em 3 (três) correntes: (i) teria força vinculante por ser uma interpretação autêntica do termo “direitos humanos” constante na Carta da ONU; (ii) teria força vinculante por representar o costume internacional sobre a matéria; (iii) seria somente *soft law*, ou seja, um conjunto de normas ainda não vinculantes, mas que buscam direcionar as ações dos Estados para, então, ter força vinculante. (Cf. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 50).

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10º ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 242.

¹⁵ O Pacto Civil foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 592, de 6 de Julho de 1992, e o Pacto Econômico foi pelo Decreto nº 591, do mesmo dia. Com relação a este último, não há ainda a ratificação do seu Protocolo Adicional, que submete o Brasil ao sistema de monitoramento por peticionamento.

pação política, que assegura a todos, sem qualquer discriminação, o direito de participar dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos. Garante também o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário, por voto secreto e que assegurem a manifestação da vontade dos eleitores. Ao final do dispositivo, há a garantia do acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu respectivo país.

Com relação ao Protocolo Facultativo do Pacto Civil, tem-se que o Brasil o assinou em 16 de junho de 2009, sendo logo aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 311/2009 e depositado o instrumento de ratificação pelo Brasil na ONU em 25 de setembro do mesmo ano.¹⁶ Dessa forma, embora o Brasil esteja obrigado no plano internacional às disposições do Protocolo, o fato é que falta, ainda, o seu decreto presidencial de promulgação, que não se seguiu ao Decreto Legislativo, como deveria ser. Isso vai de encontro com a jurisprudência dominante do STF no que tange aos efeitos internos dos tratados internacionais, já que, em diversas vezes, a Corte se manifestou declarando a obrigatoriedade de edição do decreto de promulgação (decreto executivo ou presidencial),¹⁷ pelo Presidente da República, referendado pelo Ministro das Relações Exteriores. Somente com esse decreto de promulgação, o tratado, seja qual for,¹⁸ terá validade internamente, sem prejuízo de sua validade internacional.¹⁹ Isso faz com que, nos termos da jurisprudência do STF, o Protocolo Facultativo ainda não tenha efeitos internos no Brasil, a despeito do seu depósito do instrumento de ratificação.²⁰

¹⁶ Cf. < http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Anuario_Conectas_sumario_executivo.pdf > Acesso em 15 nov. 2017.

¹⁷ Esta jurisprudência já vem de longa data, a partir de 2000. Cf. CR 8.279-AgR. Plenário. Rel. Min. Presidente Celso de Mello. J. 17-6-98. DJ de 10.08.2000 e consolidada na ADI-MC 1.480-3. Rel. Min. Celso de Mello. DJU de 08.08.2001.

¹⁸ Inclusive os aprovados pelo procedimento especial do Art. 5º, §3º da Constituição Federal, a exemplo do que foi feito na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Decreto Presidencial nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, único documento internalizado por esse procedimento.

¹⁹ Há uma forte crítica doutrinária sobre essa posição. Para Piovesan, após a edição da Constituição de 1988, todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, nos termos do art. 5º, §1º. Isso faria com que se dispensasse o decreto de promulgação dos tratados de direitos humanos, de modo que eles tivessem aplicabilidade interna imediata, com a sua adoção automática. No entanto, o STF entendeu de maneira restritiva esse dispositivo, aplicando-o somente nos casos internos que versassem sobre direitos e garantias fundamentais, permanecendo o trâmite de formação e ratificação dos tratados para todos (Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 71).

²⁰ Isso é assim porque, considerando que o Congresso Nacional não tem um prazo determinado para a análise do documento internacional, as circunstâncias que levaram à sua assinatura podem também desaparecer durante esse período, o que faz com que não seja adequado obrigar a sua ratificação, sendo, portanto, um ato discricionário do Presidente da República. No entanto, a fim de ter efeitos internos, o Decreto Presidencial de Promulgação é obrigatório. Essa posição é contrária a de Francisco Rezek, que entende que, por não ser um reclamo constitucional, não impede que o tratado ratificado não tenha efeitos internos. (Cf. REZEK, José

Já no que tange ao sistema interamericano de direitos humanos, a Carta da OEA trouxe em seu texto a cláusula democrática (art. 9), que prevê a possibilidade de suspensão de algum Estado-membro devido à derrubada à força de um governo democraticamente eleito.²¹ Complementando a Carta, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe,²² em seu art. XX, que toda pessoa legalmente capacitada tem o direito de tomar parte no governo do seu país, seja direta ou indiretamente, por meio de representantes, bem como de participar das eleições, através do voto secreto, de forma genuína, periódica e livre. Atestam-se, aqui, a soberania popular e os moldes de democracia que se consideram imprescindíveis para os direitos humanos.

Essa proteção aos direitos políticos repete-se na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecido também como Pacto de San José da Costa Rica (1969),²³ no seu art. 23, garantindo a todos os cidadãos o direito de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. Ainda, o Pacto de San José estabelece que uma lei pode regular o exercício dos direitos políticos do art. 23, pautando-se exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal, algo que vem causando muito conflito entre o entendimento da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os ordenamentos jurídicos dos Estados-parte da Convenção.²⁴ No que alcança o Brasil, certamente cabe a ressalva de que essa cláusula afeta diretamente a Lei da Ficha Limpa em muitos de seus incisos.

Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar, 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55).

²¹ Assim consta no art. 9: “Um membro da Organização, cujo governo democraticamente constituído seja deposto pela força, poderá ser suspenso do exercício do direito de participação nas sessões da Assembléia Geral, da Reunião de Consulta, dos Conselhos da Organização e das Conferências Especializadas, bem como das comissões, grupos de trabalho e demais órgãos que tenham sido criados.

²² A Declaração Americana é considerada uma interpretação autêntica dos dispositivos genéricos de proteção de direitos humanos da Carta da OEA, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Parecer Consultivo sobre a interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, art. 64 da Convenção, 1989, §45.

²³ Promulgado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 6 de novembro de 1992.

²⁴ Tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto a Corte já teve oportunidade de se manifestar sobre essas vedações no caso *Yatama vs. Nicarágua* (decisão de 23 de junho de 2005); *López Mendoza vs. Venezuela* (decisão de 01 de setembro de 2011); *Gustavo Petro Urrego vs. Colômbia* (com medida cautelar imposta pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos desde 2014), dentre outros. Nesses casos, o que se debate é o direito de ser eleito – e permanecer eleito –, diante de decisões de órgãos outros que não sejam uma condenação, por juiz competente, em processo penal. Para uma análise mais detalhada sobre esses casos, vid., por todos: AMAYA, Jorge Alejandro; LOIANNI, Adelina. *Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'*. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**

No entanto, uma tutela mais detalhada dos direitos políticos veio com a aprovação da Carta Democrática, em 11 de setembro de 2001. Ainda que não tenha natureza de tratado, uma vez que foi aprovada como resolução da Assembleia Geral da OEA sendo, portanto, uma *soft law* e não vinculante, constitui-se em um importante vetor de interpretação para a promoção da democracia nos continentes americanos.²⁵ Em seus 28 artigos constam 6 partes: (i) democracia e sistema interamericano; (ii) democracia e os direitos; (iii) democracia, desenvolvimento integral e combate à pobreza; (iv) fortalecimento e preservação da institucionalidade democrática; (v) democracia e as missões de observação eleitoral;²⁶ (vi) promoção da cultura democrática.²⁷

No entanto, percebe-se que há um “gap” deles com a realidade de muitos países e que muitos desses pontos já foram objeto de apreciação pela Corte Interamericana.

3. DIREITOS POLÍTICOS DOS LGTBI+ E SEU RECONHECIMENTO PELAS CORTES²⁸

No caso dos grupos LGBTI+, em 2018 a Corte Interamericana de Direitos Humanos reafirmou jurisprudência no sentido de que a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos protegidos pelo Pacto de San Jose. Nesse sentido, o direito à identidade de gênero está vinculado às garantias de liberdade e de autodeterminação e seu reconhecimento por parte dos Estados membros é essencial para o pleno gozo dos Direitos Humanos.²⁹

Constitucional. n° 21, p. 295-321, ene./jun., 2014; e AMAYA, Jorge Alejandro. Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. **Lex.** n° 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

²⁵ No entendimento de Asdrúbal Aguiar, traz exatamente a forma como a democracia deve ser entendida, conjugando seus elementos essenciais com a democracia de exercício, que trata sobre a efetividade de seu exercício, além de elevá-la como um direito humano das pessoas e dos povos (Cf. AGUIAR, Asdrúbal. La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012. In: PÉREZ CORTI, José María (dir.). **Memoria del I° Congreso Argentino de Derecho Electoral.** Buenos Aires: Infojus, 2012. p. 38-39).

²⁶ Sobre o tema, cf. SANTANO, Ana Claudia. Observação eleitoral internacional: por que o Brasil não adere a esta ideia? Sugestões para uma maior integração democrática regional. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. (Org.). **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular.** Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 11-44.

²⁷ Sobre o tema, cf. PRIOTTI, Anahí; TRUCCO, Marcelo. La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana. **RecordDip - Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público.** v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: < <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/3027> > Acesso em 15 nov. 2017.

²⁸ Este tópico foi extraído de: SANTANO, Ana Claudia; CASTRO, Kamile Moreira. Inclusão e direitos políticos: Transexuais e travestis e o Direito Eleitoral brasileiro. **Revista Dos Tribunais,** v. 994, p. 385-408, 2018.

²⁹ Cf. Opinião Consultiva solicitada pelo governo da Costa Rica, para que a Corte interpretasse as garantias estabelecidas pela Convenção Americana de Direitos Humanos no que se refere ao reconhecimento da

Já no Brasil, em 05 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental **ADPF 132 – convertida depois em ADI – por unanimidade acolheu** o pedido formulado para conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, a fim de declarar a aplicabilidade do regime da união estável às uniões entre pessoas de mesmo sexo. Consta do item 6 da Ementa que deve ser excluído **qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.**³⁰

Nos votos, restou consignado que a liberdade sexual do ser humano só deixaria de estar acobertada nos dispositivos da Constituição se houvesse enunciação igualmente constitucional em sentido diverso (que não existe) e que, para o tema, vale a regra universalmente válida do art. 5º, II, da CF/88 de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”.

Já em 01 de março de 2018 o STF, julgando a ADI 4.275,³¹ ajuizada pela Procuradoria-Geral da República com objetivo de dar interpretação conforme a Constituição ao art. 58 da Lei 6.015/1973, entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Todos os ministros da Corte reconheceram o direito e a maioria entendeu que, para a alteração, não seria necessária autorização judicial.

Não obstante a importância do assunto debatido no STF, o que se busca essencialmente no Direito Eleitoral é objetivar as definições pertinentes às questões de gêneros para fins do exercício dos direitos políticos, especialmente no que toca às condições de elegibilidade previstas no art. 14, § 3º, da CF/88, favorecendo e incentivando a participação político-partidária dos cidadãos.

Para tanto, no mesmo dia em que ocorreu o julgamento da ADI 4.275 pelo STF, já nos domínios da Justiça Eleitoral, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por ocasião do julgamento da Consulta [0604054-58.2017.6.00.0000](https://www.tse.jus.br/consultaPublica/ConsultaPublica/ConsultaPublica/listView.seam?ca=31a5f131c06495f7bdd0bea8888667a39b484d172d84d8e)³² formulada pela Senadora Fátima

mudança de nome de acordo com a identidade de gênero e também sobre o reconhecimento dos direitos econômicos derivados de união homoafetiva (OC 24-2017, de 24 de novembro de 2017). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf> Acesso em 26 mar. 2018.

³⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em 26 mar. 2018.

³¹ Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085>> Acesso em 26 mar. 2018.

³² Disponível em: <<https://pje.tse.jus.br:8443/pje-web/ConsultaPublica/ConsultaPublica/ConsultaPublica/listView.seam?ca=31a5f131c06495f7bdd0bea8888667a39b484d172d84d8e>> Acesso em 29 mar. 2018.

Bezerra (PT-RN), entendeu, por unanimidade³³, pela possibilidade de utilização do nome

³³ CONSULTA. REQUISITOS. LEGITIMIDADE. SENADORA. EXAME. EXPRESSÃO “CADA SEXO”. REFERÊNCIA. TRANSGÊNEROS. OMISSÃO LEGISLATIVA. NOME SOCIAL. CADASTRO ELEITORAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE. NÃO DISCRIMINAÇÃO. INTIMIDADE. DIREITO À FELICIDADE. BEM-ESTAR OBJETIVO. VALORES DE JUSTIÇA. FINS SOCIAIS. EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. COTAS FEMININA E MASCULINA. CONTABILIZAÇÃO. PERCENTUAIS. ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. NOME COMPLETO. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI DAS ELEIÇÕES. NOME CIVIL. DETERMINAÇÃO. NOME SOCIAL. URNAS ELETRÔNICAS. POSSIBILIDADE. EXPRESSÃO “NÃO ESTABELEÇA DÚVIDA QUANTO À SUA IDENTIDADE”. CANDIDATURAS PROPORCIONAIS E MAJORITÁRIAS. IDÊNTICOS REQUISITOS. ART. 11 DA LEI DAS ELEIÇÕES. I. Cabimento. 1. É cabível consulta formulada em tese, sobre matéria eleitoral (pertinência temática), por Senadora da República (autoridade com jurisdição federal), estando preenchidos, portanto, os requisitos exigidos pelo art. 23, XII, do CE. II. Premissas teóricas. 1. Malgrado inexistência menção ao sexo feminino no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, é evidente tratar-se de ação afirmativa que visa à superação do *déficit* democrático oriundo da sub-representação das mulheres nas casas legislativas, o que não guarda nenhuma incompatibilidade com o reconhecimento dos direitos dos(as) candidatos(as) a serem computados nas cotas feminina ou masculina, de acordo com sua identidade de gênero. 2. O cerne das questões ora apresentadas denota a lacuna do mencionado dispositivo legal, porquanto a expressão “cada sexo” não contempla a diversidade de gênero com seus marcadores sociais singulares e diferenciados. Com efeito, a construção do gênero representa fenômeno sociocultural que exige abordagem multidisciplinar a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos – geralmente de caráter moral e religioso – aos valores e às garantias constitucionais. É imperioso, pois, avançar e adotar medidas que denotem respeito à diversidade, ao pluralismo, à subjetividade e à individualidade como expressões do postulado supremo da dignidade da pessoa humana. Ademais, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil consiste em “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, nos termos do art. 3º, IV, da Carta Magna. 3. Conquanto o princípio da imutabilidade do nome venha sendo mitigado pela jurisprudência do STF e do STJ, as retificações que impliquem alteração do nome civil só podem ser efetivadas por meio de decisão judicial. Cabe a esta Justiça especializada, nos limites de suas atribuições e competências, adotar as providências necessárias para que o exercício do sufrágio seja consentâneo e sensível às questões de gênero ora examinadas. III. Com base nesses fundamentos, adotam-se as seguintes orientações para as questões veiculadas na presente Consulta.

1. A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, *caput*, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Res.-TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência. 2. A expressão contida no art. 12, *caput*, da Lei nº 9.504/97, de que o candidato deve “indicar seu nome completo” no pedido de registro de candidatura, refere-se ao nome civil, constante do cadastro eleitoral, por ser imprescindível ao exame das certidões negativas exigidas no pedido de registro de candidatura, o qual deverá ser restrito ao âmbito interno da Justiça Eleitoral, enquanto o nome social deverá ser utilizado nas divulgações públicas. 3. É possível o uso exclusivo do nome social nas urnas eletrônicas, observados os parâmetros do art. 12 da Lei nº 9.504/97, que permite o registro do “prenome, sobrenome, cognome, nome abreviado, apelido ou nome pelo qual é mais conhecido, desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente”. 4. A expressão “não estabeleça dúvida quanto à sua identidade”, prevista no *caput* do art. 12 da Lei nº 9.504/97, refere-se à identificação do(a) candidato(a) conforme seja conhecido(a), inclusive quanto à identidade de gênero.

5. O nome social poderá ser utilizado tanto nas candidaturas proporcionais como nas majoritárias, haja vista que o art. 11 da Lei nº 9.504/97, ao estabelecer o rol de dados e documentos que devem instruir o pedido de registro, não faz nenhuma distinção nesse sentido. 6. Acolhe-se a manifestação da Assessoria Consultiva no sentido de que a autodeclaração de gênero deve ser manifestada por ocasião do alistamento eleitoral ou da atualização dos dados do cadastro eleitoral, ou seja, até cento e cinquenta dias à data das eleições, nos termos do art. 91, *caput*, da Lei nº 9.504/97, razão pela qual se propõe a edição de regras específicas sobre o

social, tanto nas candidaturas proporcionais como nas majoritárias, na urna eletrônica e na campanha eleitoral a partir das eleições de 2018.³⁴ Acolhendo Manifestação da Assessoria Consultiva, o Ministro Relator, Tarcísio Vieira, afirmou que a autodeclaração de gênero deve ser realizada no momento do alistamento eleitoral ou da atualização dos dados do cadastro eleitoral, ou seja, até 151 (cento e cinquenta e um) dias antes do pleito, nos termos do art. 91, *caput*, da Lei nº 9.504/97.

Restou deliberado, ainda, que a expressão “cada sexo”, mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97, segundo o qual cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidatura masculina e feminina. Entretanto, para que assim sejam considerados devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral (RAE), nos termos do art. 91, *caput*, da Lei 9.504/97, pois a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos da Resolução-TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência.

Consignou também o Relator que, por ser imprescindível ao exame das certidões negativas exigidas no pedido de registro de candidatura, a exigência de indicação do nome completo, prevista no art. 12, *caput*, da Lei nº 9.504/97, no pedido de registro candidatura, refere-se ao nome civil, descrito no cadastro eleitoral. Entretanto, o nome constante nos documentos do candidato deverá ser restrito ao âmbito interno da Justiça Eleitoral, enquanto o nome social deverá ser utilizado nas divulgações públicas. Por outro lado, decidiu-se que, para a urna eletrônica, é possível o uso do nome social, observados os parâmetros do art. 12 da Lei nº 9.504/97, que permite o registro do “prenome, sobrenome, cognome, nome abreviado, apelido ou nome pelo qual é mais conhecido, desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente”.

Quanto à expressão “*não estabeleça dúvida quanto à sua identidade*”, prevista no *caput* do art. 12 da Lei nº 9.504/97, esclareceu que se refere à “identificação do(a) candidato(a) conforme seja conhecido(a), inclusive quanto à identidade de gênero”.³⁵

tema que disponham, igualmente, sobre a adoção de um novo modelo de título eleitoral no qual possa constar o nome social, sem prejuízo do nome civil do eleitor. 7. Consulta conhecida.

³⁴ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>>. Acesso em 27 mar. 2018.

³⁵ Importante consignar que não cabe à Justiça Eleitoral realizar alteração dos registros civis e demais assentamentos públicos do cidadão.

Visando dar mais eficácia à decisão proferida pelo TSE, em 22 de março de 2018³⁶ a Corte aprovou por unanimidade a Resolução 23.562³⁷, de relatoria do Ministro Napoleão, estabelecendo que a pessoa travesti ou transexual poderá, por ocasião do alistamento ou de atualização de seus dados no Cadastro Eleitoral, registrar-se com seu nome social³⁸ e respectiva identidade de gênero³⁹, sendo que o nome social, o qual constará do título de eleitor, impresso ou digital, será acompanhado do nome civil.

O que se tem de notar, em especial entre os julgamentos acima mencionados, são citações relativas ao amor, à felicidade, à inclusão e à liberdade, com preponderância da afetividade sobre a biologicidade. O direito à busca da felicidade, que foi amplamente considerado nas ADIs citadas e na Consulta do TSE, como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, sobressai-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos⁴⁰, em especial para temática em foco. Assume-se, segundo o Ministro Celso de Melo, no voto da ADI 4.275 “um papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, *até mesmo*, esterilizar direitos e franquias individuais”.⁴¹

Nessa linha, Saul Tourinho Leal afirma que é de fácil compreensão, dentro do enigma do direito à felicidade, que ele se preste à redução da dor e do sofrimento, em sua maior medida, daquelas pessoas ou grupos que sentem diretamente as consequências da exclusão e da injustiça.⁴²

Com esse pronunciamento, o TSE, para além de proporcionar uma igualdade formal, promoveu a concretização da igualdade material no preenchimento dos cargos eletivos, sendo, sem dúvida, um grande avanço, considerando inclusive o crescente número de candidaturas LGBT aos pleitos eleitorais. Espera-se verdadeiramente que isso também

³⁶ Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/plenario-nome-social-constara-no-titulo-de-eleitor>> Acesso em: 27 mar. 2018.

³⁷ Consta da ementa: “Acrescenta e altera dispositivos da Res.-TSE 21.538, de 14 de outubro de 2003, para inclusão do nome social no cadastro e atualização do modelo de título eleitoral.” publicada no DJE dia 02/04/2018.

³⁸ Art. 9º- A, §1º: “Considera-se nome social a designação pela qual a pessoa travesti ou transexual se identifica e é socialmente reconhecida”.

³⁹ Art. 9º- A, § 2º: “Considera-se identidade de gênero a dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar necessária relação com o sexo biológico atribuído no nascimento”.

⁴⁰ Segundo o Ministro do STF Celso de Melo ao votar na ADI 4.275. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371085> Acesso em 26 mar. 2018.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371164>> Acesso em 27 mar. 2018. Sem os destaques do original.

⁴² Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113,MI275613,11049-Direito+a+felicidade+resgata+as+raizes+do+constitucionalismo>> Acesso em 26 mar. 2018.

reverbera na participação desses grupos em outras esferas civis, para além da intensa participação política que já exercem.

4. A SITUAÇÃO DOS INDÍGENAS DENTRO DO CONTEXTO DOS DIREITOS POLÍTICOS E DA PARTICIPAÇÃO

Se as conquistas dos grupos LGBTI+ são visíveis, o mesmo não pode ser dito com relação aos indígenas.

A Carta Democrática Interamericana dispõe que a participação da cidadania nas decisões relativas ao seu próprio desenvolvimento é um direito e uma responsabilidade, que reforça e aprofunda a democracia representativa. Logo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece o direito à participação política das comunidades indígenas, por terem formas de organização tradicionais e próprias, o que ficou claro na sentença do caso *Yatama vs. Nicarágua*, em linha também com a Convenção 169 da OIT que parte do paradigma da igualdade e da autonomia dos indígenas.⁴³

No Brasil, os indígenas possuem o direito de sufrágio dentro da regra geral do art. 14, §1º da Constituição de 1988. Contudo, de acordo com o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), norma de duvidosa recepção pelo texto constitucional, os índios são considerados dentro de três categorias de “civilização”: (i) isolados, que vivem em grupos desconhecidos e têm pouco ou nenhum contato com a sociedade; (ii) em via de integração, ou seja, aqueles que estão em permanente contato com a sociedade, embora preservem seus costumes, e aceitem algumas práticas e modos de existências diversos dos seus; (iii) integrados, reconhecidos no pleno exercício de direitos civis. Nota-se que o paradigma aqui é o da assimilação, muito distante do multiculturalismo.⁴⁴

Com o ânimo de fomentar a inclusão de indígenas, em decisão de dezembro de 2011, o Plenário do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) garantiu o alistamento eleitoral em caráter facultativo aos índios considerados pelo Estatuto do Índio como isolados e em vias

⁴³ Tradução livre e paráfrase dos parágrafos 215 e 217 da sentença.

⁴⁴ Sobre o tema, cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdnCntd=56008>> Acesso em 12 jul. 2019; e RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Democracia e Participação Política dos Povos Indígenas: a questão da representação especial. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdnCntd=230453>> Acesso em 12 jul. 2019).

de integração.⁴⁵ Segundo a decisão, os índios alfabetizados devem se inscrever como eleitores, mas não estão sujeitos ao pagamento de multa pelo atraso no alistamento eleitoral (art. 16 da Resolução nº 21.538/2003).⁴⁶

Por fim, especificamente no caso da Resolução n.º 23.554/2017 do TSE, nos termos do art. 34, não há menção aos indígenas sobre, nas eleições gerais, a faculdade aos eleitores da transferência temporária de seção eleitoral para votação no primeiro turno, no segundo turno ou em ambos. Não há previsão tampouco para seções eleitorais especiais para indígenas,⁴⁷ ainda que é importante mencionar os esforços da Justiça Eleitoral em atuar para instalar essas seções em algumas aldeias de difícil acesso.⁴⁸

Isso demonstra que, em que pesem os esforços da Justiça Eleitoral em incluir e fomentar os direitos políticos dos indígenas, todavia há providências a serem tomadas, devendo-se partir de uma leitura conjunta da normativa internacional, da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional, realizando-se inclusive um controle de convencionalidade e de constitucionalidade sobre as normas de níveis inferiores na hierarquia de normas.

Cabe ressaltar que há o Projeto de Lei 2.051/91, que versa sobre o Estatuto dos Povos Indígenas e que visa à reforma da normativa infraconstitucional no que se refere aos

⁴⁵ A título de observação, em outra ocasião, no Respe nº 287-84, rel. Min. Henrique Neves, debateu-se se um cacique de aldeia indígena pode ser sujeito ativo na prática de abuso de autoridade, devendo, em caso positivo, figurar em polo passivo de ação de investigação judicial eleitoral. Em seu voto vista, o Min. Luiz Fux argumentou a sua posição desde o ponto de vista do direito à diferença e ao reconhecimento, restando, portanto, impossível de se imputar a prática de abuso de poder de autoridade a ele. Sobre o tema, cf. FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 87-104.

⁴⁶ “[...] Alistamento. Voto. Indígena. Categorização estabelecida em lei especial. ‘Isolado’. ‘Em vias de integração’. Inexistência. Ôbice legal. Caráter facultativo. Possibilidade. Exibição. Documento. Registro Civil de Nascimento ou administrativo da FUNAI. 1. A atual ordem constitucional, ao ampliar o direito à participação política dos cidadãos, restringindo o alistamento somente aos estrangeiros e aos conscritos, enquanto no serviço militar obrigatório, e o exercício do voto àqueles que tenham suspensos seus direitos políticos, assegurou-os, em caráter facultativo, a todos os indígenas, independentemente da categorização estabelecida na legislação especial infraconstitucional anterior, observadas as exigências de natureza constitucional e eleitoral pertinentes à matéria, como a nacionalidade brasileira e a idade mínima. 2. Os índios que venham a se alfabetizar, devem se inscrever como eleitores, não estando sujeitos ao pagamento de multa pelo alistamento extemporâneo, de acordo com a orientação prevista no art. 16, parágrafo único, da Res.-TSE 21.538, de 2003. 3. Para o ato de alistamento, faculta-se aos indígenas que não disponham do documento de registro civil de nascimento a apresentação do congênera administrativo expedido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).” (Ac. de 6.12.2011 no PA nº 180681, rel. Min. Nancy Andrighi.).

⁴⁷ Cf. FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais. Brasília: TSE, 2019. p. 30-33. Disponível em: < <http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar> > Acesso em 12 jul. 2019.

⁴⁸ Cf. < <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/10/05/sete-aldeias-indigenas-de-mato-grosso-terao-secoes-eleitorais-pela-primeira-vez.ghtml> > Acesso em 12 jul. 2019.

direitos indígenas. O texto já trata o índio como um indivíduo com plena capacidade civil, eliminando o paradigma da assimilação do seu regime jurídico.⁴⁹

No entanto, o exercício dos direitos políticos dos indígenas para por aí. Sabe-se que um dos principais pilares da Convenção 169 da OIT é justamente a questão da autonomia indígena, o que supõe que eles devem ter voz e participação nos assuntos públicos que os envolvem. Para tanto, a consulta prévia deve ser a regra quando os governos prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente, ou devem estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes.

Isso foi totalmente ignorado no caso de Belo Monte, quando a Comissão Interamericana determinou medida cautelar (382/10) de suspensão das obras devido ao iminente perigo de violação dos direitos humanos em série dos indígenas e das comunidades tradicionais que viviam na região. Não só os procedimentos de consulta prévia foram ignorados, como também a própria determinação de suspensão da obra, que já foi, inclusive, finalizada.

Nesse sentido, nota-se um esforço do TSE em incluir, ainda que limitadamente, os indígenas no processo eleitoral, mas pouco se vê em outras esferas, como se o direito de participação política pudesse ser fracionado ou ser considerado separado em compartimentos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito que fazer pela inclusão desses e de outros tantos grupos minoritários nos assuntos públicos. O exercício de direitos políticos não deve se restringir ao mero ato de votar. Deve-se mudar essa ideia limitativa rumo a uma maior democracia, em tamanho e em qualidade. Só assim conseguiremos construir uma sociedade mais igualitária para todos, efetivamente todos.

Como foi possível ver, grupos como os LGBTBI+ e indígenas estão trilhando caminhos para a conquista de seus direitos de participação mais efetiva em uma democracia. Algumas conquistas foram relatadas e são muito importantes para ilustrar a sua capacidade de organização e de união dessas minorias. Porém, deve-se continuar trabalhando para que a democracia que se idealiza seja mais inclusiva e mais concreta, efetivamente para todos e todas.

⁴⁹ O projeto encontra-se pronto para pauta de plenário desde 2012.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Asdrúbal. La democracia en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1987-2012. In: PÉREZ CORTI, José María (dir.). **Memoria del I° Congreso Argentino de Derecho Electoral**. Buenos Aires: Infojus, 2012.

AMAYA, Jorge Alejandro. Tensiones entre decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados en materia de derechos políticos. **Lex**. n° 18, año XIV, p. 19-33, 2016.

AMAYA, Jorge Alejandro; LOIANNO, Adelina. Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH: reflexiones e interrogantes del caso 'Gustavo Petro'. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**. n° 21, p. 295-321, ene./jun., 2014.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=56008>> Acesso em 12 jul. 2019.

ANNAN, Kofi. Democracy as an international issue. **Global Governance**. v. 8, p. 135-142, 2002.

BOBBIO, Norbert. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO, Walderes Lima de. **Superação da apatia política pela valorização de novas práticas de participação cidadã**. Disponível em <http://www.pucgoias.edu.br/ucg/ser/ArquivosUpload/1/file/Artigos/pdf/superacao_apatia.pdf> Acesso em 03.04.2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 10° ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Camila Santos da; EPPLE, Cristiane; HERATH, Maikiely. **O direito fundamental de participação social no estado democrático de direito**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/04_365.pdf> Acesso em 03.04.2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação Política?**. São Paulo: Brasiliense, 1999.

FERREIRA, Lara Marina. Estudo preliminar, Eixo temático VII: participação feminina, jovens, negros, indígenas, pessoas com deficiência e presos. **Diálogos para a construção da sistematização das normas eleitorais**. Brasília: TSE, 2019. p. 30-33. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/sne/arquivos/gt-vii-eixo-transversal-estudo-preliminar>> Acesso em 12 jul. 2019.

FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos paradigmas do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEVI, Luca. Regime político. In: BOBBIO, Norberto; *et al* (orgs.). **Dicionário de política**. 13° ed. Brasília: UnB, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PRIOTTI, Anahí; TRUCCO, Marcelo. La cláusula democrática en los procesos de integración latinoamericana. **RecordDip - Revista electrónica cordobesa de derecho internacional público**. v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: < <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/3027> > Acesso em 15 nov. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar, 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Ricardo José Pereira. Democracia e Participação Política dos Povos Indígenas: a questão da representação especial. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, nov./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=230453>> Acesso em 12 jul. 2019.

SANTANO, Ana Claudia. Ativismo judicial no caso das candidaturas independentes. **Justiça Do Direito (UPF)**, v. 32, p. 120-152, 2018.

SANTANO, Ana Claudia. Observação eleitoral internacional: por que o Brasil não adere a esta ideia? Sugestões para uma maior integração democrática regional. In: MORAES, Filomeno; SALGADO, Eneida Desiree; AIETA, Vânia Siciliano. (Org.). **Justiça eleitoral, controle das eleições e soberania popular**. Curitiba: Íthala, 2016, v. 1, p. 11-44.

SANTANO, Ana Claudia; CASTRO, Kamile Moreira . Inclusão e direitos políticos: Transexuais e travestis e o Direito Eleitoral brasileiro. **Revista Dos Tribunais**, v. 994, p. 385-408, 2018.

SANTANO, Ana Claudia; OYARTE MARTÍNEZ, Rafael. Una revisión sobre los derechos políticos en los documentos internacionales de derechos humanos. **Revista de Derecho Público**. nº 92, p. 151-165, 2020.

VERBA, Sidney, SCHLOZMAN, Kay Lehman; BRADY, Henry E. **Voice and equality**. Civic voluntarism in American politics”. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

VERBA, Sidney; NIE, Norman H. **Participation in America** - Political Democracy and Social Equality. Harper & Row Publishers: New York, 1972.

VERBA, Sidney; NIE, Norman. H.; KIM, Jae On. **The modes of democratic participation**: a cross-national comparison. Sage: Beverly Hills, California, 1971.

DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: A RELAÇÃO ENTRE A DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE LABORAL E A TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA

LUCAS REIS DA SILVA*

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Aspectos Históricos da Terceirização. 3. Terceirização como mecanismo de superexploração do trabalho. 4. Terceirização como elemento de degradação do meio ambiente de trabalho. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da terceirização trabalhista, já há algumas décadas, tem ocupado importante espaço no debate que se tem feito a respeito das alterações atuais no mundo do trabalho. Entretanto, ela não é novidade. O próprio Marx, em “O Capital”, já no século XIX, denunciava o modelo de intermediação de mão de obra (MARX, 2013; p. 624). Data do mesmo período a resistência das organizações dos trabalhadores a esse modelo de organização produtiva. Pode-se identificar durante a Segunda Guerra Mundial a sua disseminação por diversos países. Entretanto, foi a partir da crise econômica da década de 1970 que a terceirização avançou consideravelmente ao redor do mundo com a expansão das empresas multinacionais e transnacionais, devido a uma reestruturação capitalista que resultou na expansão da organização das empresas em rede e da contratação e subcontratação da força de trabalho para além das fronteiras dos Estados.

No Brasil, a primeira tentativa bem sucedida de flexibilização do vínculo empregatício direto se deu durante a ditadura militar, com o Decreto-Lei nº 200/1967. Essa norma introduz o conceito de descentralização administrativa, afastando o tomador de serviços

* Auditor-Fiscal do Trabalho. Bacharel em Direito e em História pela Universidade Federal de Ouro Preto. Mestre em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

(nesse caso, o Estado) do prestador (o trabalhador). As duas décadas seguintes, marcadas por forte movimento operário em luta por democracia e pela afirmação *dos direitos sociais*, *atrasaram* o avanço do referido fenômeno, presente novamente na pauta política a partir dos anos 1990, no bojo da ascensão do neoliberalismo.

Atualmente, o tema retornou de maneira incisiva na agenda nacional ao ponto de, em 2017, ser aprovada a lei 13429/2017 que ampliou sobremaneira a possibilidade de terceirização da força de trabalho no país.

Na busca pela maximização dos lucros e minimização dos custos, as empresas terceirizam parte, ou até mesmo toda sua força de trabalho, subcontratando empresas menores para fornecê-la. Ao realizarem essa operação, terceirizam a essas empresas menores também obrigações elementares do vínculo empregatício como, por exemplo, o pagamento de salário, o controle de jornada e a manutenção saudável e equilibrada do meio ambiente de trabalho. No limite, através de um fenômeno chamado de “pejotização”, uma espécie de terceirização, ao próprio trabalhador resta terceirizado também todo o arcabouço protetivo previsto na legislação trabalhista.

O que se pretende com o presente artigo é a análise da terceirização como mecanismo de superexploração do trabalho humano e flexibilização dos direitos trabalhistas. A redução dos custos de produção, que envolve a terceirização, representa também redução de pagamento de salários, labor em jornadas extrapoladas, condições mais precárias de trabalho, o que resulta em aumento da acidentalidade laboral. Esse artigo pretende tecer relações entre o referido fenômeno e a diminuição da qualidade de vida e de trabalho dos empregados brasileiros através de dados que demonstram os impactos da terceirização sobre a segurança e a saúde dos trabalhadores, sobre a remuneração, sobre a jornada dos empregados e sobre a ocorrência de trabalho escravo contemporâneo no Brasil.

A utilização da terceirização como forma de espoliação do trabalho humano fica evidente quando se observa a relação estreita que ela guarda com o trabalho escravo contemporâneo. Sendo a submissão dos trabalhadores à condição de escravidão a *exploração da força de trabalho em sua potencialidade máxima, o fato de estar ela, a escravidão contemporânea, tão intimamente ligada à terceirização, tem muito a nos dizer. É exatamente isso que se busca analisar.* A partir da investigação de casos concretos, como, por exemplo, o caso do resgate de empregados da Companhia Vale do Rio Doce de condições de escravidão contemporânea, pretende-se observar a íntima relação entre trabalho escravo e terceirização, bem como a utilização da terceirização como mecanismo de dissimulação da responsabilidade das grandes empresas. No caso de dois grandes crimes ambientais cometidos por empresas do setor da mineração no Estado de Minas Gerais, quais sejam, o rompimento das barragens de rejeito de minério de ferro da Samarco, em Mariana, e da Vale, em Brumadinho, pretende-se analisar a relação entre a intensificação da utilização da

mão de obra terceirizada e a degradação do meio ambiente laboral. Tudo isso para compreender em que sentido esse fenômeno representa um ponto de apoio importante para a espoliação do trabalho humano.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

O fenômeno da terceirização pode ter seu germen inicial identificado entre o fim do século XVII e o início do século XIX na França, na figura do subcontratante (ou *tachêron*), contra o qual, desde então, já se opunham as organizações de trabalhadores por identificarem nesse intermediador um explorador.¹ Outros autores defendem que foi nos Estados Unidos, na década de 1940, que se estabeleceu a terceirização da forma como ela se observa na produção atualmente a partir da cooperação industrial no setor armamentício entre Europa e EUA durante a Segunda Guerra Mundial, a fim de combater o Nazismo.² Os trabalhadores, a partir daí, têm lutado para abolir esse modelo de contratação da relação empregatícia elegendo o combate à locação da força de trabalho como importante bandeira do movimento operário. Não é à toa que a Declaração da Filadélfia afirmou que constitui princípio básico e valor da Organização Internacional do Trabalho o fato de que “o trabalho não é mercadoria”, o que contradiz frontalmente a possibilidade de intermediação da mão de obra por empresa interposta já que, no caso da intermediação da mão de obra, é a própria força de trabalho que se faz mercantilizada.

Entretanto, este princípio existe apenas do ponto de vista programático, uma orientação a ser seguida. No capitalismo, como já preceituava Marx, tudo é mercadoria, inclusive o trabalho humano, sendo possível sua compra e venda no mercado.³ Sendo assim, ela funciona como um fracionamento do mais-valor e não altera nem o processo de acumulação (pelo contrário, reforça-o) e nem a relação social do trabalho assalariado. Está, portanto, inserida plenamente no modo de produção capitalista.

Se do ponto de vista socioeconômico, a terceirização se adapta plenamente ao modo capitalista de produção, do viés jurídico, o que altera é que, para além das relações trabalhistas representados por dois polos (trabalhadores e empregadores), surge uma terceira relação estranha à relação tipicamente trabalhista. Surge um vínculo terceiro, marcado por institutos de direito civis empresariais. Sendo a natureza desse vínculo diferente da natureza do vínculo puramente trabalhista, a terceirização implica, além da fragmentação

¹ HARISON, Casey. **An organization of labor**: laissez-faire and marchandage in the Paris building trades through 1848. *French Historical Studies*, v. 20, n. 3, p. 357-380, Summer, 1997. p. 361.

² QUEIROZ, C. A. R. S. [1995?]. **Manual de Terceirização**. São Paulo: STS. p. 32.

³ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. p 134-135.

da classe trabalhadora, do ponto de vista dos trabalhadores terceirizados, intensa discriminação que resulta em menores garantias de salário e jornada, maior grau de acidentalidade laboral, entre o rebaixamento de outros direitos decorrentes da redução necessária de custos com a mão de obra. Isso porque a natureza do direito civil e empresarial não comporta, em seu bojo, princípios caros à esfera trabalhista, como a hipossuficiência decorrente da subordinação jurídica que caracteriza o direito do trabalho. É exatamente nesse aspecto que se insere o estabelecimento do terceiro vínculo, de outra natureza, estranho à relação tipicamente trabalhista.

Tem-se, portanto, mitigado o princípio da proteção. E é com essa finalidade que surge o fenômeno da terceirização: maximização dos lucros dos empregadores em detrimento dos direitos dos trabalhadores. Trata-se da superexploração do trabalho humano, que surge no contexto da revolução industrial do século XVIII.

No Brasil, por sua vez, a terceirização aparece um século depois em virtude da industrialização tardia, com o advento da indústria automobilística. A cadeia de produção fracionada produzia as peças no mercado externo e as trazia para o Brasil para composição do produto industrial final. Encontrava, por aqui, “terreno fértil” para potencializar a superexploração da força de trabalho. Primeiro porque aqui era possível produzir à custa de menores salários. Além disso, encontrava-se nessas terras maior desregulamentação do que o que se tinha nos países europeus. Com relação à terceirização, por exemplo, a falta de regulamentação do direito brasileiro era absoluta. Nem a Consolidação das Leis Trabalhistas, e nem tampouco o Código Civil tratava desse fenômeno. Segundo Maurício Godinho Delgado, isso se deu pelo fato de não ter tido, a terceirização, “grande significado socioeconômico nos impulsos de industrialização experimentados pelo país nas distintas décadas que se seguiram à acentuação industrializante iniciada nos anos 1930/40”.⁴ Portanto, no Brasil, é a partir da década de 1970 que o fenômeno se estabelece e se intensifica.

Com aproximadamente quatro décadas de desregulamentação quase completa por parte do ordenamento jurídico brasileiro, em maio de 2011, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que permaneceu vigente até 2017. A referida decisão judicial tratava do tema de forma mitigada, não proibindo completamente a prática da terceirização, mas estabelecendo regras para sua regularidade a partir da distinção entre “atividades-fim” e “atividades-meio”. Ou seja, além do contrato temporário e dos serviços de vigilância, conservação e limpeza, eram regulares as contratações interpostas nas atividades-meio das empresas, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Nesses casos, não se formariam vínculo entre o tomador de serviços e o empregado. Para melhor compreender o conteúdo desta Súmula, importa observar que ela opera distinção entre as atividades-fim, que são aquelas que compreendem as atividades essenciais e normais

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTR, 2005. p. 429

para as quais a empresa se constitui, e as atividades-meio: aquelas acessórias ao escopo principal do empreendimento.

Tal compreensão a respeito do escopo de aplicação da terceirização se deu a partir da interpretação do artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho, do artigo 94, II, da lei 9.472/97 (telecomunicações), do artigo 25 da lei 8.987/95 (regime de concessão e permissão), da lei 6.019/74 (trabalho temporário) e da lei 7.102/83 (vigilância bancária). Este entendimento culminou na referida Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho que, expressamente, autorizava a terceirização da mão de obra em atividade-meio da empresa (aquela que não é inerente ao seu objetivo principal) mas as vedava nas atividades-fim (aquela que caracteriza o objetivo principal do empreendimento). A construção doutrinária justrabalhista analisava a terceirização da mesma maneira, considerando a possibilidade de transferência a terceiros das “atividades reconhecidamente genéricas, secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento”, ou seja, das “atividades-meio”, enquanto as “atividades-fim” seriam aquelas “atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social”.⁵

A partir dessa súmula, havia-se apontado um caminho para dirimir as controvérsias referentes à utilização da terceirização no Brasil. Quando fosse considerada terceirização regular, nos casos elencados acima, o vínculo se estabelecia entre o empregado e a empresa terceirizada. Quando, por outro lado, identificada a terceirização na atividade fim, ou quando presentes os elementos da subordinação direta ou da pessoalidade, o vínculo se estabelecia entre o empregado e a empresa tomadora de serviços por restar irregular a terceirização.

A Súmula 331 do TST orientou a interpretação justraboural até 31 de março de 2017, quando foi publicada a lei 13.429 que passou a dispor a respeito das relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros. Ao contrário do que fazia a referida súmula, a nova lei não fez distinção entre “atividade-fim” e “atividade-meio” quando da análise da intermediação de mão de obra por empresa interposta. Ao permitir essa forma de contratação, ela garante às empresas tomadoras, ou contratantes, que não se configura vínculo empregatício entre elas e os trabalhadores das empresas prestadoras de serviços. Dessa forma, o que a lei fez foi escancarar as portas para a possibilidade de utilização da terceirização na esfera trabalhista.

⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição – São Paulo. LTr, 2010. p. 452.

3. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO DE SUPEREXPLORAÇÃO DO TRABALHO

A terceirização se apresenta como uma das principais formas de desregulamentação das relações de trabalho e de sua consequente precarização. Não é à toa a íntima relação entre esse fenômeno e o trabalho escravo contemporâneo. A maximização dos lucros com a redução dos custos implica efeitos danosos nas condições de trabalho e de vida dos trabalhadores.

Atualmente, a terceirização é compreendida como o “processo de contratação de trabalhadores por empresa interposta, cujo objetivo último é a redução de custos com a força de trabalho e/ou a externalização dos conflitos trabalhistas”⁶. Tem-se portanto, na própria conceituação do fenômeno, o objetivo final de sua existência: a redução de custos com a força de trabalho. A mesma autora elenca diversos efeitos da terceirização, dos quais é ela indissociável. A terceirização, segundo ela: “é inseparável da ampliação da exploração do trabalho, da precarização das condições de vida da classe trabalhadora e do esforço contínuo das empresas para enfraquecer as organizações dos trabalhadores”⁷.

Tanto nos países da periferia do capitalismo quanto nos países centrais, o mundo do trabalho tem passado por transformações que operam desequilíbrio nas relações entre o capital e o trabalho em desfavor deste último. Alguns fenômenos, entre eles a terceirização trabalhista, caminham nesse sentido. Segundo Ricardo Antunes

“São tempos de desemprego estrutural, de trabalhadores e trabalhadoras empregáveis no curto prazo, através das (novas) e precárias formas de contrato, onde terceirização, informalidade, precarização, materialidade e imaterialidade são mecanismos vitais, tanto para a preservação quanto para a ampliação da sua lógica”⁸

Como visto no item anterior, a lei 13.429/2017 buscou ampliar as possibilidades de terceirização de mão de obra, já que sua aplicação era vedada, a partir de entendimento jurisprudencial, na atividade-fim das empresas.

A terceirização *tem sido considerada um mecanismo* de precarização das relações de trabalho. Dados da Secretaria de Inspeção do Trabalho, com base em relatórios de fiscalização elaborados por Auditores Fiscais do Trabalho, comprovam maior incidência de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo em atividades ter-

⁶ MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013. p. 50.

⁷ Idem, p. 51.

⁸ ANTUNES, Ricardo. **A terceirização sem limites**: a precarização do trabalho como regra. O Social em Questão - Ano XVIII - nº 34 – 2015. p. 20.

ceirizadas.⁹ Com base em relatórios de fiscalizações dos Auditores-Fiscais do Trabalho, fornecidos pela DETRAE (Divisão para Erradicação do Trabalho Escravo), conclui-se que 90% dos trabalhadores envolvidos nos dez maiores resgates entre os anos de 2010 e 2013 (quatro últimos anos anteriores àquele em que o dado foi levantado) eram trabalhadores terceirizados, conforme tabela abaixo:

Trabalhadores em condição análoga à de escravos no Brasil (informações concernentes aos dez maiores resgates em cada ano)

ANO	DOS 10 CASOS, QUANTOS ENVOLVERAM TERCEIRIZADOS?	TERCEIRIZADOS RESGATADOS	CONTRATADOS DIRETOS RESGATADOS	TOTAL DE RESGATADOS
2010	9	891	47	938
2011	9	554	368	922
2012	10	947	0	947
2013	8	606	140	746
Total	36	2998	555	3553

Fonte: DETRAE (Divisão Para Erradicação do Trabalho Escravo). Elaboração: Figueiras, Vitor.

Importante observar que esse levantamento levou em consideração os trabalhadores terceirizados formalizados, ou seja, os trabalhadores resgatados referem-se àqueles com vínculo formalizado entre os empregados e as empresas interpostas. Considerando que entre os trabalhadores informais a tendência à terceirização seja ainda maior, esse índice de 90% tende a ser ainda superior em situação de informalidade nos resgates de trabalhadores escravizados. Observa-se, também, que entre esses resgates encontram-se desde empresas médias até transnacionais do ramo da mineração, construção civil, do setor de produção de suco de laranja, *fast food*, frigorífico, multinacional produtora de fertilizantes, entre outras.

O mesmo levantamento fez um recorte no setor econômico que mais se destacou em número de trabalhadores resgatados da condição de escravidão contemporânea: o da construção civil, a fim de avaliar a incidência de terceirização nos resgates. Este recorte se torna interessante, pois era ele, naquele momento, um dos setores econômicos em maior expansão no país. O resultado foi o seguinte: em 2011, onze entre os quatorze resgates na

⁹ FIGUEIRAS, V. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** São Paulo: Unicamp, 2014. Obtido em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

construção civil ocorreram com terceirização, enquanto em 2012, dos oito resgates nesse mesmo ramo de atividade, todos envolviam trabalhadores terceirizados.

Na mineração, a relação entre os dois fenômenos em análise é bastante evidente. Segundo os relatórios de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, a primeira autuação da Companhia Vale do Rio Doce por submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravidão ocorreu em 2015, em inspeção que se iniciou no dia 02 de fevereiro daquele ano. A operação de fiscalização resultou em 32 autos de infração lavrados face à referida empresa, que submetia, através de suas subcontratadas, 309 pessoas em condições de escravidão contemporânea. Segundo a equipe de Auditores-Fiscais do Trabalho, em dados coletados a partir do relatório dessa fiscalização enviado à DETRAE (Divisão para Erradicação do Trabalho Escravo), eram, os trabalhadores, submetidos a condições degradantes de trabalho, jornadas exaustivas, promessa enganosa, ameaça e fraude. Trata-se de motoristas que transportavam minério de ferro entre duas minas por uma estrada particular da empresa na cidade de Itabirito-MG.

Muito embora aqueles trabalhadores tivessem seus vínculos formalizados em nome de outra empresa, a Ouro Verde, os Auditores consideraram a terceirização ilícita, com base na Súmula 331 do Tribunal Superior Eleitoral, e responsabilizaram a Companhia Vale do Rio Doce pela infração. Isso porque, além de estarem os empregados ligados à atividade-fim da empresa, era a Vale quem dirigia a prestação de serviços havendo, entre os trabalhadores e ela, subordinação jurídica. Dessa maneira, a despeito de se perceber clara manobra da empresa para se eximir da responsabilidade trabalhista, constata-se que a terceirização funcionava como mecanismo de superexploração do trabalho humano e, nesse sentido, guarda íntima relação com a submissão de trabalhadores a condições degradantes de trabalho.

Portanto, é inegável a relação entre a terceirização e o trabalho escravo. As empresas, tanto as grandes transnacionais ou multinacionais quanto as pequenas e médias recorrem à terceirização como ferramenta para maximizar seus lucros e reduzir seus custos, expondo seus trabalhadores a condições degradantes de trabalho. *É por isso que o movimento operário tem lutado contra a terceirização desde meados do século XIX. Em “O Capital”, Marx já denunciava o sistema de intermediação coletiva como forma persistente de superexploração da força de trabalho.*¹⁰ Na década de 1840, na França, a luta contra a *marchandage* (intermediação) individual representou a principal reivindicação das greves do período, o que resultou em sua proibição em 1848. Mas a *marchandage collectif*, ou

¹⁰ MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. Livro I: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 624.

intermediação coletiva, continuou sendo amplamente utilizada como forma de organização do trabalho”.¹¹

Além da relação com o trabalho escravo contemporâneo, conforme analisado acima, estudos do DIEESE comprovam que as atividades terceirizadas apresentam condições de trabalho mais precárias do que aquelas regidas por vínculos diretos entre o prestador de serviços – empregado – e o tomador, além de rotatividade mais elevada e jornadas mais longas e intensas (todos esses fatores estão, por sinal, inter-relacionados). Observam-se também remunerações inferiores. Segundo o DIEESE, de 2007 a 2014, essa diferença se manteve, em média, entre 23% e 27%, apesar de laborarem em jornada superior à dos trabalhadores com vínculos diretos. “Em dezembro de 2014, a remuneração média nas atividades tipicamente contratantes era de R\$ 2.639, enquanto nas atividades tipicamente terceirizadas era de R\$ 2.021”.¹²

A terceirização irrestrita também abre caminho para a “pejotização”, fraude já utilizada por muitos empregadores antes da promulgação da referida lei, que consiste na contratação de empregados não através de um vínculo empregatício, mas a partir de um contrato civil regido por normas do direito empresarial. Dessa forma, o empregado passaria a não usufruir daquelas garantias previstas na CLT.

Há também uma relação bastante íntima entre trabalho terceirizado e jornadas mais extensas. De acordo com nota da ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho), com base em estudo do DIEESE, os trabalhadores terceirizados possuem jornadas de, em média 3 horas a mais do que aqueles contratados de forma direta (ANAMATRA, 2017). Um dos seus motivos é decorrente da própria legislação. O artigo 74, § 2º, da CLT prevê a obrigatoriedade de controle de jornada de trabalho nos estabelecimentos com mais de dez trabalhadores. Como as grandes empresas terceirizam a mão de obra para pequenas empresas, que contam muitas vezes com menos de dez empregados, o controle da jornada de trabalho não se faz obrigatório, segundo a legislação brasileira. Sendo assim, criam-se diversos embaraços ao trabalhador. De um lado, além da impossibilidade de verificação do cumprimento da jornada de trabalho por parte da fiscalização trabalhista, há também maior dificuldade de prova em demanda judicial por estas horas trabalhadas. Por outro lado, o próprio pagamento mensal dessas horas extras resta prejudicado por desobrigação de consignação das horas extras trabalhadas, nesse caso.

Portanto, a terceirização representa um importante mecanismo de precarização da prestação laboral. Isso se dá pelo exercício do trabalho em jornadas mais extensas do que

¹¹ HARISON, Casey. **An organization of labor: laissez-faire and marchandage in the Paris building trades through 1848.** French Historical Studies, v. 20, n. 3, p. 357-380, Summer, 1997. p. 372.

¹² DIEESE. **A Terceirização na Petrobras - Alguns Pontos Para Reflexão** - Versão Revisada/Atualizada com informações de dezembro/2010. p. 8.

a dos trabalhadores diretos, associada ao pagamento de menor remuneração. Também se observa a referida superexploração *pele fato de que os trabalhadores submetidos a condições análogas a de escravidão contemporânea são, em sua imensa maioria, trabalhadores terceirizados. Dessa maneira, do ponto de vista do empregado, a terceirização provoca efeitos nefastos.*

4. TERCEIRIZAÇÃO COMO ELEMENTO DE DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

A terceirização também tem provocado *degradação no meio ambiente laboral*. A legislação brasileira prevê a necessidade de proteção integral do meio ambiente de trabalho. Toda e qualquer atividade produtiva se dá em um espaço físico. A norma que trata do Plano Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81), em seu artigo 3º, inciso I, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. O meio ambiente de trabalho é espécie da qual o meio ambiente é gênero, como se observa no art. 200, VII, da Constituição, onde *há previsão de que cabe ao Sistema Único de Saúde colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho*. Aqui se observa a relação entre o Meio Ambiente e o Meio Ambiente de Trabalho. A proteção integral do primeiro decorre da necessidade da proteção integral do segundo. E se o artigo 225 da Carta Magna prevê o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo a todos a sua proteção, infere-se também que esse mesmo direito e essa mesma proteção se refere também ao meio ambiente de trabalho.

Nesse sentido caminha o art. 7º, XXII, da Constituição Federal, que aponta como direito do trabalhador à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, as chamadas “normas regulamentadoras” (NR), editadas pelo Ministério do Trabalho desde 1978. A NR 1 prevê a necessidade de que todos os empregados observem sua aplicação.

Essa necessidade de hígidez e saúde no ambiente de trabalho se dá para garantir o exercício laboral em melhores condições, com o maior conforto possível e de maneira a se evitarem possíveis acidentes de trabalho ou agravamento de doenças ocupacionais. Entretanto, ao analisar as principais irregularidades decorrentes do descumprimento das Normas Regulamentadoras, percebe-se maior ocorrência de acidentes de trabalho em atividades terceirizadas. Há que se observar mais atentamente a íntima relação existente entre a terceirização e a ocorrência de acidentes de trabalho.

Estudo do DIEESE, com recorte sobre os trabalhadores do setor elétrico, demonstra maior existência de risco de morte associado ao segmento terceirizado da força de trabalho.¹³ No ano de 2008, a taxa de mortalidade entre os trabalhadores terceirizados do setor elétrico foi de 3,21 vezes superior àquela referente aos trabalhadores com vínculo direto. Quando tomados os três anos analisados pelo estudo (2006-2008), a taxa de mortalidade entre os empregados terceirizados do setor elétrico chegou a ser 4,55 vezes mais elevada do que a do segmento próprio de empregados.

No mesmo sentido indica análise no setor petrolífero.¹⁴ O relatório concluiu que “um dos efeitos mais perversos da terceirização é o aumento dos acidentes de trabalho em empresas terceiras contratadas pela Petrobras”. Entre 1995 e 2013, mais de 80% das vítimas de acidentes fatais da Petrobrás eram trabalhadores terceirizados. Das 300 vítimas fatais na empresa nesse período, 61 eram trabalhadores próprios, enquanto 249 eram terceirizados. E esse quadro se repete em diversos setores da economia. Os trabalhadores terceirizados estão submetidos a maior possibilidade de sofrerem acidentes de trabalho. A terceirização *provoca degradação no meio ambiente* laboral e conseqüente aumento da acidentalidade (e morte) de empregados.

Os motivos são diversos. Primeiro, as grandes empresas terceirizam a mão de obra para empresas menores, sem capacidade econômica suficiente para garantir investimentos em segurança e saúde do trabalho. Essas empresas terceirizadas não têm as mesmas condições financeiras de submeter seus empregados a capacitação para o exercício seguro de suas atividades. O fornecimento de equipamentos de proteção individual ou coletiva também pesa mais sobre o orçamento de pequenas empresas do que das grandes. Os programas de gestão de riscos, como o PPRA, por exemplo, encontram maiores dificuldades de elaboração e implementação por empresas de pequeno porte do que por grandes empresas. O PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais), previsto pela Norma Regulamentadora 9 do Ministério do Trabalho, é documento fundamental tanto para a proteção e saúde dos trabalhadores quanto para uma boa gestão de segurança e medicina do trabalho na empresa. É a partir do mapeamento dos riscos feitos nesse programa que se identificam e controlam os riscos existentes no local de trabalho.

O PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), instituído pela Norma Regulamentadora nº 7, possui elaboração e implementação obrigatória por todos os empregadores que admitirem trabalhadores como empregados. Possui o objetivo de preservar a saúde de seus trabalhadores, com caráter preventivo, através do mapeamento

¹³ DIEESE. **Terceirização e morte no trabalho**: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro. Estudos e Pesquisas nº50. Março de 2010. p. 14

¹⁴ DIEESE. **A Terceirização na Petrobras - Alguns Pontos Para Reflexão** - Versão Revisada/Atualizada com informações de dezembro/2010.

e diagnóstico dos agravos à saúde dos trabalhadores, tanto nos casos de ocorrência de acidentes de trabalho, de ocorrência ou agravamento de doenças ocupacionais ou danos irreversíveis relacionados ao ambiente de trabalho. Empresas menores possuem menor condição financeira de elaboração e implementação do referido programa, ou mesmo de adequação fática do programa à realidade da empresa ou de sua frequente atualização. Essa situação também contribui com o fato de que trabalhadores terceirizados são submetidos a acidentes de trabalho mais frequentemente.

Empresas pequenas, às quais geralmente se terceirizam ou “quarteirizam” as atividades, se eximem de outras tantas obrigações. A constituição da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), por exemplo, só é obrigatória em estabelecimentos com mais de 20 empregados, levando-se em conta, além do número de trabalhadores, o grupo econômico do qual a empresa faça parte. Da mesma forma, o SEESMT (Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho), que deve ser constituído em estabelecimentos com mais de 50 empregados, a depender do grupo econômico do qual faça parte a empresa e do número de empregados. Portanto, empresas de menor porte, como são geralmente aquelas terceirizadas, têm menor exigência quanto à constituição da CIPA e do SEESMT.

Portanto, diante disso, conclui-se que a regulamentação da terceirização nas atividades-fim das empresas representa, de fato, maior ocorrência dos acidentes de trabalho no Brasil. As pequenas empresas, terceirizadas, não possuem as mesmas condições de investimento em programas de controle médico de saúde ocupacional, programa de prevenção de riscos ambientais. Exigências de controle de jornada de trabalho em empresas terceirizadas são menores, o que provoca aumento natural do exercício laboral em jornadas extrapoladas e, por conseguinte, a ocorrência de acidentes de trabalho. Além disso, a constituição da CIPA e do SEESMT não guarda o mesmo nível de exigência para empresas de pequeno porte e grandes empresas. Sendo assim, a terceirização trabalhista, estimulada pela lei 13.429 de 2017, apesar de representar aumento de lucratividade do ponto de vista do empregador, do ponto de vista do empregado implica aumento da ocorrência de acidentes de trabalho.

Há que se observar, também, a relação intrínseca entre a ocorrência de acidentes de trabalho e o labor exercido em jornadas mais extensas. Como já observamos acima, os trabalhadores terceirizados estão submetidos a jornadas de trabalho mais longas. Para Cláudio Mascarenhas Brandão, “a sobrecarga de trabalho é uma das mais importantes causas de acidentes do trabalho em todo o mundo”.¹⁵ Diante disso, considerando que

¹⁵ BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. **Jornada de Trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho.** Rev. TST, Brasília, vol. 75, no 2, abr/jun 2009. pg 35.

as atividades terceirizadas contam com jornadas mais extensas, e que elas, as jornadas mais intensas, são as principais responsáveis pela ocorrência de acidentes de trabalho, conclui-se, por dedução, que a terceirização impacta a ocorrência de acidentes de trabalho provocando o aumento de sua ocorrência.

Um exemplo da relação entre o risco de acidente laboral e a terceirização pode ser analisado a partir das cifras referentes ao crime do rompimento da Barragem da Mina do Fundão, da Mineradora Samarco, em Mariana, em Novembro de 2015. Dos 14 trabalhadores mortos, 13 eram vinculados a empresas terceirizadas, e apenas um era empregado direto da própria Samarco. Segundo Francisco Antônio de Castro Lacaz, “essa realidade expressa a prática de precarização do trabalho com a contratação de empresas terceiras para atividades de maior risco”.¹⁶

Outro exemplo que também salta aos nossos olhos quando relacionamos o fenômeno da terceirização com a degradação do meio ambiente de trabalho é o rompimento de outra barragem de rejeito de minérios, também em Minas Gerais, na cidade de Brumadinho, em 25 de janeiro de 2019, da Companhia Vale do Rio Doce. Trata-se do maior acidente de trabalho registrado na história do Brasil e um dos maiores do mundo. O rompimento da barragem I da mina de Córrego do Feijão resultou na morte de 310 pessoas. Apesar de a empresa não ter informado, oficialmente, quantos desses mortos seriam empregados terceirizados, sabe-se que são mais da metade das vítimas fatais. O que a empresa divulgou foi que, dos 310 mortos, 131 são empregados diretos da Vale. Estima-se que, do restante, 160 seriam trabalhadores terceirizados e 19 seriam da comunidade, segundo informações do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Construção Pesada (Siticop-MG).

Portanto, a terceirização representa elemento de degradação do meio ambiente de trabalho. Disso decorre o fato de que, submetidos à terceirização, os empregados estão submetidos também a maior ocorrência de acidentes de trabalho. As empresas de intermediação de mão de obra investem menos em programas de prevenção de riscos ambientais e programas de controle médico de saúde ocupacional, além de menor capacidade econômica para investimento em capacitação para o desempenho das atividades de forma segura e saudável, fornecimento de equipamentos de proteção individual e coletivos, entre outros. Os trabalhadores terceirizados, além de receberem remuneração mensal mais baixa, estão submetidos a jornadas mais extensas e, conseqüentemente, a maiores riscos no ambiente de trabalho. Dessa maneira, considerando os dados que demonstram que a terceirização resulta maior ocorrência de acidentes laborais, não há que se concluir algo diferente: a terceirização representa elemento de degradação do meio ambiente de trabalho.

¹⁶ LACAZ, Francisco Antonio de Castro; PORTO, Marcelo Firpo de Sousa e PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. **Tragédias brasileiras contemporâneas: o caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco.** Revista Brasileira de Saúde Ocupacional 2017; p. 6.

5. CONCLUSÃO

A intermediação de mão de obra reforça o caráter de “mercadoria” da força de trabalho humana. O fracionamento da mais-valia entre o tomador de serviços e a empresa interposta evidencia a qualidade mercantil da força de trabalho ao mesmo tempo em que representa dupla exploração do trabalhador. Ao inserir contrato jus-civilista na relação tipicamente trabalhista, marcada por princípios próprios, como o da subordinação jurídica e da hipossuficiência, a terceirização cria uma “cortina de fumaça” na relação social do trabalho sem alterar de fato a contradição entre o capital e o trabalho que a caracteriza.

Dessa maneira, ela provoca maior desagregação da classe trabalhadora, e consequente criação de óbices para o funcionamento das entidades representativas dos trabalhadores, além de criar também evidente discriminação no ambiente laboral, entre aqueles trabalhadores contratados com vínculo direto e os terceirizados.

E os efeitos não param por aí. A partir do que se apresentou nesse artigo, especialmente com base nos dados analisados, conclui-se que a terceirização, trazida no bojo do neoliberalismo, da desregulamentação e consequente flexibilização das normas trabalhistas, constitui-se como um dos principais mecanismos de superexploração do trabalho humano. Os dados analisados demonstraram que os trabalhadores terceirizados desempenham jornadas consideravelmente maiores do que aquelas exercidas por empregados com vínculos diretos. Como se não bastasse, apesar de trabalharem em jornadas mais longas, recebem remunerações inferiores. O meio ambiente de trabalho também é impactado pela terceirização. Tudo isso evidencia o papel de superexploração do trabalho humano desempenhado pela intermediação de mão de obra.

Do ponto de vista ambiental, a terceirização provoca degradação no meio ambiente de trabalho. Demonstrada a maior ocorrência de acidentes de trabalho por meio dos estudos analisados neste artigo, conclui-se que, ao terceirizar a empresas menores a força de trabalho, as grandes empresas terceirizam a elas também a responsabilidade de manter meio ambiente seguro e saudável. Entretanto, essas empresas menores não têm as mesmas condições financeiras de garantir equilíbrio no meio ambiente de trabalho ou mesmo de investir em segurança e saúde no trabalho. O resultado disso tudo é que a degradação do meio ambiente é a principal causa da ocorrência mais elevada de acidentalidade laboral entre os trabalhadores terceirizados.

Os recentes rompimentos das barragens de rejeitos de minérios de ferro em Minas Gerais, tanto em Brumadinho, quanto em Mariana, evidenciam a relação da terceirização com a degradação do meio ambiente (não apenas do meio ambiente natural, como também do meio ambiente laboral). O fato de que, em ambos os desastres, a maioria dos trabalhadores vítimas fatais eram trabalhadores terceirizados comprova esse fato. Como se observou,

os trabalhadores terceirizados é que são submetidos a atividades de maior risco, ao mesmo tempo em que as empresas terceirizadas investem menos em políticas de eliminação do risco laboral e prevenção de acidentes de trabalho ou de agravamento de doenças ocupacionais. Ao mesmo tempo que submetem seus empregados a condições arriscadas de trabalho, elas encontram maiores dificuldades na realização de treinamentos, no fornecimento de equipamentos de proteção individual, na elaboração e implementação de programas de prevenção de riscos e de saúde ocupacional. Sendo assim, a terceirização representa degradação do ambiente de trabalho e, conseqüentemente, risco à vida dos trabalhadores.

O primeiro resgate de trabalhadores em condições de escravidão contemporânea vinculados à Companhia Vale do Rio Doce também revelaram, como visto acima, íntima relação entre escravidão e terceirização. Todos os 309 empregados resgatados dessas condições eram vinculados a empresas terceirizadas.

E tanto a degradação do meio ambiente de trabalho quanto a superexploração do trabalho humano operados pela terceirização podem ser constatadas quando da análise da relação entre esse fenômeno e o trabalho escravo contemporâneo. A frequência com que esse crime acontece associado à terceirização demonstra que ela funciona como instrumento de extração do mais valor em nível máximo. Se, do ponto de vista do empregador, a terceirização representa aumento dos lucros e minimização dos custos, do ponto de vista dos trabalhadores ela representa uma das ferramentas mais importantes de flexibilização do vínculo empregatício, de precarização da vida e das condições de trabalho vivenciadas pelos empregados.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **Nota de Repúdio ao PL 4302**. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/jogos/11-edicao/regulamento/14-anamatra/25092-para-magistrados-da-justica-do-trabalho-terceirizacao-em-pobrecera-a-populacao>

ANTUNES, Ricardo. **A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra**. O Social em Questão - Ano XVIII - nº 34 – 2015. Disponível em <http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/Sm4618UP754c17102374.pdf>

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição – São Paulo. LTR, 2010.

BRANDÃO, Cláudio Mascarenhas. Jornada de Trabalho e acidente de trabalho: reflexões em torno da prestação de horas extraordinárias como causa de adoecimento no trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, no 2, abr/jun 2009. Disponível em <https://hdl.handle.net/20.500.12178/13497>

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed., São Paulo: LTR, 2005.

DIEESE. **A Terceirização na Petrobras - Alguns Pontos Para Reflexão** - Versão Revisada/Atualizada com informações de dezembro/2010. Disponível em <https://docplayer.com.br/12243322-A-terceirizacao-na-petrobras-alguns-pontos-para-reflexao-versao-atualizada.html>

DIEESE. **Terceirização e precarização das condições de trabalho**: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. São Paulo: Dieese, 2017. Disponível em <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>

DIEESE. **Terceirização e morte no trabalho**: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro. Estudos e Pesquisas nº50. Março de 2010. Disponível em <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>

FILGUEIRAS, V. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** São Paulo: Unicamp, 2014. Obtido em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>. Acesso em: 17 out. 2018.

HARISON, Casey. **An organization of labor**: laissez-faire and marchandage in the Paris building trades through 1848. *French Historical Studies*, v. 20, n. 3, p. 357-380, Summer, 1997.

LACAZ, Francisco Antonio de Castro; PORTO, Marcelo Firpo de Sousa e PINHEIRO, Tarcísio Márcio Magalhães. Tragédias brasileiras contemporâneas: o caso do rompimento da barragem de rejeitos de Fundão/Samarco. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional** 2017; 42:e9. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6369000016016RB SO>

MARCELINO, Paula. **Trabalhadores terceirizados e luta sindical**. Curitiba: Appris, 2013.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política. Livro I**: o processo de produção do capital. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

QUEIROZ, C. A. R. S. [1995?]. **Manual de Terceirização**. São Paulo: STS.

PARTE V



ARTIGOS
VENCEDORES DO
CONCURSO DE
ARTIGOS JURÍDICOS

O ENSINO CONFSSIONAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS SEGUNDO A ADI 4.439: DESAFIOS À ISONOMIA

DANIEL MACHADO GOMES*

ROBSON CÉSAR DURÃO**

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Isonomia e o ensino confessional. 3. Comunitarismo, identidade e reconhecimento. 4. A ADI nº 4439 sob a ótica comunitarista. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Sob o prisma da isonomia é dever do Estado assegurar e promover indistintamente todas as identidades religiosas no espaço público, possibilitando amplo reconhecimento aos diferentes credos que existem na sociedade. Por isso, o presente artigo tem como questão principal apreciar se o ensino religioso confessional nas escolas públicas viola a isonomia, considerando a dificuldade prática de se assegurar a contratação de professores de todas as religiões. O texto tem o objetivo de analisar, sob a perspectiva do comunitarismo, a decisão proferida na ADI nº 4.439 e os argumentos levantados pelos ministros do STF que confirmaram a constitucionalidade do ensino confessional nas escolas públicas. Na ação, a PGR pedia a interpretação conforme a Constituição Federal ao dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação para assentar que o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser vinculado a religião específica e que é proibida a admissão de professores

* Professor da Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil, Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, Advogado, e-mail: daniel.machado@ucp.br.

** Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis, Rio de Janeiro, Brasil, Pós-Graduado em Direito Público pelo Damásio Educacional, Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Advogado, e-mail: sgt_cesar2@hotmail.com.

na qualidade de representantes das confissões religiosas. A Procuradoria Geral da República sustentou que a disciplina a ser lecionada deveria ser laica, com matrícula facultativa, e deveria ser voltada para a história e a doutrina das distintas religiões.

Na elaboração do presente artigo, foi empregada como metodologia a pesquisa qualitativa jurisprudencial e a pesquisa bibliográfica em livros e artigos de periódicos, tendo como referencial teórico as ideias comunitaristas de Charles Taylor. O trabalho está dividido em três partes, a primeira seção apresenta considerações sobre a laicidade e a liberdade religiosa, além de dissecar os votos proferidos por cada ministro na ADI nº 4439. Na segunda parte, será apresentado o comunitarismo de Charles Taylor em contraposição à perspectiva puramente liberal do Estado, bem como as ideias do autor sobre a importância do reconhecimento para a noção de identidade. Por fim, na terceira e última seção serão apontadas as dificuldades concretas que a decisão do STF impõe à isonomia e à liberdade religiosa, devido à inviabilidade de contratação pela administração pública de professores que representem todas as religiões.

2. ISONOMIA E O ENSINO CONFSSIONAL

Há uma intrínseca relação entre o direito à liberdade e a isonomia, pois não há liberdade religiosa sem que todas as religiões sejam tratadas como iguais – fato que só é possível no ambiente político laico. Assim, o pressuposto da liberdade religiosa é a laicidade, modelo no qual todas as religiões têm o mesmo valor. Rui Barbosa defendia a liberdade religiosa com fundamento na autodeterminação, por considerá-la uma liberdade individual do homem. Para Rui,¹ de todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do evangelho, como a liberdade religiosa. Rui Barbosa considera a liberdade religiosa uma condição substancial para os distintos direitos a liberdades civis e políticas. O autor assim se manifesta sobre a liberdade religiosa²: “Na série de direitos que constituem a propriedade inalienável do homem sobre a sua personalidade individual; no conjunto de liberdades que compõem o fundamento racional da nossa responsabilidade pessoal perante o onipotente, perante nós, perante a comunidade civil, nenhuma liberdade, portanto, nenhum direito está senão posterior a esse, ao que tem por objeto o homem interior, a atividade, a integridade, a independência da razão”.

¹ BARBOSA, Rui. **Obras Completas** de Rui Barbosa. V. 4, t. 1, 1877. p. 419

² BARBOSA, Rui. “**Prefácio**” a **O Papa e o Concílio**. (3ª ed.). Rio de Janeiro: Elos, 1877, p. 261-262.

A partir da valorização da liberdade religiosa, Rui Barbosa³ justifica a separação entre o Estado e a Igreja, propondo uma forma de Estado laico que elimine o padroado chamado por ele de anomalias anacrônicas⁴: “Inaugurada a liberdade religiosa, nas amplas proporções em que o espírito do direito nacional e o interesse político a estão reclamando entre nós, a eliminação dessas anomalias anacrônicas seria um resultado suavemente natural da grande premissa”. No Brasil, o Decreto 119-A de 7 de janeiro 1890 interrompe a hegemonia do regime do padroado e seculariza o Estado brasileiro⁵, tendo claras influências ideológicas de Rui Barbosa,. Todavia, o modelo de Estado secular apenas se concretizou com a primeira Constituição Republicana do Brasil de 1891⁶ como explica Daniel Sarmiento⁷. Pela edição do Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, o Brasil se tornou um Estado laico. Mais tarde, em 1891 o princípio da laicidade foi expressamente consagrado pelo art. 19, inciso I, do Texto Magno, segundo o qual é vedado a todas as entidades da federação “estabelecer cultos religiosos ou subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Sarmiento⁸ afirma que a condição de princípio constitucional da laicidade, que se estende até a contemporaneidade, apenas foi obtida com a promulgação da Constituição de 1891, destacando que em seu artigo 11, §2º há a proibição à União e aos Estados federativos de estabelecer, subvencionar ou embaraçar os cultos religiosos. Já no século XX, com o advento da constituição de 1934, se manteve o secularismo do Estado e a liberdade religiosa. A previsão naquele diploma, em seu art. 17, incisos II e III, era de que, dentre os direitos promulgados pela Assembleia Constituinte, se encontravam a inviolabilidade da liberdade de consciência, o livre exercício dos cultos religiosos e a liberdade religiosa como direitos individuais. O art. 113, itens 4, 5, 6 e 7, dentre outros ⁹ de natureza igual, trazia o rol de direitos individuais, que permaneceram análogos àqueles previstos na Carta de 1937. As Constituições brasileiras de 1946, 1967 e a Emenda Constitucional de 1969,

³ “A Alguns políticos, intelectuais liberais e positivistas como Tavares Bastos, Ruy Barbosa, Abreu Lima e, quem sabe, até o imperador denotava-se um nível de interesse que seguramente não foi o religioso. Ele se deu no plano intelectual, jurisconstitucional, político e ideológico, em voga no momento” MENDONÇA, Antonio Gouvêa. O Celeste Porvir: **A inserção do Protestantismo no Brasil**. São Paulo: ASTE, 1995, p.136.

⁴ BARBOSA, Ruy. **Obras Seletas**, Vol. 7. Rio de Janeiro: Imprensa, 1898, p. 92.

⁵ SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002. p. 73

⁶ TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. **Autonomia Universitária e Direito Educacional**. in TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 35.

⁷ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. **Revista Eletrônica PRPE**, v. 5, p. 1-17, 2007, p.3.

⁸ Ibid., p. 3-4.

⁹ MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espinola. **Acordo Brasil-Santa Sé: uma análise jurídica**. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009. p. 26.

asseguram os direitos individuais já postos pelas Constituições de 1981, 1934 e 1937 como a liberdade religiosa, o respeito ao culto no espaço público das distintas confissões religiosas e o respeito à liberdade de consciência¹⁰.

Dentre os princípios que regem o Estado brasileiro, desde a primeira Constituição Republicana, a laicidade do Estado foi e ainda é fruto de um consenso democrático, encontrando-se intrinsecamente relacionada aos princípios fundamentais da liberdade religiosa e da igualdade. No mundo contemporâneo globalizado e multicultural, tais princípios, por vezes, são invocados para dirimirem demandas religiosas. Neste diapasão, a Constituição cidadã de 1988, da República Federativa do Brasil, é questionada a dar respostas plausíveis às demandas do Estado sobre o alcance dos princípios fundamentais como o da laicidade do Estado, da liberdade religiosa e da igualdade, enfatizando que a igualdade sempre se encontra em um dos polos das argumentações jurídicas e filosóficas sobre os direitos e deveres do Estado na concretização e promoção dos princípios mencionados.

Assim, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4439, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), a respeito da constitucionalidade do ensino religioso nas escolas da rede pública. Em sessão plenária realizada no dia 27 de setembro de 2017, por maioria dos votos, os ministros concluíram que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, ou seja, pode ser vinculado às diversas religiões. Na ação, a PGR pedia a interpretação conforme a Constituição Federal ao dispositivo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (caput e parágrafos 1º e 2º, do artigo 33, da Lei 9.394/1996) e ao artigo 11, §1º do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé (promulgado por meio do Decreto 7.107/2010), para assentar que o ensino religioso nas escolas públicas não pode ser vinculado a religião específica e que não se admite a contratação de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas. Sustentava-se que tal disciplina, cuja matrícula é facultativa, deve ser voltada para a história e a doutrina das várias religiões, ensinadas sob uma perspectiva laica.

A presidente do STF, ministra Cármen Lúcia, seguiu a divergência apresentada inicialmente pelo ministro Alexandre de Moraes, no sentido de julgar o pedido formulado na ação improcedente a fim de que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras tenha natureza confessional. Ressalta a presidente do STF que: “A laicidade do Estado brasileiro não impediu o reconhecimento de que a liberdade religiosa impôs deveres ao Estado, um dos quais a oferta de ensino religioso com a facultatividade de opção por ele”¹¹. Destacou

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 14-15.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministra Carmem Lúcia. **Diário Oficial da União**.

que todos estão de acordo com a condição do Estado laico do Brasil, a tolerância religiosa, bem como a importância fundamental às liberdades de crença, expressão e manifestação de ideias. Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes ressaltou que o campo de discussão da demanda em análise alcança a liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões. Enfatiza que a presente ação pretende limitar o legítimo direito subjetivo constitucional do aluno que já possui religião ou de seu pai/responsável de matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, impondo forte censura prévia às opiniões religiosas diversas, por pleitear um conteúdo neutro e meramente descritivo de religiões, em uma impensável “doutrina religiosa oficial”, criada artificialmente pelo Poder Público, mesmo que em disciplina de matrícula facultativa.

Entende o ministro Moraes ainda que o Poder Público, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação. Dessa maneira, expõe que será permitido aos alunos, que expressa e voluntariamente se matricularem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes de cada confissão, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.

Outro ponto importante destacado pelo ministro Alexandre de Moraes perpassa pela ideia de que a definição do núcleo imprescindível do ensino religioso como sendo os dogmas de fé demonstra que não há possibilidade de neutralidade ao se ministrar essa disciplina. Isso porque cada uma das diversas confissões religiosas possui seus próprios dogmas estruturantes, postulados, métodos e conclusões que o diferenciam de todos os demais ramos do saber jurídico e deverá ser oferecida segundo a confissão religiosa manifestada voluntariamente pelos alunos, sem qualquer interferência estatal. Neste sentido, o Estado não deve impor determinada crença religiosa nem estabelecer fictício conteúdo misturando diversas crenças religiosas, em desrespeito à singularidade de cada qual, ou confundindo o ensino religioso com o estudo de história, filosofia ou ciência das religiões.

Moraes afirma não haver dúvidas sobre a possibilidade de diversas crenças e religiões poderem ser estudadas de maneira meramente descritiva ou sob o ponto de vista neutro, histórico, filosófico, sociológico, antropológico, político, sociocultural e, mesmo, do ponto de vista jurídico; assim como esses diversos ramos da ciência humana estu-

dam outros importantes temas; mas jamais se confundirão com o conteúdo específico e singular do “estudo religioso”. Alexandre de Moraes destaca, assim, que não se pode confundir Estado Confessional com um Estado laico que garanta o ensino religioso ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, independentemente de sua crença.

Para o ministro, um Estado não consagra verdadeiramente a liberdade religiosa sem absoluto respeito aos seus dogmas, suas crenças, liturgias e cultos. Em conclusão, o ministro Moraes esclarece que quem pretender ter um ensino religioso cristão, obrigatoriamente, precisará ter acesso à Bíblia, cuja interpretação católica, luterana, calvinista, anglicana, pentecostal não é absolutamente idêntica; caso seja espírita, também precisará extrair ensinamento do Livro dos Espíritos e ao Evangelho Segundo o Espiritismo, ambos de Allan Kardec. Por outro lado, esses textos serão substituídos pelo estudo judaico do Torá; ou pela análise do Corão no islamismo. Se for adepto de uma das religiões de matriz africana, precisará estudar o culto aos orixás, o “jogo de búzios” ou “ifá”, caso adote o Candomblé; ou o estudo dos rituais dos espíritos de Caboclos, Pretos-Velhos, Baianos, Exus, Pombos Gira, caso adote a Umbanda. Ressalta novamente que em todas essas hipóteses, e no ensino das demais confissões religiosas, a neutralidade não existe, já que os ensinamentos e o aprendizado se baseiam, fundamentalmente, nos dogmas de fé, que não podem ser substituídos por narrativas gerais, meramente descritivas, neutras e contraditórias.

O ministro Ricardo Lewandowski, em sua fundamentação, menciona as orientações extraídas das “Diretrizes de Toledo”, com a sistematização das boas práticas concernentes ao ensino religioso nas escolas públicas à luz de princípios internacionais de direitos humanos, permitindo a dedução de regras concretas relativas ao ensino religioso, em tal contexto, de forma respeitosa e inclusiva. Segundo essas recomendações e conforme elucida Ricardo Lewandowski, o ensino religioso não pode visar o proselitismo, enquanto objetivo, explícito ou velado, de conversão dos alunos a alguma confissão específica. Para honrar seu dever de laicidade, o Estado precisa zelar para que os currículos ofertados sejam suficientemente imparciais e equilibrados ou, quando se tratar do ensino de uma confissão específica, oferecê-lo de forma facultativa, institucionalizando a possibilidade de dispensa do aluno sem que este venha a sofrer qualquer tipo de desvantagem, discriminação ou estigma.

Sublinha Lewandowski que não existe qualquer tipo de incompatibilidade entre democracia e religião no Estado laico, ao contrário ambas podem e devem ser parceiras na busca do bem comum, especialmente no desenvolvimento de uma sociedade plural e compreensiva para com as naturais diferenças entre os seus integrantes. O conceito de laicidade no Brasil, ressalta o ministro, assim como em outros países, embasa-se no tripé tolerância, igualdade e liberdade religiosa. Trata-se, acima de tudo, de um princípio constitucional voltado à proteção das minorias que, graças à separação entre o Estado

e a Igreja, não podem ser obrigadas a submeter-se aos preceitos da religião majoritária. Elucida também que essa separação entre o Estado e a Igreja não constitui, é importante destacar, quer no Brasil, quer em outros países, uma muralha que separa cosmovisões incomunicáveis. Se assim fosse, não seriam admissíveis a menção explícita a Deus no preâmbulo de nossa Constituição, os feriados religiosos, o descanso dominical e muitas outras manifestações religiosas institucionalizadas pelo Poder Público, como, por exemplo, a aposição do crucifixo no plenário da mais alta Corte do País. Salienta o ministro que a inviabilidade de abrigar-se todas as igrejas e confissões em uma única escola não afasta a possibilidade de ministrar-se o ensino confessional ou interconfessional, já que tal dificuldade aplica-se igualmente ao ensino secular. À toda evidência, jamais haverá condições fáticas para ofertar-se aos alunos o ensino de todas as religiões e disciplinas práticas ou teóricas que existem, uma vez que elas não constituem um “*numerus clausus*”.

Em tom de finalização, entende o ministro Ricardo Lewandowski que, certamente, se o ensino religioso referido no art. 210, § 1º, da Carta Política ostentasse sempre o caráter secular, humanista, filosófico e histórico tal como aventado na inicial proposta pela PGR, razão não existiria para garantir-se, em nível constitucional, a sua facultatividade, cujo papel fundamental é evitar a submissão dos alunos a conflitos de lealdade entre as convicções religiosas ou laicas de seus pais - principais responsáveis pela educação dos filhos - e as religiões lecionadas na escola, além de salvaguardar o caráter pluralista e democrático da educação estatal.

No rol de votos vencidos, tiveram destaque aqueles proferidos pelos ministros Celso de Mello e Edson Fachin, de modo que passo a abordá-los. Conforme explicita o ministro Celso de Mello, a pretensão estatal de reprimir ou de cercear a liberdade de expressão, inclusive em matéria confessional, é perigoso e nocivo, ainda que se pretenda, no campo da liberdade religiosa, assim, “A livre expressão de ideias, pensamentos e convicções, em sede confessional, não pode e não deve ser impedida pelo Poder Público, nem submetida a ilícitas interferências do Estado”¹². Conforme esclarece Mello, na visão filosófica de Espinosa, tornava-se claro que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias que não deveriam confundir-se, pois tinha ele, por incontestável, que nem a teologia deveria subordinar-se à razão de Estado nem essa ao pensamento teológico. Isso porque as convicções no domínio religioso pertencem, exclusivamente, ao plano da razão individual e ao foro íntimo de cada ser humano, que é, no âmbito da religião, a suprema autoridade. A necessária delimitação entre a esfera religiosa, que concerne ao espírito, e o domínio secular, que é regido pelo Estado, constitui fator, por excelência, da liberdade humana.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017a. p. 9. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>>. Acesso em: 2 maio. 2018.

Enfatiza Celso de Mello que é com o advento da República que se consagrou o princípio básico da laicidade estatal, estabelecendo, assim, a separação orgânica entre o Estado e a Igreja, de modo a tratar, de um lado, da esfera secular ou temporal, e de outro, da esfera espiritual. Para Mello, a República também consolidou a ideia de neutralidade do Estado em matéria confessional, no sentido de que o Poder Público não possui preferência, nem aversão, a qualquer denominação religiosa; e a exigência de respeito incondicional à liberdade religiosa, de maneira que o exercício religioso não pode sofrer qualquer interferência estatal, seja para favorecer aquele que a exerce ou aquele que opta por não professar religião alguma, seja para prejudicá-los.

Em matéria confessional, portanto, segundo o ministro Celso de Mello e em conclusão à fundamentação de seu voto, o Estado brasileiro há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa. Destaca Celso de Mello a função contramajoritária do Poder Judiciário, em particular a do Supremo Tribunal Federal, no Estado Democrático de Direito. Esclarece, nesse contexto, que o fato de o Catolicismo constituir, hoje, a religião preponderante no Estado brasileiro não autoriza que se produza, em nosso País, um quadro de submissão de grupos confessionais minoritários à vontade hegemônica da maioria religiosa, o que comprometeria, gravemente, o postulado da laicidade do Estado e de todos os seus demais consectários, pois, ninguém o ignora, o regime democrático não tolera nem admite a opressão de qualquer minoria, inclusive a religiosa, por grupos confessionais majoritários.

Também acompanhando o voto vencido do ministro relator Luís Roberto Barroso, o ministro Edson Fachin inicia sua argumentação afirmando que a posição mais conforme à configuração do Estado Laico é a que estabelece uma nítida separação entre Estado e Igreja, pautada na neutralidade em matéria religiosa e na própria garantia de liberdade religiosa perpassa ainda pela ideia de que o direito ao ser afirmado por um Tribunal é aquele resultante de uma pluralidade de compreensões, esclarecendo que, nesses casos, a solução deve ser aquela que melhor se amolda à fundamentação democrática do estado constitucional, devendo, pois, dar primazia à pessoa humana, com base no princípio *pro homine*, mas ter em conta também o valor igual de cada pessoa em dignidade.

Afirma o ministro Edson Fachin que a sustentação teórica de sua posição se encontra em John Rawls, ao definir o conceito de razão pública, invocando a dimensão epistêmica do procedimento deliberativo, estabelecendo que: a plena ação do nosso poder político será plenamente devida no momento em que “[...] é exercida de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais podem ser endossados por todos os cidadãos de forma livre e igual à luz dos princípios e ideias aceitáveis à sua razão comum”¹³.

¹³ RAWLS, 1993, p. 137 apud BRASIL, 2017b, p. 6.

Nesse contexto, entende Fachin que há, no direito à liberdade de religião previsto em nosso texto constitucional e também nos Pactos Internacionais de São José da Costa Rica e de Direitos Civis e Políticos, uma dimensão pública, sendo certo que o pluralismo democrático não prescinde, pois, de convicções religiosas particulares, estando a religião no papel de condição de verdadeira existência, conforme reconhecido pela Corte Europeia dos Direitos Humanos. Entretanto, apesar de ser incorreto se afirmar que a dimensão religiosa coincide apenas com o espaço privado, não se admite que se justifique a fundação do espaço público com base em convicções religiosas. Assim, enfatiza Edson Fachin que a escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira, se configurando como um microcosmo da participação de todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma. Afirma, em suas palavras, “que a escola deve promover a sua responsabilidade para com o Outro, que, como lembra Álvaro Ricardo de Souza Cruz, não se limita ao ateuista ou ao religioso”¹⁴. Esclarece o ministro Fachin, que o seu objetivo ao expor seus argumentos, é não só afastar práticas inconstitucionais de exclusão que muitas vezes são autorizadas sob o fundamento da laicidade, como também permitir a afirmação dos direitos das minorias religiosas. Fachin atesta que, conforme diz Jacques Derrida, não há nada efetivamente secular no mundo atual, mas reconhece que a democracia, enquanto permanente autocrítica sobre a própria Constituição, pode um dia se tornar secular.

Por fim, o STF julgou improcedente o pedido formulado na ADI nº 4439, na qual a PGR alegava a inconstitucionalidade do ensino religioso confessional diante da laicidade. Foram vencedores os votos dos ministros Alexandre de Moraes, Carmem Lúcia, Edson Fachin, Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Os votos vencidos foram proferidos pelo relator, ministro Roberto Barroso, seguido dos ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio de Mello e Celso de Mello. A posição vencedora, apresentada pelo ministro Alexandre de Moraes concluiu que o ensino religioso nas escolas públicas brasileiras pode ter natureza confessional, de modo a ser comprometido com a profissão de fé de diversas religiões. Sob o ponto de vista comunitarista, entretanto, a decisão impõe desafios à isonomia, na medida em que não garante adequadamente o igual reconhecimento a todas as manifestações religiosas, que é devido no Estado laico.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministro Edson Fachin. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017b; p. 10 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoFachinEnsinoReligioso.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2018.

3. COMUNITARISMO, IDENTIDADE E RECONHECIMENTO

Segundo Gargarella¹⁵, o comunitarismo se baseia em uma noção de liberdade “situada” que confere importância a questões como onde estou e para onde vou. Isso porque o comunitarismo pressupõe que a construção da identidade ocorra dentro de uma determinada sociedade. De modo diverso, os liberais se baseiam em uma ideia vaga de liberdade segundo a qual o ser humano é um ser autônomo e, dessa forma, não há horizontes culturais a serem seguidos. O liberalismo puro defende a neutralidade do Estado, a vida pública se resume no resultado “espontâneo” do consenso entre os indivíduos. A neutralidade estatal não se compromete com a proteção de determinados grupos sociais.

Na concepção comunitarista, o Estado deve, de forma ativa, se comprometer e assegurar modos de vida que se direcionam ao bem-estar social. O autor comunitarista Charles Taylor percebe que o Estado não é eticamente neutro¹⁶ e, por essa razão, ele defende a necessidade de que o Estado liberal assuma políticas multiculturalistas de proteção aos grupos minoritários. O Estado não deve ser indiferente aos laços entre os indivíduos da mesma comunidade nem adotar uma posição ontológica “atomista” que compreenda o ser humano como autossuficiente no espaço moral, sem conexão com alguma determinada identidade comunitária.

Na perspectiva comunitarista de Taylor¹⁷, o conceito de liberdade não deve prescindir de discriminações qualitativas pelos indivíduos, com a hierarquização de fins e bens. Taylor enfatiza que seria extremamente incoerente tentarmos manter apenas uma noção de *liberdade*. As conclusões de Taylor sobre o percurso da modernidade impelem para a afirmação da autonomia e autenticidade no que se refere à identidade. A construção da identidade moderna pelos indivíduos de forma a responder a essas demandas requer um conceito de liberdade que tenha um senso positivo. Ela exige um espaço de não interferência, mas não se satisfaz com esse momento passivo¹⁸.

O autor canadense propõe, portanto, uma articulação entre a liberdade e as avaliações fortes, uma promoção à manutenção da identidade e a conexão às configurações de bens constitutivos. No âmbito mais propriamente político, o conceito de liberdade, tal como

¹⁵ GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. **Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p.140.

¹⁶ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006, p.136.

¹⁷ TAYLOR, Charles. **As fontes do self**: a construção da identidade moderna. Tradução Adail Ubirajara Sobral, Dinah de Abreu Azevedo. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2013, p.41

¹⁸ GUALDA, Diego de Lima. **Individualismo Holista**: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 259-260. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05022010-095325/pt-br.php>>. Acesso em 03 maio 2018

trabalhado por Taylor, é essencial para as pretensões de uma sociedade que se constitui fora de quaisquer ordens transcendentais, incluindo aí o Estado. Charles Taylor ultrapassa a visão do indivíduo centrado em si mesmo, descolado do mundo, conforme o autor: “Alguns aspectos da política atual estimulam a necessidade ou, por vezes, a exigência, de reconhecimento. Pode-se dizer que a necessidade é, no âmbito da política, uma das forças motrizes dos movimentos nacionalistas. E a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome dos grupos minoritários ou subalternos, em algumas manifestações de feminismo e naquilo que agora, na política, se designa por Multiculturalismo”.

Neste sentir, a promoção de políticas públicas que reconheçam as distintas identidades culturais se tornou, na sociedade moderna, condição para se efetivar o reconhecimento do outro. Todavia, o Estado liberal nem sempre responde a tais exigências, se mostrando inerte às políticas que asseguram a identidade de grupos sociais. Nossa identidade é constituída dentro de uma narrativa histórica que antecede a nós mesmos e desconstruir estes horizontes resultaria numa certa desorientação para se definir o que é certo ou errado, que é bom ou ruim.

A proposta de Taylor é contrabalancear a noção liberal do ser humano, que encontra em si mesmo sua identidade humana, com a tese social comunitarista que considera o ser humano um animal social, no sentido aristotélico¹⁹. Taylor defende que, para a construção da autenticidade moderna, é substancial garantir determinada comunidade política que o constitui. Para Taylor, é necessária uma análise crítica sobre a primazia de direitos individuais em face aos direitos que amparam a comunidade como um todo.

Esclarece Gargarella²⁰ que a diversidade cultural, enquanto pluralidade de grupos étnicos, religiosos, dentre outros, com singulares formas de localização e direção moral convivendo em um mesmo espaço público, gerou tensões e antagonismos sociais nos Estados modernos. A filosofia política contemporânea tem como foco estudar o fenômeno do multiculturalismo, a fim de compreender e propor soluções que assegurem, promovam, ou mesmo limitem os indivíduos no espaço público. O foco de atenção sobre o estudo do multiculturalismo se encontra na diversidade cultural (língua e religião, por exemplo) e considera a “dificuldade do pensamento liberal” em articular soluções satisfatórias aos desafios oriundos desta diversidade de identidades nas sociedades contemporâneas. Gargarella faz uma análise da ligação entre o comunitarismo e o multiculturalismo.

A inércia do Estado puramente liberal em relação à proteção da diversidade é consensual entre os críticos do liberalismo, que elucidam que o Estado não deve se comprometer, “tomar partido” de qualquer minoria cultural. Dentre as razões desta crítica se en-

¹⁹ GARGARELLA, op. cit., 2008, p. 144-145

²⁰ Ibid., p. 158

contra o tratamento histórico dado a minorias culturais e a primazia aos direitos subjetivos, em detrimento a direitos de grupos culturais. Há, de certa forma, o pressuposto liberal de que a autonomia pessoal precede a sociedade cultural.

Neste sentido, Gargarella²¹ alude que os liberais não reconhecem como um problema a desconstrução de determinada cultura ou ritual tradicional. Ao se tornar neutro, o Estado não adota políticas públicas que asseguram e promovem as distintas formas de cultura presentes no Estado moderno. Assim como a província de Quebec, no Canadá, a região da Catalunha, na Espanha se diferencia linguisticamente do seu Estado nação, e neste contexto o liberalismo não reconhece razão especial para uma eventual proteção a estes idiomas maternos. O Estado liberal não é capaz de responder, de forma adequada, às demandas do multiculturalismo. Sobre as demandas do estado moderno, em especial à proteção e promoção das distintas culturas que formam a identidade do indivíduo moderno, “o liberalismo mostra sua resistência a reconhecer como válidas aquelas reivindicações feitas em nome de certas minorias desfavorecidas”²². Em síntese, Gargarella afirma a incompatibilidade entre o liberalismo e as preocupações próprias do multiculturalismo e reconhece o profundo vínculo que une o “multiculturalismo” ao comunitarismo. Cabe ressaltar que o multiculturalismo se encontra comprometido com o reconhecimento das minorias, questionando noções como a homogeneidade cultural e o nacionalismo.

Como pensador comunitarista, o filósofo Charles Taylor percebe que o próprio liberalismo não é neutro plenamente, ele traça uma dicotomia entre a possibilidade de polarização excludente e os tipos de compreensão da diferença. Esclarece que há um risco de não se enxergar a diferença e promover um tipo de política homogeneizante, padronizadora e excludente das diferenças, sob o argumento de concessão de liberdade. Para Taylor, de forma ponderada e articulada, tanto no etnocentrismo como no antiocidentalismo, há preconceito contra os ocidentais. Existe uma padronização homogeneizante eurocêntrica e existe um desconstrutivismo que nega e refuta o valor intrínseco de todas as culturas. “[...] Derrida, Foucault, dentre outros, se preocuparam apenas em construir a partir de uma desconstrução, exigindo oposição às regras da sociedade até então presentes no contexto social”²³.

Taylor entende que se faz necessário um diálogo hermenêutico entre as distintas culturas. É neste contexto que Taylor busca em Gadamer o conceito de fusão de horizon-

²¹ Ibid., p. 160-161

²² Ibid., p. 161

²³ SILVEIRA, Carlos Frederico; ROCHA, Felipe Augusto da Cruz; CARDOSO, Rafael Esteves. A ética da autenticidade na concepção multiculturalista de Charles Taylor. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 4, n. 2, 2012. p. 26. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=275&path%5B%5D=187>>. Acesso em: 8 maio. 2018.

tes²⁴. Isso porque a hermenêutica pode ser uma resposta adequada a este desafio que é o multiculturalismo. Para se compreender a importância da cultura para a formação da identidade, Taylor sustenta que os seres humanos são formados dialogicamente, os indivíduos são dialógicos por natureza. Nossa identidade é formada pela alteridade, pelo outro. O autor ressalta a importância cultural dentro de uma sociedade, já que a cultura forma a identidade do ser humano em determinado tempo e espaço geográfico. Taylor aborda o ideal moderno da autenticidade e o associa ao multiculturalismo:

As fontes do *self* moderno são multiculturais e Taylor analisa a formação da autenticidade pelas culturas locais, e secundariamente pelos valores individuais. Pressuposto intrínseco à formação do *self* é o reconhecimento da identidade, “forma pela qual a sociedade conceitua e atribui valor a um indivíduo, ou a um determinado grupo social”²⁵. A política do reconhecimento da identidade no estado liberal é uma luta pela diferença. Conforme Mattos²⁶: [...] a luta pelo reconhecimento é também uma afirmação da diferença, uma vez que ela pede o reconhecimento da identidade específica de grupos. Assim, concomitante à valorização do princípio da dignidade do indivíduo, vale dizer, num projeto de sociedade em que estava prescrita a dignidade de todos os cidadãos, surge também o reconhecimento do direito à diferença.

Taylor alerta que “a política da diferença poderá acabar por tornar as pessoas iguais,”²⁷ acarretando a homogeneização do ser humano, mas a política de reconhecimento de identidade pressupõe as distintas maneiras de ser, de identidade, não nos faz iguais e “a mera diferença não pode ser em si mesma o fundamento do valor igualitário”²⁸. Para o autor canadense, a identidade se forma, em parte, pelo reconhecimento ou pela falta dele. O reconhecimento errôneo pode gerar aos indivíduos ou coletividades um “verdadeiro dano, autêntica deformação se o povo ou a sociedade que os rodeiam lhe mostram, como reflexo, um quadro limitativo, ou degradante ou depreciável de si mesmo”²⁹. Nota-se a importância que Taylor dá ao reconhecimento correto para a formação da identidade.

Dentre as demandas contemporâneas, Taylor se imiscui na história e na filosofia para discorrer sobre a noção de reconhecimento e se aproxima da compreensão de Hegel

²⁴ TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000a.

²⁵ SILVEIRA, Carlos Frederico; ROCHA, op. cit., 2012, p. 19.

²⁶ MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006, p.11.

²⁷ TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 92.

²⁸ Id. **A ética da autenticidade**, 2011, p. 59.

²⁹ Id. **Multiculturalismo y la política del reconocimiento**, 1993, p. 43.

em “A política do reconhecimento”³⁰. Tendo como objetivo responder às demandas do multiculturalismo do mundo moderno ocidental, Taylor propõe uma política de reconhecimento das identidades culturais. Sobre as identidades, Taylor hermeneuticamente investiga os elementos que constituem a identidade moderna. Nesse ponto, o autor canadense propõe a ética da autenticidade e a articula com uma política do reconhecimento como uma alternativa de resolução dos problemas morais e políticos do mundo contemporâneo.

A noção de autenticidade se encontra na nossa liberdade de articular, nos horizontes culturais, de modo substancial, singular e dialógico, nossa identidade, que é constituída junto ao intercâmbio com outros significantes da comunidade. Nesta perspectiva, verificamos a intrínseca conexão com a ética da autenticidade no plano social, amparado por políticas públicas de reconhecimento. Charles Taylor se lança a analisar em dois níveis distintos como se dá o devido reconhecimento a uma determinada cultura na sociedade democrática multicultural: “[...] primeiro, na esfera íntima, onde a formação da identidade e do ser é entendida como fazendo parte de um diálogo e lutas permanentes como os outros-importantes; e, depois, na esfera pública, onde a política do reconhecimento igualitário passou a desempenhar um papel cada vez maior”³¹. O reconhecimento que se encontra inserido na esfera pública cuida de uma análise ampla de direitos iguais entre os povos e entre grupos minoritários contra a discriminação.

4. A ADI Nº 4439 SOB A ÓTICA COMUNITARISTA

Charles Taylor³² formula uma concepção de igualdade que tem como objetivo solucionar as demandas pelo reconhecimento das diferentes particularidades nas democracias contemporâneas. Segundo o autor canadense, a política do reconhecimento tende a evitar o universalismo meramente formal da dignidade, sob o risco da negação das diferenças. A igualdade deve ser pautada nas diferenças que nos constituem como seres humanos, pois é na singularidade dos indivíduos que residem o reconhecimento do outro e o reconhecimento de si mesmo. Neste sentido, a igualdade depende do reconhecimento social das identidades, dos diferentes modos como cada pessoa se define. A igualdade para Taylor tem como pressuposto a proteção e promoção de grupos culturais religiosos, étnicos e outros.

A concepção de dignidade humana leva a uma política universalista de igualdade entre os indivíduos da sociedade - Gutmann a explicar que: “[...] reconhecer e tratar

³⁰ TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000b, p.12.

³¹ Id., **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento, 1994, p. 57.

³² Ibid., p. 250.

os membros de alguns grupos como iguais parece exigir, hoje, das instituições públicas que admitam, em vez de ignorarem, as especificidades culturais, pelos menos em relação àquelas pessoas cuja capacidade de compreensão depende da vitalidade da respectiva cultura”³³. Enquanto valor moral legítimo, a dignidade compõe, no imaginário social, a política do universalismo, tendo como epicentro o respeito igual a todos os seres humanos e a equidade dos direitos.

O cânone da cidadania, definido com o conceito de direito a ter direitos, adquiriu aceitação universal, implantando uma nova agenda de discussões sobre os direitos humanos. Neste sentir, “vê-se privado de sua substância, vale dizer: tornado pura substância, perde a sua qualidade substancial, que é de ser tratado pelos outros como um semelhante”³⁴. O não reconhecimento histórico de determinados grupos repercute na impossibilidade de igualdade material universal, devido às desigualdades sociais e econômicas atuais. A política da diferença preconiza medidas de discriminação reversa (positiva) pois, ao reconhecer a diferença de oportunidades, são criadas alternativas mais favoráveis no intuito de se alcançar a igualdade material.

As políticas do universalismo e da diferença, se arguidas unilateralmente, não solucionam as disparidades sociais, pois não alcançam e não promovem os elementos constitutivos de valor. Assim, essas duas modalidades de política, ambas baseadas na noção de respeito igual, podem entrar em conflito. Para uma delas, o princípio do respeito igual requer que tratemos as pessoas de uma maneira cega às diferenças, porque ela se concentra naquilo que é o mesmo em todos. Para a outra, temos de reconhecer e mesmo promover a particularidade. A reprovação que a primeira faz à segunda é simplesmente que ela viola o princípio de não-discriminação, e a reprovação que a segunda faz à primeira é a de que ela nega a identidade ao impor às pessoas uma forma homogênea que é infiel a elas³⁵.

Aparentemente, ao reconhecer a constitucionalidade do ensino confessional nas escolas públicas, o STF buscou promover as diferentes religiões, entretanto a decisão não assegurou suficientemente a igualdade entre os diferentes credos religiosos. Neste sentido, a decisão do Supremo traz inúmeros desafios à isonomia porque não atentou para as dificuldades concretas impostas pela inviabilidade de contratação pela administração pública de representantes de todas as religiões. Conforme dados do IBGE de 2010, no Brasil 92%

³³ GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles; et al. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento (Trad. Marta Machado). Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 23.

³⁴ LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 151.

³⁵ TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000a, p. 254.

dos entrevistados professam uma determinada religião³⁶, que segundo o Novo Mapa das Religiões possui mais de 140 denominações³⁷. No mundo atual, multicultural e globalizado, se conjectura a existência de mais de 4 (quatro) mil religiões. Desta forma, a decisão do STF fragiliza a liberdade religiosa porque, como efeito colateral, acaba privilegiando algumas religiões em detrimento de outras.

O Estado laico, pautado pela liberdade religiosa, deve reconhecer a importância de se assegurar e promover igualmente todas as identidades culturais religiosas, uma vez que estas orientam indivíduos no espaço público. Neste sentido, as normas que tratam da laicidade, da liberdade religiosa e do ensino religioso precisam viabilizar a todas as religiões iguais possibilidades de reconhecimento. Como é inviável promover o ensino religioso confessional de mais de 140 denominações religiosas – dados aproximados sobre o Brasil -, acaba-se negando reconhecimento das identidades religiosas minoritárias.

Com isso, aumentam a desigualdade e o desrespeito à liberdade religiosa dos grupos não favorecidos. A este respeito, vale lembrar que, conforme os dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, no Brasil, em 2016, foram registradas 759 denúncias de violações à liberdade religiosa. O número representa aumento de quase 37% com relação ao ano anterior. Umbanda e candomblé são as religiões de quase 19% do total das vítimas. Em seguida, aparecem outras religiões de matriz africana e o espiritismo. O levantamento da Secretaria Estadual de Direitos Humanos mostra que o Estado do Rio de Janeiro registrou 800 atendimentos de intolerância religiosa em 2017. A média é de dois casos por dia e, na maioria das vezes, as vítimas são praticantes de religiões de matriz africana.

Os tipos de intolerância mais praticados são discriminação, depredação, difamação e invasão. Praticantes do Candomblé, Umbanda e outras religiões de matriz africana correspondem a 71,5% dos atendimentos. Já os católicos correspondem a 9%, evangélicos 6%, e islâmicos, 3%. Em 2011 foram registradas 15 denúncias. Em 2012, o número aumentou para 109 registros. Já em 2016, foram 759 casos. De janeiro a junho de 2017, o Disque 100 registrou 169 denúncias de intolerância religiosa. Deste total, a maioria das ocorrências (39,05%) teve como vítimas praticantes de candomblé, umbanda e demais religiões de matriz africana. Serviço de utilidade pública do Ministério dos Direitos Humanos (MDH), a ferramenta recebe demandas relativas a violações de Direitos Humanos.

³⁶ Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf.

³⁷ **Novo Mapa das Religiões**, elaborado pelo Centro de Políticas Sociais da FGV em 2011, com base em dados do IBGE de 2009.

5. CONCLUSÃO

Valendo-se do pensamento comunitarista de Charles Taylor, a pesquisa buscou confrontar os postulados da isonomia e da liberdade religiosa com a decisão do STF que atestou a constitucionalidade do ensino religioso confessional em escolas públicas. A primeira parte do texto apresentou considerações sobre a laicidade no Estado brasileiro e sobre a ADI nº 4439 que solicitava interpretação conforme de dispositivo da LDB e do artigo 11, §1º do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé. No julgamento, o STF enfrentou três questões: se o ensino religioso nas escolas públicas pode ser vinculado a religião específica; se é admissível professores na qualidade de representantes das confissões religiosas em escolas públicas; se a disciplina deveria ser voltada para a história e a doutrina das várias religiões. Ao julgar pela improcedência da ADI, o Supremo interpretou que a laicidade prevista no artigo 19, I, da Constituição não obsta a promoção e a otimização da liberdade religiosa (CF, Art. 5º, VI).

A segunda parte do texto tratou do comunitarismo de Charles Taylor, estabelecendo uma ligação entre reconhecimento e identidade. Para o autor, o homem constitui sua identidade pela cultura, por isso as fontes da identidade individual e coletiva contemporânea são diversas, seculares e até conflitantes entre si. Nesta perspectiva comunitarista, se exige do Estado políticas públicas de reconhecimento que garantam a isonomia entre as distintas identidades culturais religiosas e, por conseguinte, assegurem adequadamente a liberdade religiosa.

A terceira parte do texto analisou a decisão do STF que afirmou a constitucionalidade do ensino confessional nas escolas públicas. Foi apontado que o ensino confessional pode potencializar desigualdades já existentes no espaço público entre as distintas culturas religiosas, acarretando falta de reconhecimento a grupos minoritários. A decisão do STF pretendeu abraçar concepções multiculturalistas, entretanto acabou renegando-as, na medida em que não assegurou adequadamente o reconhecimento das diferentes identidades culturais. Neste sentido, o ensino público confessional fere a isonomia por causa da inviabilidade de que todos os credos religiosos tenham professores contratados pela rede pública de educação.

Conclui-se, portanto, que o ensino religioso nas escolas públicas não deve estar vinculado a qualquer religião específica, em virtude da impossibilidade fática de se admitir professores que sejam representantes de todas as confissões religiosas que existem. Logo a disciplina Religião deve ser facultativa e voltada para a história e a doutrina das várias religiões, a fim de se evitar assimetrias entre os diferentes credos religiosos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. V. 4, t. 1, 1877.

BARBOSA, Rui. “**Prefácio**” a **O Papa e o Concílio**. (3ª ed.). Rio de Janeiro: Elos, 1877.

BARBOSA, Ruy. **Obras Seletas**, Vol. 7. Rio de Janeiro: Imprensa, 1898.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017a. p. 1-43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439mCM.pdf>>. Acesso em: 5 maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministro Edson Fachin. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoFachinEnsinoReligioso.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministra Carmém Lúcia. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=357099&caixaBusca=N>>. Acesso em: 4 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4439/Distrito Federal (DF). Relator: Roberto Barroso. Voto – Ministro Alexandre de Moraes. **Diário Oficial da União**. Brasília: DF, 2017d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>>. Acesso em: 4 maio 2018.

GARGARELLA, Roberto. As teorias da justiça depois de Rawls. **Um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GUALDA, Diego de Lima. **Individualismo Holista**: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 259-260. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05022010-095325/pt-br.php>>. Acesso em 03 maio 2018

GUTMANN, Amy. Introdução. In: TAYLOR, Charles; et al. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento (Trad. Marta Machado). Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MANGUEIRA, Hugo Alexandre Espínola. **Acordo Brasil-Santa Sé**: uma análise jurídica. João Pessoa: Ed. Universitária UFPB, 2009.

MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006.

MENDONÇA, Antonio Gouvêa. **O Celeste Porvir**: A inserção do Protestantismo no Brasil. São Paulo: ASTE, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. **Revista Eletrônica PRPE**, v. 5, p. 1-17, 2007.

SILVEIRA, Carlos Frederico; ROCHA, Felipe Augusto da Cruz; CARDOSO, Rafael Esteves. A ética da autenticidade na concepção multiculturalista de Charles Taylor. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 4, n. 2, 2012. p. 26. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana&page=article&op=view&path%5B%5D=275&path%5B%5D=187>>. Acesso em: 8 maio. 2018.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: J. de Oliveira, 2002.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. São Paulo: É Realizações, 2011.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo y la política del reconocimiento**: ensaio de Charles Taylor. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

TAYLOR, Charles. Propósitos entrelaçados: o debate liberal-comunitário. In: TAYLOR, Charles. **Argumentos Filosóficos**. São Paulo: Loyola, 2000a.

TAYLOR, Charles. **A política do reconhecimento**. In: TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000b.

TRINDADE, André; MAZZARI JUNIOR, Edval Luiz. Autonomia Universitária e Direito Educacional. In: TRINDADE, André (coord.). **Direito Universitário e Educação Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Censo Demográfico 2010: **Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência**. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf.

Novo Mapa das Religiões, elaborado pelo Centro de Políticas Sociais da FGV em 2011, com base em dados do IBGE de 2009.

NOVAS TECNOLOGIAS COMO UMA AMEAÇA A DEMOCRACIA

LUCAS GABRIEL TROYAN RODRIGUES*

NICOLLI SOUZA IENZEN**

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Liberdade de expressão. 3. Notícias falsas como arma política. 4. Ensinamentos da lei de proteção de dados da União Européia. 5. Como combater as notícias falsas sem mitigar a liberdade de expressão. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A estabilidade democrática tem sofrido alarmantes ameaças em nível mundial com o emprego das mais variadas ferramentas tecnológicas na publicidade realizada durante os processos eleitorais, de modo que afeta diretamente a igualdade de participação política e poderá resultar em danos imensuráveis a legitimidade democrática, considerando os preocupantes acontecimentos nas eleições francesas e norte americanas, como também em menor escala em outros países e no Brasil em processos anteriores.

Deste modo buscará abordar a importância da liberdade de expressão para garantia de uma sociedade plural e tolerante, identificando a relação de seu livre exercício diretamente com a dignidade da pessoa humana, em contrapartida as possibilidades de limitação ou responsabilização posterior aos casos de abusos deste direito.

* Acadêmico do curso de bacharelado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em Curitiba – Paraná, Brasil. Pesquisador do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da PUC-PR. Email: lucas.troyan@hotmail.com

** Acadêmica do curso de bacharelado em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em Curitiba – Paraná, Brasil. Email: nicolli.ienzen@gmail.com

Consequente versará sobre a indispensabilidade deste direito no decorrer do processo eleitoral para garantir a pluralidade de ideias, igualdade de participação política e em última análise a própria democracia. Entretanto a sua junção com as ferramentas digitais poderão ocasionar em temerosos riscos a democracia, principalmente por meio da propagação de notícias falsas para desmoralizar determinados candidatos ou partidos políticos frente ao eleitorado buscando promover a manipulação do processo eleitoral.

Buscará em obras estrangeiras e nacionais as modalidades de intervenções cibernéticas neste processo, abordando as diversas modalidades e mecanismos necessários para realização da mesma, bem como a necessidade de acesso aos dados pessoais dos cidadãos obtidos por meio dos serviços digitais para direcionar de modo estritamente personalizado tal propaganda aos indivíduos com convicções pessoais semelhantes, resultando em danos irreparáveis ao processo de manutenção do próprio Estado democrático.

Diante disso recorrerá ao direito comparado, em foco a Regulamentação de Proteção de Dados da União Europeia, a fim de analisar as principais inovações no que concerne a proteção dos direitos fundamentais, responsabilização posterior e a árdua tarefa de fiscalização ao meio digital. Ainda assim, investigará opções viáveis para inibir as interferências ao processo eleitoral resguardando a liberdade de expressão em conjunto com os demais direitos fundamentais, para garantir a igualdade de participação política e a legitimidade do sistema democrático.

O presente artigo científico resulta de um projeto de pesquisa e segue metodologia dedutiva com abordagem qualitativa, descritivo quanto ao objetivo por meio do procedimento bibliográfico e documental no âmbito nacional e estrangeiro.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os direitos fundamentais, sobre os quais se funda o Estado democrático de direito, foram conquistados pela sociedade no decorrer dos últimos séculos com o intuito primordial de proteger o indivíduo frente às arbitrariedades estatais e também frente às usurpações dos demais cidadãos.

São elementos básicos e constitutivos para a realização da democracia por meio de uma série de garantias, assegurando a participação de todos os cidadãos em seu exercício e, de mesmo modo, gerando uma proteção contra atuações antidemocráticas.¹

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 291.

A percepção da importância destes direitos se identifica na posição hierárquica conquistada nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em regra, nas constituições que representam a posição superior entre as demais normas jurídicas, contendo a mesma posição hierárquica, porém com caráter principiológico, portanto, não são absolutos e deverão ser ponderados na aplicação concreta do direito.

Dentre estes, está alocado o direito à Liberdade de Expressão, o qual se constitui como pedra angular em uma sociedade democrática, considerando que é o primeiro a ser suprimido para a instauração de regimes autoritários. Representa a primeira liberdade, da qual decorrem todos os demais direitos fundamentais, e, ainda assim, concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana.²

Com base no pressuposto que a democracia está instituída sobretudo na soberania popular e na participação direta ou indireta do povo no poder,³ tem-se a liberdade de expressão como instrumento para o processo democrático, seja pela participação do cidadão no debate político, seja pelo acesso a informações emitidas por outrem para que se possa participar livremente na eleição dos seus representantes, assegurando de modo precípua o exercício da cidadania e o pluralismo de ideias.

A garantia deste direito está estritamente relacionada com o princípio da dignidade humana, haja vista que por meio deste se exprime a personalidade do indivíduo facultando-o a manifestação expressa de suas convicções ou somente optando em viver de acordo com elas, de forma que a expressão é inevitável ainda que de maneira implícita, nas palavras de Cármen Lúcia em relação a este tema a “liberdade é dado complementar, senão integrante da dignidade humana”.⁴

Na recente história das constituições brasileiras, este direito esteve consagrado desde a pioneira constituição do império em 1824, na qual sequer cogitava-se a ideia de democracia, mas já se abominava a censura estatal frente às liberdades de expressão.

Neste sentido, sucederam as demais constituições, havendo um momento de ruptura na constituição de 1937, outorgada durante um período ditatorial, restringindo tal liberdade. De igual modo ocorreu com a constituição de 1967, embora assegurasse este direito restou-se prejudicada com a instauração do regime autoritário e posteriormente com a edição do Ato Institucional n.º 5 em 1968, introduzindo a censura como regra sem qualquer liberdade de exteriorização de pensamentos.

² RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação**: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2008. P. 57.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P. 133.

⁴ **ADPF 130/DF**, rel. Min. Ayres Britto, voto da Min. **Cármen Lúcia**, j.30-4-2009, DJE de 6-11-2009.

Este direito somente foi restabelecido com a promulgação da Constituição atual em 1988, na qual o mesmo está diretamente expresso em toda sua amplitude sendo vedada a restrição prévia seja pública ou privada, vide artigo 5º incisos IV, VI, IX e XIV e artigo 220º da Carta Magna.

De mesmo modo o Brasil é signatário a diversos pactos internacionais que asseguraram este direito, dentre estes a Declaração Universal dos Direitos Humanos nos artigos 18 e 19, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no artigo 4, a Convenção Européia de Direitos Humanos no artigo 10, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos no artigo 19, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no artigo 13 e por fim a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos no 9º artigo.

Extrai-se destes artigos supra citados que a liberdade de expressão no seu sentido mais amplo consiste em uma coletividade de direitos relacionados a comunicação e a exteriorização dos pensamentos individuais, para Sampaio Dória “é o direito de exprimir, por qualquer forma, o que se pense em ciência, religião, arte ou o que for”.⁵

Conforme entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos a liberdade de expressão se subdivide na dimensão individual e coletiva, as quais devem ser asseguradas de forma simultânea.⁶ A primeira dimensão consiste na liberdade do indivíduo em difundir suas informações e convicções por qualquer meio de comunicação, já a segunda considera-se um instrumento para comunicação social, deste modo todos tem o direito de conhecer os pensamentos e informações alheias.⁷

Em relação ao controle no exercício na liberdade de expressão, o direito brasileiro adota a teoria elaborada por William Blackstone na qual se considera mais plausível a responsabilização *a posteriori* ao invés de criar limitações prévias abstratas em relação aos abusos deste direito, concluindo que é preferível sancionar os poucos abusos do que reprimir todas as demais legítimas expressões, tendo em conta que a distinção entre uma expressão legítima ou ilegítima é muito tênue resultando um risco maior do que o abuso que seria a censura prévia das expressões legítimas.⁸

Vale ressaltar que principalmente no direito norte americano a discussão entre restrição prévia e responsabilidade ulterior não é pacífica, considerando que há autores quais sustentam que as sanções penais são restrições prévias, pois tais normas impedem o direito de se expressar salvo se assumir o risco da penalização, todavia para outros ca-

⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. cit.*, P. 243.

⁶ Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-5/85 de 13.11.1985**: O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas. Par. 33.

⁷ *Ibidem*. Par. 31 e 32.

⁸ TOLLER, Fernando M.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Formalismo na Liberdade de Expressão**: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 24 e ss.

racteriza-se como a responsabilização posterior por ocorrer após a manifestação quando considerada ilegítima.⁹ Toller ressalta que não importa a classificação temporal, mas sim a legitimidade e justificativa para restrição ao direito fundamental atendendo aos critérios da razoabilidade.¹⁰

A liberdade de expressão deverá ser notadamente ampla somente limitada para efetivação dos demais direitos fundamentais em virtude de sua relevante função na democracia, em contrapartida os abusos oriundos do exercício ilegítimo são na mesma proporção prejudiciais a democracia, acarretando em temerários riscos que se agravam nos períodos eleitorais.

Neste íterim a liberdade de expressão se materializa nas propagandas e debates políticos visando angariar votos dos eleitores, as propagandas devem ser disciplinadas pela ordem pública para que se mantenha a igualdade entre os candidatos.

No decorrer deste processo os danos causados pelos abusos no exercício deste direito, como por exemplo a propagação de notícias falsas, transcendem os direitos subjetivos da parte ofendida acarretando em malefícios substanciais ao princípio da equidade eleitoral e consequentemente a legitimidade do processo democrático, esses danos se intensificam com o uso da internet considerando que por meio desta tecnologia há um vasto raio de alcance das notícias.

Em uma república é indispensável que o exercício de todo direito esteja atrelado a ideia de responsabilidade para minorar a possibilidade de usurpações deste direito os quais geram graves danos para o pleno funcionamento da democracia, entretanto de mesmo modo a restrição imoderada com o objetivo de conter tais abusos poderá mitigar a pluralidade, tolerância e a livre manifestação de idéias.

3. NOTÍCIAS FALSAS COMO ARMA POLÍTICA

Em face dos alarmantes episódios ocorridos nos últimos processos eleitorais no mundo, principalmente em países desenvolvidos com uma democracia significativamente estável, como por exemplo, as eleições francesas e as eleições norte americanas, e ainda assim, a aproximação deste processo no Brasil, tem-se a necessidade iminente da discussão sobre o uso das tecnologias na publicidade política, este tema repercutiu durante esses momentos cruciais para manutenção da estrutura democrática resultando em incertezas aos eleitores, propagação de discursos de ódio e massificação de informações inverídicas pelos meios digitais.

⁹ *Ibidem*. P. 48.

¹⁰ *Ibidem*. P. 109.

O discurso eleitoral encontra sede na liberdade de expressão dos candidatos, caracterizando-se como um direito fundamental, é o meio mais precioso para que o candidato possa contatar o público, potenciais eleitores, e primordial ao interesse social no acesso a todas as informações corretas e a uma pluralidade de opiniões sobre os diversos temas para que possa decidir de forma livre e consciente sobre sua representação futura, sem manipulações midiáticas.

Portanto sempre estará limitada pelo princípio da equidade do processo eleitoral entre os candidatos políticos garantindo os mesmos meios e oportunidades para todos, bem como inibindo que candidatos com maior poder econômico se valham da grande mídia na disputa eleitoral para que haja uma efetiva igualdade na participação política.

Neste mesmo sentido tem buscado o Supremo Tribunal Federal nas decisões sobre a matéria garantindo o horário eleitoral gratuito sem importância da classe econômica do candidato,¹¹ vedando a participação de candidato apresentador ou comentarista de algum meio de comunicação¹² e de mesmo modo garantindo o pleno exercício da liberdade de imprensa no período eleitoral.¹³

Não obstante há o direito difuso a informação verdadeira, o qual é transindividual e indivisível do qual os detentores serão pessoas indeterminadas, todos os atingidos pela notícia inverídica, pois a divulgação de publicação falsa fere diretamente o direito público de informação de todos os cidadãos.¹⁴

Com o avanço da tecnologia, o protagonismo de corroborar para formação do pensamento crítico exercido pela mídia televisiva substituiu-se pelos meios virtuais, e diante disso, as empresas publicitárias tem-se utilizado de diversos recursos visando atingir o sub-consciente dos indivíduos, formando a opinião desejada sobre diversos temas, de modo que no curso do processo eleitoral torna-se uma perigosa ferramenta de manipulação política afetando diretamente os princípios democráticos de equidade na participação política.

Neste cenário surge de forma exorbitante a propagação de notícias falsas, vulgarmente conhecidas como “*fake news*”, termo que tomou as discussões em diversos países e meios de comunicação, e inclusive objeto de projetos legislativos em nosso país.

A melhor definição encontrada para este termo consta no Cambridge Dictionary, o qual o estabelece como “false stories that appear to be news, spread on the internet or

¹¹ **ADPF 956/DF**, rel. Min. Francisco Rezek, j. 1-7-1994, DJ de 20-4-2001.

¹² **ADI 1.062 MC/DF**, rel. Min. Sydney Sanches, j. 25-5-1994, DJ de 1-7-1994.

¹³ **ADI 4.451 MC-REF**, rel. Min. Ayres Britto, j. 2-9-2010, DJE de 24-8-2012.

¹⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2. ed. reescrita. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 108.

using other media, usually created to influence political or as a joke.”¹⁵ É perceptível a amplitude do termo, o que generaliza de forma simplificada condutas complexas quais geram diferentes impactos na sociedade.

Para Wardle e Derakhshan, esse evento se caracteriza como um “transtorno de informação”, o qual contém três subdivisões, as publicações falsas sem intenção de causar danos, as divulgações inteiramente falsas ou parcialmente fundadas na realidade com distorções, ambas criadas com propósito de prejudicar determinada pessoa ou grupo.¹⁶

Ainda assim, citam diversos mecanismos desse fenômeno, os quais poderão se somar para propagação de uma única notícia falsa resultando no que nomeiam de “desinformação”, sendo estes a sátira ou paródia que não possui intenção prejudicial, o uso enganoso de informações, a falsificação de fontes genuínas para fornecer credibilidade, a fabricação de conteúdo inteiramente falso com viés prejudicial, a conexão falsa entre manchetes ou imagens com o teor da notícia, a alteração de contexto dos fatos verídicos e a manipulação do conteúdo para dar sentido diverso da realidade.¹⁷

A finalidade para qual se exerce tal conduta poderá ser financeira visando o lucro por meio da desordem publicitária, social para conectar-se a determinados grupos, psicológica em busca de prestígio, ou política objetivando desmoralizar um candidato e influenciar na opinião pública.¹⁸

Embora haja elevada preocupação com o processo eleitoral brasileiro que ocorrerá neste ano tendo por exemplo os últimos acontecimentos mundiais, já há comprovação da adoção de mecanismos tecnológicos para influenciar a opinião pública no Brasil em grandes momentos políticos, como por exemplo, nas eleições presidenciais em 2014, no processo de impeachment em 2015, na greve geral em 2017.¹⁹

Conforme estudo da Fundação Getulio Vargas, a interferência tecnológica se estabelece por meio de rônos sociais que produzem sinteticamente conteúdos e estabelecem contato com pessoas reais por meio das redes sociais de forma programada, sendo possível a identificação de pessoas ou assuntos em voga para adentrar nos debates e infiltrar-se como se real fosse.²⁰

¹⁵ “Histórias falsas que parecem ser notícias, espalhadas pela internet ou usando outra mídia, normalmente criada para influenciar opiniões políticas ou uma piada.”. (Tradução livre).

¹⁶ WARDLE, Clarie; DERAKHSHAN, Hossein. **Information Disorder**: toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Council of Europe, 2017. P. 20.

¹⁷ *Ibidem*. P. 17.

¹⁸ *Ibidem*. P. 26.

¹⁹ RUEDIGER, Marco Aurélio. **Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil**: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017. P. 6.

²⁰ *Ibidem*. P. 12.

A atuação destes softwares prejudica os processos políticos e democráticos no meio virtual, pois poderão agir para gerar uma opinião plenamente sintética ou fornecer um volume irreal a determinada opinião influenciando os cidadãos indecisos, de igual modo, impulsionam a disseminação de notícias inverídicas para confundir e impedir o acesso a informação correta. Ainda assim, há possibilidade de atuarem para roubar dados pessoais para inúmeras finalidades e também para influenciar o mercado financeiro de ações impactando na economia.²¹

Dentre as possibilidades acima elencadas, poderão misturar-se para uma única finalidade, como por exemplo, após a criação de determinada notícia falsa inúmeros robôs sociais promovem esta notícia de modo que alcance a maior número possível de usuários reais, que por sua vez ao compartilharem a notícia sem averiguar a veracidade estarão corroborando com a rede e ainda com maior credibilidade perante os próximos atingidos.

Esta atividade desenvolvida por meio da internet o que dificulta a identificação dos autores, e apesar disso, há casos em que os autores estão alocados em outros países e até outros continentes, vale ressaltar a perigosa possibilidade de influência de um Estado na soberania de outrem por meio dessas fraudes tecnológicas manipulando as lideranças e o pensamento social visando benefícios futuros.

A utilização desses mecanismos tecnológicos atrelados as antigas estratégias políticas de desmoralização e dominação dos debates públicos representam uma ameaça real a equidade de participação e representação política considerando a elevada taxa de manipulação exercida por estes meios na sociedade atual.

De mesmo modo a proliferação de notícias falsas transcendem os direitos personalíssimos do sujeito ofendido, vez que atingem diretamente a democracia influenciando o eleitor a determinado pensamento qual posteriormente resultará em voto, não obstante, infringindo o direito difuso a notícia verdadeira e a livre escolha do voto.

Há uma imensa dificuldade na reparação dos danos oriundos dessa atividade, pois mesmo quando seja possível a identificação do indivíduo a responsabilização penal ou a indenização pecuniária ao ofendido não ressarcirá os danos causados ao processo democrático, ou seja, será impossível reparar os danos experimentados pelo cidadão candidato que poderia representar todos aqueles que compartilham de seus ideais e igualmente por todo fragmento da sociedade que não reconhecerá na democracia a igualdade de representação política, constituindo um terreno fértil para instauração de processos visando subverter a ordem democrática.

Nos últimos anos a sociedade adotou os recursos de tecnologia virtual, principalmente as redes sociais, para não depender dos meios de imprensa oficial para se informar

²¹ *Ibidem.* P. 10.

e facilitar a mobilização social para manifestações em prol dos interesses sociais, entretanto este benévolo propósito hoje se encontra deturpado haja vista que tem resultado em maior desinformação aos cidadãos em virtude das notícias inverídicas e as redes sociais tornaram-se um âmbito para propagação de discursos de ódio repleto de intolerância, suprimindo o espaço plural para debates democráticos benéficos com a participação de diferentes classes sociais.

Vale ressaltar que o fenômeno da desinformação ocasionado pela divulgação em larga escala de notícias falsas somente atinge tamanha proporção influenciando de forma significativa no processo eleitoral em razão do acesso aos dados pessoais dos cidadãos advindos dos recursos tecnológicos utilizados com frequência, de modo que as empresas publicitárias após uma análise de diversas informações como sites acessados, locais frequentados, opiniões, hábitos de consumo, de comportamento, entre outros, conseguem traçar o perfil psicológico de determinada pessoa, desta forma remetendo a notícia falsa diretamente para pessoas que possuem compatibilidade com a informação de acordo com as próprias convicções e não buscarão analisar a veracidade factual.

Deste modo percebe-se o valor pecuniário de todas as informações produzidas mediante serviços supostamente gratuitos os quais exigem a disponibilidade de todos os dados produzidos pelo próprio consumidor durante a utilização da ferramenta, pois os provedores de tais serviços possuem exclusiva finalidade de colher esses dados para comercializa-los, ou seja, fornece determinado serviço em troca da coleta dos dados gerados pelo usuário.

Os dados produzidos nestas plataformas serão filtrados e categorizados para dar utilidade ao seu uso, transformando-se em um banco de informações que será comercializado para fins publicitários de modo que a propaganda seja dirigida e estritamente personalizada ao perfil de determinado grupo.²²

De acordo com a Qi Lu, Vice Presidente Executivo do Grupo de Aplicações e Serviços da Microsoft, “data is the new oil”²³ referindo-se as novas tecnologias que utilizam as informações, analisando por uma perspectiva econômica e a relevância ao desenvolvimento tecnológico atual, bem como a necessidade de um procedimento específico para torna-lo útil.

Acrescento a esta comparação, a possibilidade de vazamentos resultando em danos imensuráveis a sociedade e muitas vezes irreparáveis considerando que ofende o direito a privacidade e certamente os direitos personalíssimos do usuário que teve suas

²² PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A. Crise da Informação: A Quem Pertence?. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Brasília.v.2,n.1,p.22-38,Jan./Jun.,2016. P. 31.

²³ “Dado é o novo petróleo”. (Tradução livre).

informações divulgadas. Outrossim, a imputação de responsabilidade objetiva as empresas por todos os danos causados, tanto pelo vazamento de dados como pela divulgação de notícias inverídicas, tendo em vista que decorrem do risco atrelado a atividade econômica exercida, pela qual a empresa aufero o lucro.

Na maioria dos casos, os provedores desses serviços se eximem de qualquer responsabilidade das inúmeras lesões que poderão suceder do uso dos serviços ofertados, igualmente autorizam a retenção dos dados pessoais gerados pelo usuário, por meio de contratos de adesão que não contemplam esclarecimentos aprofundados celebrados mediante um “click”, pressionando um botão.²⁴

Neste interim, verifica-se a necessidade de legislações específicas abrangendo a complexidade das relações virtuais, como a captação de dados pessoais devido a atual caracterização como patrimônio econômico interessando ao Estado a arrecadação de impostos sob sua comercialização,²⁵ e ainda, definindo a responsabilização dos provedores pelas lesões oriundas da utilização do serviço e mecanismos para inibir a propagação das notícias falsas garantindo um ambiente plural e democrático.

4. ENSINAMENTOS DA LEI DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPÉIA

Atendendo a iminente necessidade de regulamentação das atividades exercidas no âmbito cibernético e a constante ameaça aos direitos fundamentais dos cidadãos e até mesmo a própria democracia frente as usurpações cometidas por intermédio das ferramentas digitais, principalmente no que concerne a violação de dados pessoais dos cidadãos para finalidades diversas, a União Européia estabeleceu uma legislação ampla e aplicável a todos os cidadãos e empresas atuantes no território europeu, a fim de resguardar tais direitos garantindo a privacidade, liberdade e em última análise a democracia.

A nova legislação denominada “General Data Protection Regulation - GDPR”,²⁶ estabeleceu mudanças substanciais referente ao tratamento de dados pessoais e a circulação dos mesmos, de modo que necessitou de dois anos de *vacatio legis* para viabilizar a adaptação das empresas atuantes em território europeu, bem como das legislações ordinárias dos países.

Ainda assim, busca pacificar o conturbado cenário jurídico internacional aplicando uma legislação geral para diversos países signatários fornecendo segurança jurídica para

²⁴ PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A. *Op. cit.*, P. 33.

²⁵ *Ibidem*. P. 36.

²⁶ “Regulamento Geral de Proteção de Dados”. (Tradução livre).

as transações entre os mesmos, desta maneira inaugura um modelo que possivelmente irá se expandir para todos os países em virtude da insegurança jurídica atual ocasionada pela inexistência de relevantes legislações aplicáveis ao âmbito virtual internacional.

A referida legislação fornece uma série de conceitos relacionados aos termos virtuais buscando eficiência na aplicação da norma, deste modo, define os dados pessoais de forma ampla sendo estes qualquer informação relativa a uma pessoa identificada ou identificável, vide artigo 4 da GDPR, os quais poderão ser exportados quando desejado pelo usuário em formato compatível com outras plataformas conforme disposto no artigo 20 da GDPR, portanto concede ao consumidor a propriedade de tais dados, algo que ainda era controverso conforme abordado por Parchen e Freitas.²⁷

O polêmico tema do consentimento do consumidor para captação de seus dados pessoais é abordado pela nova legislação de forma específica incumbindo a empresa o dever de realizar a solicitação de maneira visivelmente distinta de outros assuntos com o emprego de linguagem simples e com indicação da finalidade de utilização dos dados, sendo possível a retirada do consentimento por parte do usuário a qualquer tempo com a mesma facilidade, no mesmo sentido restringe o consentimento realizado por adolescentes menores de dezesseis anos de idade, consoante com os artigos 7 e 8 da GDPR.

Tratando-se do recolhimento de dados após o referido consentimento, dispõem o artigo 36 que a empresa deverá consultar previamente a autoridade de supervisão nos casos que houver alguma possibilidade de risco aos usuários, que por sua vez, terão direito a diversas informações sobre quem efetuou o tratamento dos dados, quais dados foram obtidos e a finalidade da ação, possibilitando ao indivíduo a solicitação de retificação das informações errôneas ou de exclusão de dados pessoais, igualmente terá o direito de requisitar o acesso a todos os dados pessoais preservados por determinada empresa, segundo os artigos 12 ao 17 da GDPR.

Considerando a imensa quantidade de dados gerados diariamente pelos meios digitais a tarefa de fiscaliza-los para garantir a segurança torna-se árdua, frente a isso a referida legislação incumbiu as empresas o dever de nomear um responsável tecnicamente qualificado para exercer a supervisão interna e cada país membro terá que formar ao menos um órgão independente responsável pelo controle de aplicação das normas previstas, os quais devem agir de modo cooperativo no exercício de suas respectivas funções.

A legislação adotou diversas previsões encarregando as empresas a função de agir para melhor eficácia da norma, como por exemplo, dever de elaborar medidas técnicas e organizadoras direcionadas a garantir considerável nível de segurança perante aos riscos atualizando-as sempre que necessário, de mesmo modo as próprias empresas deverão

²⁷ PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A. *Op. cit.*, P 25 e ss.

comunicar a autoridade de fiscalização na ocorrência de violação aos dados pessoais no prazo de 72 horas, descrevendo o ocorrido e as medidas propostas para reparar os danos.

Para intimidar as empresas a cooperar para o cumprimento da legislação e a mesma alcance os objetivos almejados, bem como reconhecendo o poder econômico das empresas no cenário internacional a legislação prevê multas de até vinte milhões de euros ou quatro por cento do montante referente ao negócio anual no cenário mundial, optando pelo mais elevado.

O regulamento busca harmonizar todas as possíveis restrições fundadas na proteção dos dados pessoais com o direito fundamental a liberdade de expressão em todas as modalidades, de forma que não poderá ser suprimido por intermédio da aplicação deste regulamento.

Perante a breve análise exposta identifica-se o grande avanço consolidado no regulamento europeu buscando assegurar a segurança dos usuários no âmbito virtual frente a todos os mecanismos ameaçadores aos direitos de privacidade do cidadão, deste modo garantindo os direitos fundamentais. Ainda assim, reconhece a preeminência das grandes corporações do ramo da tecnologia submetendo-as a penalidades proporcionais e incumbindo as mesmas a cooperar na fiscalização de possíveis abusos no uso dos serviços oferecidos.

Por fim, o modelo do documento englobando diversos países, apresenta-se como um parâmetro a ser empregado em outros blocos econômicos ou até mesmo no mundo, haja vista que as relações virtuais facilitam as transações internacionais e a inexistência de normas que incidam em diversos territórios impactam na segurança jurídica favorecendo as ilegalidades.

5. COMO COMBATER AS NOTÍCIAS FALSAS SEM MITIGAR A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os mecanismos tecnológicos de comunicação transformaram-se em um poder incontrolável na democracia e potencialmente danoso a diversos princípios fundamentais, resultando na imprescindibilidade de legislações que exerçam efetivo controle sobre as ações e omissões ilícitas ocorridas neste âmbito, sem o objetivo de mitigar tais direitos atrelados a estes mecanismos, entretanto é razoável atribuir uma cláusula de proibição ao abuso desses direitos que poderá afetar os demais.²⁸

Conforme demonstrado previamente, a liberdade de expressão é essencial para a existência do Estado democrático e tais legislações reguladoras dos meios virtuais devem

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, P. 462.

dispor de elevada cautela para que suas disposições não aniquilem este direito fundamental caracterizando-se em censura, mas tão somente disponham de mecanismos efetivos para responsabilização e reparação posterior.

De acordo com Toller, inspirado na jurisprudência norte americana, a responsabilização posterior esfria a expressão, já a restrição prévia as congela,²⁹ portanto a intimidação exercida pela responsabilização impõem ao indivíduo cautela ao se expressar, em compensação a restrição impede qualquer expressão mesmo quando legítima, mitigando o direito fundamental e conseqüentemente a democracia.

Diante disso, buscará expor algumas alternativas, sem pretensão de esgotar a matéria, com finalidade de inibir os acontecimentos supracitados ou facilitar sua reparação, sem impor restrições prévias a liberdade de expressão.

Primeiramente a viabilização efetiva do direito de resposta, esculpido no inciso V do artigo 5º do texto constitucional para os casos de disseminação de notícias inverídicas nos meios virtuais, de modo que não necessite de procedimentos burocráticos e vagarosos, mas oportunizando o exercício de tal direito de forma gratuita na mesma proporção da ação ilícita, para todos os usuários que foram atingidos pela informação enganosa, ou ao menos a divulgação de que a referida notícia não corresponde com a realidade, no momento em que identificar a ausência de autenticidade da notícia, atendendo a instantaneidade demandante do processo eleitoral.

Consequente a previsão da responsabilidade objetiva das empresas pelos danos decorrentes do vazamento de dados pessoais ou pela propagação de notícias falsas, tendo em vista que o risco de tais danos estão atrelados a atividade normalmente desenvolvida pela empresa, por meio da qual auferem lucro, pois na maioria dos casos o provedor do serviço se abstém de toda e qualquer responsabilidade por meio de termos e condições formulados de forma complexa e extensa dificultando o entendimento do usuário.

No que concerne ao consentimento para captura de dados pessoais, atualmente obtido por meio dos referidos contratos de adesão, deverá alterar o mecanismo para que seja realizado em etapa exclusiva com indicação da finalidade para qual os dados serão utilizados, possibilitando o usuário a utilização do serviço caso discorde da disponibilização de seus dados pessoais. Ainda assim, as empresas deverão disponibilizar breves vídeos explicativos com linguagem simples para facilitar o pleno entendimento de todos os usuários em vez de longos e maçantes textos com linguagem rebuscada.

Com o propósito de evitar que tais dados sejam utilizados para fins ilícitos afetando negativamente o processo eleitoral e conseqüentemente a democracia, tem-se a necessidade de vedar a comercialização dos mesmos para empresas publicitárias atuantes nas

²⁹ TOLLER, Fernando M.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Op. cit.*, P. 53.

propagandas políticas para resguardar a equidade de participação e representação política e consequentemente a legitimidade do sistema democrático.

Por fim, considerando o caótico cenário internacional pela inexistência e mudança de legislação para cada país, faz-se indispensável a criação de um documento internacional no qual conste regulações essenciais e gerais em relação aos meios cibernéticos incumbindo aos países a elaboração de legislações correspondentes, garantindo a preservação dos direitos fundamentais, bem como a segurança jurídica para realização de transações digitais internacionais, haja vista que a internet é global e inúmeras de suas atividades envolvem diversos países na execução de um único serviço.

Os países signatários do documento fortalecerão as relações entre os mesmos surgindo uma preferência natural de relacionamento com os países constantes no grupo em comparação aos que declinarem, desta maneira constringendo todos os países a tornarem-se signatários e em contrapartida emitindo um alerta a todos de que os não signatários não submeteram-se as condições mínimas para garantir a segurança jurídica e proteção dos usuários impactando diretamente nos aspectos financeiros oriundos das transações virtuais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado constata-se a importância da liberdade de expressão para manutenção da democracia e como sua restrição poderá ser extremamente danosa aos demais direitos fundamentais e a pluralidade de idéias, em contrapartida, na mesma proporção serão os danos causados pelas usurpações deste direito sem previsões de responsabilização ulterior.

Ainda assim, tem-se a esfera com maior relevância no processo eleitoral por meio da qual o candidato poderá efetivar o precioso contato com a sociedade e de mesmo modo a sociedade terá acesso a diferentes opiniões sobre os temas de seu interesse procedendo a escolha de seu representante de forma livre.

Neste processo há a extrema necessidade da incidência do princípio da igualdade entre os candidatos de modo que todos tenham os mesmos meios e oportunidades para realizar a campanha política, entretanto a utilização de mecanismos tecnológicos em conjunto com antigas estratégias políticas de desmoralização e dominação dos debates públicos representam uma ameaça a este princípio e consequentemente a democracia.

Dentre estes recursos tecnológicos, está alocado o fenômeno da desinformação, ocasionado de forma primordial pela propagação de notícias falsas, que busca desmoraliz-

zar o candidato frente ao eleitorado, por meio da manipulação do pensamento das pessoas através de notícias que sejam compatíveis com suas próprias convicções, de maneira que não busquem analisar a correspondência com a realidade e veracidade.

Para que torne-se possível a ocorrência deste fenômeno de forma significativa é necessário uma série de outros recursos digitais para instrumentalizar a disseminação de informações inverídicas, sendo de maior importância o acesso aos dados pessoais fornecidos aos serviços online, os quais são organizados e comercializados como banco de informações para que as publicidades sejam direcionadas de forma estritamente personalizada a determinados grupos.

Os graves danos resultantes deste fenômeno transcendem os direitos pessoais do sujeito ofendido, tendo em vista que atingem diretamente a democracia por meio da manipulação do processo eleitoral, resultando na impossibilidade de reparação dos danos ocasionados a este prestigiado processo e gerando um âmbito auspicioso para instauração de movimentos objetivando subverter a ordem democrática por não vislumbrar legitimidade neste modelo.

Neste cenário buscou-se analisar o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia como parâmetro a ser empregado para garantir os direitos fundamentais dos usuários de serviços cibernéticos, bem como a segurança jurídica para as transações feitas neste meio, incumbindo as empresas e órgãos estatais a função fiscalizadora de forma cooperativa para impossibilitar a ocorrência de atividades ilícitas, e ainda assim, reconhecendo a relevância econômica das empresas atuantes neste mercado prevendo multas proporcionais.

Consequente prosseguiu-se com análise de alternativas viáveis a inibir tais interferências no processo eleitoral, as quais afrontam o princípio da equidade de participação política e a própria legitimidade democrática, de modo que não mitiguem a liberdade de expressão, mas tão somente estabeleça a preservação dos demais direitos fundamentais, bem como a responsabilização e reparação dos danos posterior nos casos de abusos.

Embora haja demasiada pressão das grandes corporações para que o Estado não intervenha em seus negócios demasiadamente rentáveis e a necessidade do processo tecnológico para proporcionar imensas vantagens a sociedade, não é plausível permitir que tais argumentos justifiquem a relativização dos direitos fundamentais dos cidadãos pelas necessidades de mercado, tornando-se indispensável a regulamentação estatal para resguardar os direitos dos indivíduos e em última análise a própria democracia.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**. 2. ed. reescrita. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-5/85 de 13.11.1985**: O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas.

EFING, Antônio Carlos; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. Sociedade de Informação: direito à inclusão digital. **Revista de Direito Empresarial**, Curitiba, n.12, p.87-103, Jul. 2009.

LU, Qi. **Remarks by Qi Lu, Executive Vice President, Applications and Services Group, at Build 2016 in San Francisco on March 31, 2016**. Disponível em: <<https://news.microsoft.com/speeches/qi-lu-build-2016/>>. Acesso em: 15 mai. 2018.

PAMPLONA, Danielle Anne. Discurso de ódio: a extensão de proteção à liberdade de expressão em sistemas de defesa de Direitos Humanos e no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, v.19, n.117(2017), p.190-216. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1299>>. Acesso em: 7 mai. 2018.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia O. A. Crise da Informação: A Quem Pertence?. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**. Brasília. v. 2, n.1, p. 22-38, Jan/Jun., 2016.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à Liberdade de Expressão. **Revista Brasileira de Ciências Crimiais**, São Paulo, v.17, n.81, p.61-91, Nov. 2009.

RODRIGUES JUNIOR, Álvaro. **Liberdade de Expressão e Liberdade de Informação**: limites e formas de controle. Curitiba: Juruá, 2008.

RUEDIGER, Marco Aurélio. **Robôs, Redes Sociais e Política no Brasil**: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018. Rio de Janeiro: FGV, Diretoria de Análise de Políticas Públicas, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TOLLER, Fernando M.; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O Formalismo na Liberdade de Expressão**: discussão da diferenciação entre restrições prévias e responsabilidades ulteriores. São Paulo: Saraiva, 2010.

WARDLE, Clarie; DERAKHSHAN, Hossein. **Information Disorder**: toward an interdisciplinary framework for research and policymaking. Council of Europe, 2017. Disponível em: <<https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c>>. Acesso em: 10 mai. 2018.

GOVERNANÇA GLOBAL E AUTORIDADE LÍQUIDA: OS “NOVOS” CAMPOS DO DIREITO E A MANUTENÇÃO DA DESIGUALDADE ENTRE OS ESTADOS

JOÃO PEDRO RUPPERT KRUBNIKI*

SUMÁRIO:

1. Introdução.
2. A nova governança global.
3. Repensando a autoridade pública: a ascensão da autoridade líquida.
4. Manifestações jurídicas da nova governança global.
5. Reprodução de uma lógica não-igualitária: o que não há de novo no direito contemporâneo.
6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa o fenômeno da ascensão de uma governança global, a qual em grande parte é explicada pela perda do referencial territorial da política e pela transferência de parcela do poder do Estado Moderno para a sociedade internacional. O artigo também analisa a formação de uma “autoridade líquida”, uma espécie de autoridade que não se exerce mais em um único *locus* (como nos governos centralizados), mas em múltiplas instituições, nem sempre de maneira formalizada, e através de atores muitas vezes incertos.

A ascensão da autoridade líquida se apresenta como um desafio para o Direito Público contemporâneo na medida em que contraria a sua tradicional estrutura formal, acrescenta novos atores na produção da normatividade, assim como relativiza a distinção entre normas formalmente obrigatórias e normas não obrigatórias. Com isso, e observando-se a relativização da soberania estatal e do aumento de conflitos jurídicos internacionais, nota-se que novos campos do Direito têm emergido não a partir da lógica estatal (a

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. E-mail: jprkrubniki@gmail.com

lógica que compreende autoridade como poder centralizado), mas a partir da lógica que rege a governança global (a lógica de uma autoridade líquida). São então analisados dois novos campos do Direito, oriundos dessa lógica: o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global.

Apresenta-se a hipótese que esses novos campos do direito são construídos a partir não de uma lógica igualitária, mas de reprodução de um discurso hegemônico, de modo que a democracia e as identidades nacionais são postas em xeque. E é esse um dos grandes desafios para o Direito Público do século XXI: fazer com que países emergentes participem ativamente na elaboração das normas da governança global, ao mesmo tempo em que consigam manter suas identidades nacionais.

O artigo realiza uma revisão de literatura a respeito do tema, sendo estruturado em quatro tópicos. O primeiro tópico busca demonstrar a caracterização de uma governança global como um aparato institucional composto por um híbrido de forças públicas e privadas que atuam no âmbito nacional e internacional. Também busca se demonstrar, de um modo geral, como a ideia de governança produz uma grande influência de instituições internacionais sobre os Estados, gerando desafios ao direito e à democracia.

No segundo tópico passa a se tratar especificamente do conceito de autoridade líquida, um conceito que não se adequa aos tipos de autoridades previstos por Weber, e que apresenta desafios ao Direito Público, uma vez que este deve levar em conta a dinamicidade do exercício de uma autoridade que não se encontra concentrada em atores públicos, mas também em atores privados.

No terceiro tópico, são analisados os desafios gerados ao direito pela nova governança global. Fala-se da relativização da soberania territorial, bem como imposição de um modelo de desenvolvimento como faces do processo de construção da ideia de governança. Ademais, fala-se de manifestações jurídicas que começam a surgir recentemente, ambas situadas fora das fronteiras estatais: o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global.

Por fim, no quarto tópico, analisam-se as semelhanças entre a lógica que regeu as reformas promovidas nas Administrações Públicas nacionais e a construção dos novos campos do direito, identificando-se como ponto comum a utilização de uma lógica não igualitária entre os Estados na formulação do direito.

2. A NOVA GOVERNANÇA GLOBAL

A influência da sociedade internacional sobre as ordens jurídicas internas não é um processo novo, sendo que suas origens remontam aos Tratados de Westphalia. Não obstante, a partir da Década de 1970, com a acentuação do processo de globalização, essa influência assume um caráter qualitativamente diferenciado, como exemplifica a imposição de um modelo de desenvolvimento pelo Consenso de Washington¹. Nesse recente processo, a política perde o seu referencial territorial e grande parte do poder se concentra nas mãos das transnacionais, ocasionando uma apatia política e exclusão social dos cidadãos, mitigando a capacidade de atuação dos direitos políticos².

Partimos aqui do pressuposto que, com o processo de globalização, certos dogmas neoliberais foram instituídos em âmbito internacional, transformados em condição para o desenvolvimento e, assim, formaram um “sistema disciplinar mundial”³. Nesse sentido, se sustenta que grandes instituições internacionais criadas após a Segunda Guerra Mundial (como FMI, Banco Mundial ou Gatt) constituíram atores de imposição da nova norma neoliberal, substituindo potências nacionais (notadamente, à época, Estados Unidos e a Grã-Bretanha)⁴.

É inegável que o sistema internacional construído após o final da Guerra Fria promoveu diversos e valiosos progressos. Pôs-se um fim à bipolaridade ideológica do sistema internacional, acordos multilaterais foram firmados e pautas como a proteção dos direitos humanos e proteção do meio ambiente adquiriram alcance global. Chegou a se falar do “fim da história”, uma metáfora para a aparente universalização do modelo liberal e hegemônico vencedor do confronto.

Mas, apesar de os pensadores dos ideais neoliberais que inspiraram as reformas promovidas nessa época tenham afirmado o apego ao princípio clássico do *laissez-faire*, não se pode concluir que se tratou de um simples retorno ao liberalismo dogmático. O mercado não passou a atuar anarquicamente, mas através de mecanismos institucionais. Assim, apesar de por vezes negar a intervenção estatal e defender a redução das funções estatais, a teoria neoliberal manteve um vínculo com as instituições, tendo em vista que “a limitação do poder governamental encontra seu fundamento não nos ‘direitos naturais’

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización del derecho**: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 80-81.

² LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, p. 308.

³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Traduzido por Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 201.

⁴ *Ibid.*, 283.

nem na prosperidade gerada pela livre iniciativa privada, mas nas próprias condições de funcionamento da máquina econômica”⁵.

Em razão da adoção desses ideais, o Estado passou a importar preceitos da iniciativa privada, especialmente os que dizem respeito ao princípio da concorrência, promovendo uma “mercadorização da instituição pública”⁶. Com essas mudanças, entra voga o termo governança, sendo que, sob a influência de diversas instituições, como FMI e Banco Mundial, se espalha a ideia de que a “boa governança” é a governança aberta a fluxos comerciais e financeiros, tornando a noção de soberania desvalorizada.

Relativamente aos problemas gerados à Administração Pública, uma perspectiva crítica passa a sustentar que, assim como os gerentes das empresas, agora os dirigentes dos Estado também passam a ser alçados a esses cargos para manter o controle financeiro das instituições públicas, em consonância com as exigências do poder internacional. Os Estados são, então, postos sob controle de instâncias supragovernamentais e privadas, as quais determinam os objetivos e os meios da política que deve ser conduzida⁷.

Para Luis F. Villanueva Aguilar, a maior parte dos governos tem sido suficientemente inteligente para selecionar os conceitos e os métodos gerenciais do setor privado ao emprega-los no tratamento de problemas públicos. Porém, não faltam governos precipitados que imitam acriticamente os modos gerenciais do setor privado e até os consideram uma panaceia. Nesses casos, corre-se o perigo de que valiosas reformas administrativas, devido a seu débil fundamento institucional, terminem por ser passageiras ou contraproducentes, desacreditando a Nova Gestão Pública, que se mostrou a alternativa às práticas administrativas de governos inertes e que menosprezam a qualidade e eficácia dos serviços⁸.

Relativamente às conquistas democráticas, o novo cenário global põe conceitos-chave (como representação e consenso) em xeque. Uma vez que a governança transcende o território do Estado-nação e as comunidades nacionais não são mais a única fonte de decisões políticas, as formas tradicionais da democracia desafiam esse modelo de regime político⁹. Comunidade Europeia, ONU, OTAN, FMI e Banco Mundial são apenas alguns dos mais notórios exemplos de como os territórios nacionais possuem seu espectro decisório reduzido, ao passo que entes supranacionais aumentam seus alcances¹⁰.

⁵ Ibid., p. 142.

⁶ Ibid., 275.

⁷ Ibid., 276-277.

⁸ AGUILAR, Luis F. Villanueva. **Gobernanza y gestión pública**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 236.

⁹ HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997, p. 38.

¹⁰ Ibid., p. 39.

Se no Estado-nação, a noção de cidadania se encontra ligada a um pertencimento a uma comunidade política, conferindo legitimidade à atuação estatal, a existência de uma governança global sem um *governo* global impõe uma reformulação de conceitos, tanto do direito, quanto da teoria democrática e das relações internacionais¹¹.

A esse respeito, David Held¹² cita vários fatores ou dilemas que contribuem para a redefinição da natureza e do alcance da autoridade soberana dos Estados-nação: A redefinição do Direito Internacional, que não mais se restringe a relações interestatais, mas trata de temas multilaterais, como direitos humanos; A internacionalização do processo de elaboração de decisões políticas (em organismos como a OIT, OMC, União Europeia etc.); A existência de poderes hegemônicos e estruturas de manutenção internacional (como a ONU e a OTAN); A perda da identidade nacional em razão da globalização da cultura e, por fim; O alcance da economia mundial, que contrasta com a limitação territorial do Estado-nação.

Todas as disfunções expostas acerca da nova razão do mundo – uma razão neoliberal concorrencial, que age no interior do Estado, e promove o deslocamento de poder ao espaço transnacional – afetam o funcionamento da Administração Pública, do campo do trabalho, da democracia, e ainda outros.

Nesse cenário, o que ocorre não é o fim dos Estados-nação, mas uma relativização de seu papel como entidade integradora de todas as dimensões da vida coletiva, de modo que grande parte das funções estatais é delegada a empresas privadas. Empresas como Apple, Facebook, Google, bancos e instituições financeiras exemplificam como as empresas assumem a tarefa de garantir o desenvolvimento socioeconômico do país e promover a “cultura de massa”¹³.

Forma-se, assim, uma governança sem governo, um híbrido de forças públicas e privadas que atuam conjuntamente em prol de seus interesses. O Estado deixa de ser produtor de serviços e passa a ser estrategista, devendo coordenar as múltiplas ações econômicas que o circundam¹⁴. Mas o deslocamento do poder estatal para o “espaço de fluxos” (na expressão de Bauman) gera diversos problemas para o direito e para a democracia.

A Crise de 2008 demonstra os perigos inerentes a essa mentalidade de uma governança híbrida pública-privada. As ações das empresas privadas e eventual quebra das mesmas (prováveis de acontecer na atuação especulativa pelo lucro) afetam a vida também da população. Nesse caso, “o que está em questão, portanto, é a capacidade dos atores privados de autodisciplinar-se, considerando-se os interesses não apenas do seu

¹¹ Ibid., p. 46.

¹² Ibid., p. 131-160.

¹³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. op. cit., p. 286.

¹⁴ Ibid., 278.

estabelecimento, mas também do próprio sistema”¹⁵. A nova razão do mundo distorce a antiga divisão entre interesses particulares e o interesse geral, bem como o conceito de autoridade, como passamos a analisar.

3. REPENSANDO A AUTORIDADE PÚBLICA: A ASCENSÃO DA AUTORIDADE LÍQUIDA

Para Max Weber¹⁶, um dos grandes pensadores das ciências sociais do século XX, podem ser identificados três tipos de autoridade: a carismática, a tradicional e a racional-legal. A autoridade carismática diz respeito à manutenção de uma ordem política a partir da personalidade de um líder. Esses líderes frequentemente são vistos como possuidores de características supernaturais ou qualidades desejáveis, e a confiança neles depositada pelo povo permite o exercício de uma certa autoridade. Já a autoridade tradicional faz referência a costumes, tradições e convenções sociais. Nesse caso, a santidade das tradições imemoriais de um povo legitima uma certa autoridade a ser exercida sobre eles. Por fim, a autoridade racional-legal se assenta na crença da legalidade a respeito das normas produzidas em uma determinada sociedade. A legitimidade da autoridade exercida nesse caso é mantida por referência a um código jurídico.

Para Weber, o exemplo de um tipo ideal de autoridade racional-legal seria a burocracia, cuja influência é claramente notada na formação dos Estados Modernos. Mas o modo como atualmente se exerce o poder em âmbito transnacional levanta a hipótese de se falar de um novo tipo de autoridade, além daquelas espécies descritas por Weber: fala-se agora em uma autoridade líquida.

Autores como Nico Krisch, Julia Black, Michael Zürn e Ole Jacob Sending, apesar de algumas divergências entre seus pensamentos, tratam da emergência da autoridade líquida, especialmente no cenário transnacional. Essa espécie de autoridade é caracterizada por um maior nível de dinamismo e frequentemente guiada através da informalidade e multiplicidade institucional.

Ao passo que o Estado Moderno foi pensado em termos de instituições com autoridade para exercer um poder decisório (lembre-se do monopólio da violência legítima, em Weber), a emergência da ideia de uma governança global relativiza essa ideia. A autoridade não

¹⁵ Ibid., 281.

¹⁶ WEBER, Max. **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**. 2 Vols. Berkeley, CA: University of California Press, 1978, p. 215.

se exerce mais em um único *locus*, mas em múltiplas instituições, nem sempre formalizada, através de atores muitas vezes incertos, razão pela qual se fala em uma autoridade *líquida*.

Nesse sentido, Nico Krisch sustenta que a ideia de autoridade tem passado da ideia de “comando” para uma ideia de “deferência”. Ao passo que a autoridade tradicional, exercida no Estado Moderno, através de seus governos centrais, se concretizava por meio de poderes formais e vinculantes aos cidadãos (*comando*), a governança global contemporânea ainda cria obrigações, mas através de um *soft power*, bem como através de múltiplas instituições não centralizadas, mais dinâmica, e cujo cumprimento se dá através da *deferência* em relação a essas instituições¹⁷.

Uma vez que esse *soft power* atua não somente no Direito Internacional, como lecionava a tradicional doutrina da disciplina, a distinção entre a anarquia internacional e a autoridade doméstica, construída a partir da concepção de autoridade como comando vinculado a um governo central, acaba por perder sentido, de modo que os campos nacionais e internacionais não podem mais ser analisados isoladamente¹⁸.

Para Krisch, tudo isso aponta para o fato de que a autoridade se tornou líquida em razão de que não se encontra mais vinculada a ideia de comando e obrigações formais, mas está dispersa entre diversos atores, diversos níveis, sem uma forma precisa, e em constante fluxo¹⁹.

Mais claramente presente no contexto internacional e pré-moderno (como na sociedade medieval), a autoridade líquida não se limita a esses contextos, mas é cada vez mais exercida também dentro do próprio Estado, através das negociações e da complexidade na formulação de políticas realizadas por este²⁰. Nesse sentido, alguns autores têm demonstrado que a distinção entre governo e governança reside no fato de que não apenas autoridades públicas (o governo central), mas também diversos atores sociais (grupos de advocacia, organizações a representação de interesses, partidos, igrejas etc.) exercem influência de modo a co-determinar as escolhas públicas. Na ciência política, se fala então que a decisão não é nada mais do que um momento (uma fase) do processo político e administrativo, inserido dentro de um escoamento (ciclo) de atividade, ou de inatividade, que envolve diversos atores, e não apenas o Estado²¹.

¹⁷ KRISCH, Nico. Liquid authority in global governance. *International Theory*, 9(2), 2017, p. 243. doi:10.1017/S1752971916000269.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Idem.

²⁰ Ibid., p. 8.

²¹ FURCO, Libório. *L'implementazione delle politiche pubbliche in un sistema di governo multilivello*. Università degli Studi di Palermo. Available at: <<https://www.unipa.it/persone/docenti/c/salvatore.costantino/content/documenti/--LIMPLEMENTAZIONE-DELLE-POLITICHE-PUBBLICHE.pdf>>

Krisch²² chega a defender que o Estado Moderno nunca produziu uma autoridade inteiramente do tipo “sólido”. Para o autor, mesmo que tenham havido períodos de consolidação institucional, nos quais as regras eram formalmente obrigatórias e emanadas de um órgão central, o Estado sempre conviveu com elementos de competição institucional, bem como com mudanças e desafios da sociedade civil, tornando a autoridade mais ou menos líquida ou sólida, conforme o caso. O autor também sustenta que, por mais que a autoridade líquida seja mais flexível que a autoridade central/governamental, não significa que ela é mais fraca. É o caso das agências de classificação de riscos de crédito (como a Moody’s e S&P), as quais mesmo pertencendo ao setor privado (não-governamental), influenciam de modo determinante investimentos financeiros e concessão de créditos para governos²³.

Analisando a anatomia da autoridade líquida em regimes transnacionais, a partir de um enfoque do exercício da regulação transnacional, Julia Black sustenta que os atores produtores da *soft law* conseguem manter um controle interpretativo das normas por eles produzidas, de modo que a noção de autoridade líquida produz, endogenamente, sua própria legitimidade, fazendo com que os próprios atores envolvidos exerçam um papel na construção de sua legitimidade²⁴.

Para o Direito, que tradicionalmente requer um alto nível de formalidade para se concretizar (sendo essa formalidade em grande parte o que o distingue de outras normas, como as morais), a autoridade líquida se apresenta como um desafio na medida em que contraria a sua estrutura formal, acrescenta novos atores na produção da normatividade, assim como relativiza a distinção entre normas formalmente obrigatórias e normas não vinculantes²⁵. Especialmente para o Direito Público (e aqui nos referimos conjuntamente ao Direito Administrativo, Constitucional, Internacional, entre outros), os desafios apresentados pela autoridade líquida são ainda maiores. É necessário pensar um Direito Público que leve em conta a dinamicidade do exercício de uma autoridade que não se encontra concentrada em atores públicos, mas também em atores privados. Com isso em mente, o próximo item passa a examinar algumas manifestações pioneiras do Direito Público no cenário jurídico da governança global.

²² KRISCH, Nico, op. cit., p. 8.

²³ Ibid., p. 9.

²⁴ BLACK, Julia. ‘Says who?’ liquid authority and interpretive control in transnational regulatory regimes. *International Theory*, 9 (2). ISSN 1752-9719, 2017, p. 288.

²⁵ KRISCH, Nico. op. cit., p. 13.

4. MANIFESTAÇÕES JURÍDICAS DA NOVA GOVERNANÇA GLOBAL

Em uma breve análise da história recente do Estado Moderno, nota-se que após as grandes crises do século XX (especialmente a Crise de 1929 e as duas Guerras Mundiais), a esperança de reconstrução do mundo ocidental foi depositada no Estado Social. Em especial, nota-se que após a quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1936 John Maynard Keynes publica sua obra *Teoria Geral do Emprego, Juros e Moeda*, propondo a intervenção do Estado na economia de mercado para solucionar o problema da crise econômica, defendendo a intervenção no processo produtivo por meio de investimentos públicos, cujo objetivo era atingir o pleno emprego, contrapondo-se à tradição liberal.

Ademais, e não obstante alguns países terem buscado a concretização desse modelo de Estado apenas tardiamente (como é o caso do Brasil), é possível notar no período pós-guerras uma intensificação e difusão da noção de que o Estado, por razões políticas e econômicas, deve atuar para garantir direitos sociais, como educação, saúde, previdência e trabalho. Nesse período, o *locus* de conquista e concretização de direitos fundamentais era o Estado. Como regra, no interior do Estado se processavam as demandas sociais, e o próprio Estado fornecia as condições para que esses direitos fossem concretizados.

Entretanto, a partir da Década de 1970 e 80, com o crescimento do desemprego e da inflação, os Estados se veem incapacitados de cumprir suas promessas e recorrem a ideais neoliberais para guiar sua atuação. Nesse período, a atuação estatal passa a ser vista como um obstáculo ao crescimento econômico, e as promessas sociais são abandonadas. O Estado, assim, “foi rebaixado da posição de motor mais poderoso do bem-estar universal àquela de obstáculo mais odioso, perverso e prejudicial”²⁶.

Com a ascensão de uma política classificada ao mesmo tempo como conservadora e neoliberal, os governos da época, capitaneados Thatcher e Reagan, passam a questionar a regulação macroeconômica keynesiana, gerando uma onda de privatização de empresas estatais e desregulamentações da economia. Com isso, as medidas neoliberais se tornam um “sistema disciplinar mundial”²⁷, de modo que seus dogmas (notadamente a concorrência e a propriedade privada) foram instituídos em âmbito internacional e se tornam condição para o desenvolvimento.

Esse enfraquecimento do Estado promovido no imaginário coletivo o tornou incapaz de promover a supervisão e o controle efetivo dos mercados, além de sua regulação e administração. A partir desse período, questões como as finanças internacionais, mercados de trabalho, capitais de investimento e circulação de mercadorias se mostraram além

²⁶ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, p. 18.

²⁷ LIMA, Abili Lázaro Castro de. op. cit., p. 201.

da esfera de poder do Estado. Desse modo, parcela do seu poder é capturada por forças supra estatais²⁸.

Fundada na separação entre o poder e a política²⁹, a crise do Estado reduz o alcance de seu poder à gerência da administração de rotina, “incapaz de assumir e resolver os problemas que o *poder global* (sem representação política e, portanto, fundamentalmente não democrático) impõe com frequência crescente”³⁰. Os problemas relativos ao meio ambiente e às migrações de refugiados são exemplificativos da insuficiência do poder estatal para resolvê-los.

Num cenário em que os efeitos ambientais negativos são globais, a tradicional atuação estatal dentro de suas fronteiras territoriais não possui a mesma eficácia de outrora. A escala global dos problemas contemporâneos corrobora a veracidade dessa informação. O desmatamento da Amazônia Legal brasileira pode afetar a qualidade do ar em todos os países do mundo, mas o que os países afetados podem fazer caso isso ocorra, senão recorrer ao sistema internacional? Relativamente às migrações, tampouco podem os Estados ignorar a realidade além de suas fronteiras. Não obstante nenhum Estado tenha “criado” as migrações de refugiados, estes precisam lidar com esta situação, e somente podem fazê-lo numa perspectiva conjunta e global. Soluções que visam a uma atuação restrita ao espaço determinado pelas fronteiras territoriais não se mostram como viáveis. O Estado não pode mais voltar seus olhos unicamente a seu território, mas deve olhar para todo o cenário internacional, sabendo que uma crise do outro lado do globo pode promover uma migração em massa para seu território, mesmo que tente proibi-la.

Enquanto a política continua territorialmente fixada e restringida, grande parte do poder antes contido no interior das fronteiras do Estado-nação agora se encontra sob o controle do mercado internacional, em um “espaço de fluxos”, no qual não há autoridade política³¹. Para Zygmunt Bauman, “nossos problemas são produzidos globalmente, ao passo que os instrumentos da ação política legados pelos construtores do Estado-nação foram reduzidos à escala de serviços requeridos por Estados-nação *territoriais*”³², de modo que a atual conjuntura dos poderes estatais se mostra insuficiente ou inadequada para resolver desafios globais.

Nesse sentido, Bauman declara haver uma crise da soberania territorial. Ao passo que, em regra, os problemas são criados globalmente e os Estados atuam apenas como distritos de polícia locais, pouco estes podem fazer para impedi-los. A capacidade de atuar

²⁸ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo, op. cit., p. 21.

²⁹ Ibid., p. 22.

³⁰ Ibid., p. 23.

³¹ Ibid., p. 32.

³² Ibid., p. 33.

globalmente resta reservada apenas aos países mais ricos e desenvolvidos, e que aceitam os modelos econômicos neoliberais sem poder de questionamento, com vistas a manter seu *status quo*³³.

Nota-se, portanto, que além de alterações na estrutura estatal, a globalização e a crescente ideia de governança global também estão promovendo transformações na estrutura do Direito Público, não obstante essa transformação frequentemente passe despercebida por ocorrer debaixo da superfície mais visível da ordem legal internacional³⁴.

Desde 2004, com a publicação de *The emergence of global administrative law*, de Kingsbury, Krisch e Stewart, debate-se concretamente uma dessas alterações: o chamado Direito Administrativo Global. Este ramo do direito se constrói a partir da observação que grande parte da nova governança global pode ser entendida em termos de administração e regulação. A emergência desse campo acompanha uma mitigação da dicotomia entre o espaço interno e internacional, o exercício de funções administrativas em diferentes níveis e a alta efetividade da regulação, mesmo que não vinculante, ensejando novos debates sobre as possibilidades e limites da legitimidade e da *accountability* na ordem internacional³⁵.

Com a expansão da noção de governança global, muitas funções administrativas e regulatórias agora são exercidas em um contexto global, e não apenas nacional, através de uma diversidade de formas. Administração de refugiados internacionais, regulações transnacionais em assuntos ambientais, decisões e procedimentos do Conselho de Segurança da ONU, estabelecimento de padrões para o combate à lavagem internacional de dinheiro, elaboração de regras pelo Banco Mundial para a concessão de empréstimos a países em desenvolvimento, regras para resolução de conflitos pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e até mesmo o estabelecimento de normas em áreas técnicas pela Organização Internacional para Padronização (ISO – *International Organization for Standardization*) são exemplos da ampla atuação desse novo campo, que não se restringe a entes públicos, mas compreende também entes privados e público-privados³⁶.

Apesar de, num primeiro momento, as questões que envolvem esse novo campo aparentaram não possuir relação entre si, Kingsbury, Krisch e Stewart buscam identificar princípios comuns ao Direito Administrativo Global. Os autores identificam os princípios da proporcionalidade (*principle of proportionality*) e da expectativa ou confiança legítima (*legitimate expectations*). A busca por princípios orientadores visa a implementação de padrões

³³ Ibid., p. 46.

³⁴ KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 1, 2006, p. 1.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibid., p., 3.

processuais ou procedimentais relacionados à participação processual, à transparência e ao acesso à informação, conferindo certa legitimidade ao novo direito transnacional.

Embora seja um fenômeno recente, pesquisas já tem demonstrado como os mecanismos do Direito Administrativo Global tem contribuído para a formulação de padrões mais eficazes para a regulação de bancos³⁷, para a formulação de padrões e certificação de florestas³⁸, e para resolver parcialmente questões de *accountability* democrática em países nos quais mecanismos eleitorais não estão disponíveis³⁹. Assim, o Direito Administrativo Global visa a garantir mecanismos contra abuso de poder, disciplinar as externalidades políticas, proteger cidadãos e empresas estrangeiras contra discriminação, entre outras atribuições⁴⁰. Seus mecanismos podem fazer frente aos temores de que a ordem internacional guiada pela iniciativa privada se torne despótica, ou seja, que seja guiada por valores não democráticos.

Portanto, diante da realidade da nova ordem global emergente após o início do processo de globalização; diante de uma governança sem governo, na qual residem perigos de uma atuação privada prevalecente sobre o poder estatal; e diante de uma realidade na qual o direito nacional e o direito internacional não são suficientes para regular as situações que lhe são requeridas, surge esse novo Direito Transnacional, o Direito Administrativo Global, que se mostra como um novo *locus* para a conquista de direitos, e que permite conferir certa legitimidade à nova ordem global.

Esse novo campo vem a concretizar ou, ao menos, tentar concretizar a instituição de mecanismos democráticos no funcionamento do mercado, já defendida no plano teórico.

Além do Direito Administrativo Global, atualmente indaga-se também a existência de um Constitucionalismo Global, que se mostra como uma agenda política e acadêmica que identifica e advoga a aplicação de princípios constitucionais à ordem legal internacional, com o objetivo de aperfeiçoar a efetividade e a justiça dessa ordem⁴¹. Portanto,

³⁷ BARR, Michael S.; MILLER, Geoffrey P. Global Administrative Law: The View from Basel. **European Journal of International Law**, n. 1, 2006, p. 15–46. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi167>.

³⁸ MEIDINGER, Errol. The Administrative Law of Global Public–Private Regulation: The Case of Forestry. **European Journal of International Environmental Law**, v. 17, 2006, p. 47–87. Available at: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi168>

³⁹ MACDONALD, Terry; MACDONALD, Kate. Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry. **The European Journal of International Law**, v. 17 n. 6, 2006, p. 89-119. Available at: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi160>.

⁴⁰ STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The World Trade Organization and the Global Administrative Law. **Institute for International Law and Justice**, IILJ Working Paper 2009/7, p. 25.

⁴¹ PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, 2009, p. 397.

a expressão se refere ao processo contínuo e não-linear de elementos constitucionais à ordem legal internacional⁴².

Em termos históricos, o principal argumento para o estabelecimento de uma ordem legal supranacional foi a prevenção da guerra⁴³. Atualmente, porém, diversos motivos levam a indagações sobre a instauração de uma ordem jurídica dessa natureza: pobreza, condições equânimes de desenvolvimento econômico, questões ambientais, participação política e manutenção da democracia, entre outros⁴⁴.

Alguns autores chegam a questionar se a Carta da ONU consistiria em uma Constituição Global⁴⁵, o que é objeto de discussões e controvérsias. Importa destacar, porém, que tomar o exemplo da Carta da ONU como uma possível Constituição Global indica uma característica que a distingue das Constituições nacionais: ela não objetiva fundar um Estado (no caso, um “Estado Global”), mas visa a introduzir elementos que permitam um desenvolvimento diferenciado do Direito Internacional tradicional.

A esse respeito, Anne Peters⁴⁶ identifica quatro elementos que tem contribuído para o processo de Constitucionalismo Global: 1. O afastamento do princípio da soberania como princípio máximo do Direito Internacional; 2. O consenso estatal tem sido substituído por decisões majoritárias, de modo a aumentar a efetividade da governança global; 3. Valores como a proteção dos direitos humanos, proteção do clima e livre comércio têm adquirido aceitação universal e; 4. O crescimento da legalização e judicialização de disputas em cortes internacionais.

As propostas para a formação de um ordenamento jurídico que controle a governança global possuem diversas variações, sendo possível citar a existência de propostas mais ambiciosas e fundamentalistas, que buscam construir uma estrutura racional capaz de dirigir o poder da governança global, e propostas que compreendem a versão fundamentalista irrealizável, propondo o desenvolvimento de regimes constitucionais particulares, para que consigam promover seus interesses conjuntamente⁴⁷.

Propostas de um governo global, e especialmente as fundamentalistas, convivem com o risco de formar um governo tirano global. Desse modo, a ideia de um constituciona-

⁴² Ibid., p. 398.

⁴³ JIBORN, Magnus. **Survey of Proposals and Ideas on Global Governance**: Overview of the Literature. Global Challenges Foundation, 2013. Available at: <http://globalchallenges.org/wp-content/uploads/pdf/Survey-of-proposals-and-Ideas-on-Global-governance>. Acesso em 15 set. 2017, p. 9.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ DOYLE, Michael. Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter. **European Journal of International Relations**, v. 18, n. 4, dec. 2012, p. 601–624. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1354066111415884>, p. 113.

⁴⁶ PETERS, Anne. op. cit., p. 398-399.

⁴⁷ STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. op. cit., p. 27.

lismo global majoritariamente se inspira na busca de mecanismos que possam ser usados para aperfeiçoar a legitimidade da ordem legal internacional e das instituições internacionais, sem que seja necessário criar um “Estado Global”. O grande desafio que permeia o constitucionalismo global é conseguir agir eficazmente na esfera transnacional pública e privada, por exemplo obrigando empresas transnacionais a respeitar os direitos humanos⁴⁸.

Não se mostra necessário um documento único que forme uma Constituição Global escrita. Deve-se buscar uma perspectiva condizente com o exercício de uma autoridade líquida – embora frequentemente se se pense que constitucionalismo e fragmentação do poder são fenômenos inconciliáveis⁴⁹. Diferentemente dos âmbitos locais e regionais, no âmbito global a autoridade não se exerce unicamente através da lei e da política, mas também através de uma autoridade epistêmica, o que requer maiores esforços para sua legitimação⁵⁰.

Portanto, em uma realidade na qual se observa o deslocamento de poder do Estado para a sociedade internacional, as esperanças depositadas no Estado para a conquista e concretização de direitos se veem confrontadas com grandes desafios. Com a relativização da soberania estatal e do aumento de conflitos jurídicos internacionais, os novos campos do Direito têm emergido não a partir da lógica estatal, mas a partir da lógica que rege a governança global.

E sabendo que novos campos de Direito emergem a partir da lógica da governança global, questionamos no tópico seguinte qual o grau de participação que países emergentes (em destaque o Brasil) possuem nesse processo. Questiona-se se tais países são capazes de atuar ativamente na construção do direito da nova governança global ou se suas fragilidades institucionais fazem com que apenas se submetam às imposições realizadas pela nova autoridade líquida.

⁴⁸ PETERS, Anne: Global Constitutionalism. In **The Encyclopedia of Political Thought**, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015, p. 1484.

⁴⁹ ZÜRN, Michael. From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach. **International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy**, v. 9, n. 2. Cambridge University Press, 2017, p. 276.

⁵⁰ *Ibid.*, 279.

5. REPRODUÇÃO DE UMA LÓGICA NÃO-IGUALITÁRIA: O QUE NÃO HÁ DE NOVO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Como já se referiu, a partir da Década de 1970 e 80, se acentuou a influência exercida pela sociedade internacional sobre os governos nacionais. Concretamente, isso se traduziu no fato de que governos de diversos países empreenderam esforços no sentido de realizar uma reforma administrativa pautada pela agilidade e modernização, bem como pela redução do tamanho do Estado. Trate-se das reformas motivadas, nos países europeus continentais e nos países da Commonwealth, especialmente a partir de Thatcher, e nos Estados Unidos, especialmente a partir de Reagan, para a manutenção do crescimento econômico de suas sociedades, ou das reformas dos países latino-americanos, motivadas pelas crises fiscais e pela (re)democratização, fato é que essas reformas colocaram em questão o papel dos governos no desenvolvimento econômico e social⁵¹.

Nesse contexto, alguns países, como o Reino Unido e a Nova Zelândia, foram pioneiros no assunto ao proceder à privatização de empresas públicas e instituir a terceirização no serviço público. Procedeu-se à busca do atendimento dos interesses dos cidadãos nos moldes de consumidores. Foram alterados incentivos dados aos administradores, expondo-os às forças do mercado⁵². Não ignoramos que as reformas iniciais se classificam em dois modelos (o de Westminster e o norte-americano), mas trataremos de seus pontos comuns sem dar enfoque a essa diferenciação.

Não obstante se possa sustentar que a ineficiência que ensejou as reformas administrativas tinha sua causa em formatos institucionais e/ou em realidades políticas questionáveis, razão pelo qual não deveria ser imputável apenas e nem principalmente ao modo burocrático de se organizar e operacionalizar, fato é que a Administração Pública foi a primeira instância do governo a ser reformada por ocasião da crise. Era fácil indicá-la como responsável direta dos erros decisórios e sociais do governo, dada a má reputação social que havia se instaurado por seus serviços defeituosos e trato descuidoso aos cidadãos, assim como pela pretensão de políticos de lavar suas mãos e responsabilizar a burocracia como fator de erros e incumprimentos⁵³.

Como já mencionado, Luis F. Villanueva Aguilar leciona que a maior parte dos governos tem sido suficientemente inteligente para selecionar os conceitos e os métodos gerenciais do setor privado ao emprega-los no tratamento de problemas públicos. Porém,

⁵¹ AGUILAR, Luis F. Villanueva. op. cit., p. 137.

⁵² KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 81-82.

⁵³ AGUILAR, Luis F. Villanueva, op. cit., p. 140-141.

não faltam governos precipitados que imitam acriticamente os modos gerenciais do setor privado e até os consideram uma panaceia. Nesses casos, corre-se o perigo de que valiosas reformas administrativas, devido a seu débil fundamento institucional, terminem por ser passageiras ou contraproducentes, desacreditando a Nova Gestão Pública, que se mostrou a alternativa às práticas administrativas de governos inertes e que menosprezam a qualidade e eficácia dos serviços⁵⁴.

Figurando entre os exemplos de Estados em que essas práticas se tornaram muitas vezes contraproducentes, uma importante lição pode ser extraída do caso brasileiro: a de que, apesar da inserção em um novo sistema globalizado, os Estados possuem costumes e culturas internas que nem sempre são facilmente adaptáveis. E isso deve ser levado em consideração ao se pensar os novos campos do direito contemporâneo.

Mesmo figurando como a 8ª maior economia do mundo e possuindo grande representatividade diplomática em todo o globo, o Brasil não figura como *leading actor* na elaboração de normas da governança global e no exercício da autoridade líquida global, mas, ao contrário, apenas se submete a elas com pouco poder de oposição. Assim como ocorreu durante as reformas das Administrações Públicas nacionais a partir da Década de 1970, atualmente os Estados mais dependentes do sistema internacional apresentam dificuldades tanto em participar na elaboração de normas da governança global (como no Direito Administrativo Global, por exemplo), quanto em se contrapor à autoridade líquida nesta exercida.

Qual a influência atualmente exercida pela cultura brasileira na formulação de padrões de desenvolvimento no âmbito da governança global? Ao buscar respostas a perguntas desta espécie logo se nota que o Brasil segue um modelo de desenvolvimento imposto pela governança global muito mais do que participa ativamente na elaboração desses modelos. Diversos exemplos contemporâneos podem corroborar essa hipótese. Basta citar o impacto que teve o rebaixamento da nota do Brasil pelas agências de classificação de risco na configuração da atual crise político-financeira brasileira, ou, no cenário externo, as imposições do FMI e do Banco Mundial para a Grécia, em sua recente crise financeira.

Ademais, recentemente, o Banco Mundial propôs a cobrança de mensalidades em universidades públicas brasileiras, sob o argumento de ser uma medida necessária para o balanço fiscal do país, mesmo que essa medida contrarie toda a tradição da gratuidade das universidades públicas brasileiras. Tendo em mente o conceito de autoridade líquida, este será um exemplo interessante, e cujos debates estão apenas começando a ocorrer, a respeito do poder do Brasil na padronização da governança global: o país manterá a sua tradição de gratuidade no ensino público ou seguirá a recomendação do Banco Mundial?

⁵⁴ Ibid., p. 236.

Se os novos campos do direito contemporâneo fazem com que a chamada autoridade líquida transnacional mantenha a democracia e as identidades nacionais em xeque, é possível visualizar a reprodução da mesma lógica hegemônica e não igualitária presente nas reformas jurídico-econômicas da Década de 1970: uma lógica que carrega, simultaneamente, a inclusão de temas em pautas multilaterais e a pequena possibilidade de Estados política e economicamente dependentes do sistema internacional se oporem ou realizarem proposições a tais pautas.

Com efeito, se grande parte do poder anteriormente exercido pelo Estado passa a ser controlado pela sociedade internacional, a qual, por seu turno, se apresenta como desigual, alguns poucos Estados acabam por deter uma posição privilegiada na elaboração do direito global, sem que os países mais vulneráveis possam se opor. Assim, o que *não* há de novo nas novas manifestações jurídicas contemporâneas é o fato de que reproduzem uma lógica que é mais hegemônica que pluralista na construção dos novos modelos de desenvolvimento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do presente artigo, analisou-se que a partir da Década de 1970, passou a ocorrer uma acentuação da influência exercida por entidades supranacionais sobre os governos nacionais, como exemplifica a imposição de um modelo de desenvolvimento pelo Consenso de Washington. Nesse recente processo, a política perde o seu referencial territorial e grande parte do poder se concentra nas mãos das transnacionais, ocasionando uma apatia política e exclusão social dos cidadãos, mitigando a capacidade de atuação dos direitos políticos. Nesse sentido, se sustenta que grandes instituições internacionais criadas após a Segunda Guerra Mundial (como FMI, Banco Mundial ou Gatt) constituíram atores de imposição da nova norma neoliberal, substituindo potências nacionais (notadamente, à época, Estados Unidos e a Grã-Bretanha).

Passa a se falar em governança, não mais em governo, um híbrido de forças públicas e privadas que atuam conjuntamente em prol de seus interesses. E isso implica em diversos desafios. Se no Estado-nação, a noção de cidadania se encontra ligada a um pertencimento a uma comunidade política, conferindo legitimidade à atuação estatal, a existência de uma governança global sem um governo global impõe uma reformulação de conceitos, afetando o direito, a teoria democrática e a teoria das relações internacionais.

Também se passa a falar em uma autoridade líquida, caracterizada por um maior nível de dinamismo e frequentemente guiada através da informalidade e multiplicidade institucional. Ao passo que o Estado Moderno foi pensado em termos de instituições com autoridade para exercer um poder decisório, a emergência da ideia de uma governança global

relativiza essa ideia. A autoridade não se exerce mais em um único *locus*, mas em múltiplas instituições, nem sempre formalizada, através de atores muitas vezes incertos. A respeito do Direito Público que passa a emergir nesse cenário (como o Direito Administrativo Global e o Constitucionalismo Global), nota-se que o que serve de vetor é a lógica da governança, não mais do governo centralizado.

Se grande parte do poder anteriormente exercido pelo Estado passa a ser controlado pela sociedade internacional, a qual, por seu turno, se apresenta como desigual, alguns poucos Estados acabam por deter uma posição privilegiada na elaboração do direito global, sem que os países mais vulneráveis possam se opor. Desse modo, assim como ocorreu durante as reformas das Administração Públicas nacionais a partir da Década de 1970, atualmente os Estados mais dependentes do sistema internacional apresentam dificuldades tanto em participar na elaboração de normas da governança global (como no Direito Administrativo Global, por exemplo), quanto em se contrapor à autoridade líquida nesta exercida.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Luis F. Villanueva. **Gobernanza y gestión pública**. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 2006.

BARR, Michael S.; MILLER, Geoffrey P. Global Administrative Law: The View from Basel. **European Journal of International Law**, n. 1, 2006, p. 15–46. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi167>.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BLACK, Julia. ‘Says who?’ liquid authority and interpretive control in transnational regulatory regimes. **International Theory**, 9 (2). ISSN 1752-9719, 2017, p. 286-310.

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

DOYLE, Michael. Dialectics of a Global Constitution: The Struggle over the UN Charter. **European Journal of International Relations**, v. 18, n. 4, dec. 2012, p. 601–624. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1354066111415884>.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3. ed., São Paulo: Globo, 2001.

FREDERICKSON, H. George. Confucius and the moral basis of Bureaucracy. **Administration and Society**. Vol. 33, Issue 6, 2002, pp. 610-628.

FURCO, Libório. **L'implementazione delle politiche pubbliche in un sistema di governo multilivello**. Università degli Studi di Palermo. Available at: <<https://www.unipa.it/persone/docenti/c/salvatore.costantino/content/documenti/--LIMPLEMENTAZIONE-DELLE-POLITICHE-PUBBLICHE.pdf>> .

HELD, David. **La democracia y el orden global**: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Traducción de Sebastián Mazuca. Barcelona: Paidós, 1997.

JIBORN, Magnus. **Survey of Proposals and Ideas on Global Governance**: Overview of the Literature. Global Challenges Foundation, 2013. Available at: <http://globalchallenges.org/wp-content/uploads/pdf/Survey-of-proposals-and-Ideas-on-Global-governance>. Acesso em 15 set. 2017.

KETTL, Donald F. A revolução global: reforma da administração do setor público. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

KRISCH, Nico. Liquid authority in global governance. **International Theory**, 9(2), 2017. doi:10.1017/S1752971916000269.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introduction: global governance and global administrative law in the international legal order. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 17, n. 1, 2006.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito**: análise das mazelas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

MACDONALD, Terry; MACDONALD, Kate. Non-Electoral Accountability in Global Politics: Strengthening Democratic Control within the Global Garment Industry. **The European Journal of International Law**, v. 17 n. 6, 2006, p. 89-119. Available at: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi160>.

MEIDINGER, Errol. The Administrative Law of Global Public-Private Regulation: The Case of Forestry. **European Journal of International Environmental Law**, v. 17, 2006, p. 47-87. Available at: <https://doi.org/10.1093/ejil/chi168>

PETERS, Anne. The Merits of Global Constitutionalism. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, 2009.

PETERS, Anne: Global Constitutionalism. In **The Encyclopedia of Political Thought**, Michael Gibbons (eds.), Wiley-Blackwell. London, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalización del derecho**: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1998.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: apontamentos sobre os modelos de gestão e tendências atuais. IN: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários de direito administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

STEWART, Richard B.; BADIN, Michelle Ratton Sanchez. The World Trade Organization and the Global Administrative Law. **Institute for International Law and Justice**, ILLJ Working Paper 2009/.

WEBER, Max. **Economy and Society**: An Outline of Interpretive Sociology. 2 Vols. Berkeley, CA: University of California Press, 1978.

ZÜRN, Michael. From Constitutional Rule to Loosely Coupled Spheres of Liquid Authority: a Reflexive Approach. **International Theory - A Journal of International Politics, Law and Philosophy**, v. 9, n. 2. Cambridge University Press, 2017.

PARTE VI



RESUMOS DE COMUNICADOS CIENTÍFICOS

LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ANÁLISE COMPARATIVA DE SEUS LIMITES

ADRIAN MOHAMED NUNES AMARAL*

ANGELINA COLACI TAVARES MOREIRA**

RESUMO

O direito de expressar uma opinião é um dos direitos mais difundidos em documentos constitucionais ao redor do globo. É considerado como um direito essencial ao desenvolvimento pessoal do ser humano e da democracia política. Se observarmos o mundo, é possível perceber que mesmo sendo difundida a ideia de liberdade de expressão, não existe uma verdade objetiva acerca do que é o presente direito, nascendo desta forma várias interpretações para a sua aplicação, que são frutos das diferenças históricas, culturais, ideológicas e até mesmo educacionais dos diferentes povos existentes. Contudo, até que ponto para garantir a própria organização do Estado e a harmonia da convivência social esse direito pode ser derogado aos indivíduos? Uma das questões mais atinentes no que concerne à liberdade de expressão diz respeito aos seus limites. É certo que esse direito não é absoluto, uma vez que, o mesmo é limitado por outros direitos ou por valores coletivos da sociedade, devendo ser respeitado os limites étnicos, morais, sociais e familiares, e por isso se justifica a necessidade de traçar meios para limita-lo. No entanto, traçar limites não é uma tarefa fácil a ser desenvolvida pelos Estados, sendo necessário que antes de se impor qualquer tipo de restrição os governos façam uma ponderação entre a necessidade de imposição de limites à liberdade de expressão frente a outros valores sociais e assim poder identificar e distinguir o que é discurso de ódio do que é manifestação de pensamento. O objetivo deste trabalho é examinar um dos temas ligados à fixação de limites à liberdade de expressão que está relacionado à proteção, ou não, de manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos. A partir do exposto, pretende-se fazer uma breve análise acerca das diferentes concepções de discurso de ódio para então analisar como se

* Pós-graduando na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR - Brasil), Advogado, E-mail: adrian.amaral@pm.me.

** Graduanda na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, (Curitiba, PR - Brasil), voluntária PIBIC, E-mail: angelinacolaci@hotmail.com.

dá a aplicação de limites à liberdade de expressão nos sistemas regionais de proteção de direitos humanos. A metodologia utilizada será a lógico-dedutiva, por intermédio da análise de dados estatísticos, de legislação e jurisprudência pertinentes, bem como doutrinas clássicas que envolvam a análise da aplicabilidade e dos limites do direito de liberdade de expressão, sendo realizado ainda o estudo de casos julgados pelas cortes internacionais de direitos humanos. Ademais, concluiu-se que as restrições à liberdade de expressão são importantes e necessárias em certos contextos, uma vez que tornar este direito absoluto pode significar a supressão de outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: liberdade de expressão; restrições; discurso de ódio; direitos humanos; direitos fundamentais.

HERMENÊUTICA JURÍDICA EM CRISE: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS IMPACTOS NOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

AICHA DE ANDRADE QUINTERO EROUD*

PAULA YURIE ABIKO**

RESUMO

O presente estudo visa demonstrar, com base em metodologia de pesquisa bibliográfica, a crise hermenêutica presente no cenário jurídico atual e seus impactos na proteção dos direitos e garantias fundamentais. Conforme classificação de José Afonso da Silva, a constituição brasileira possui classificação rígida e somente pode ser modificada por meio de um processo solene e específico impondo uma maior dificuldade de alteração. Tem-se como intuito preservar os direitos e garantias fundamentais já previstos. Todavia, ao analisar minuciosamente a mutação constitucional como mecanismo informal onde não ocorre alteração no texto constitucional, demonstra-se a possibilidade de uma série de impactos nos direitos fundamentais, no qual a inobservância dos limites da mudança hermenêutica enseja aplicações arbitrárias e contrárias ao texto legal. O Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 alterou o entendimento do texto expresso na Carta Magna através da mutação constitucional, ultrapassando os limites de competência da tripartição de poderes e legislando sobre matéria relativa a proteção de direitos individuais consubstanciados como cláusula pétrea no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se nesse sentido, que a mutação constitucional no referido caso ultrapassou os limites hermenêuticos estabelecidos, possuindo graves impactos nos direitos individuais, conforme dispõe o artigo 60, §4º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Palavras-chave: crise hermenêutica, mutação constitucional, direitos fundamentais, garantias fundamentais, direitos individuais.

* Graduanda no Centro Universitário CESUFOZ, (Foz do Iguaçu, PR – Brasil), E-mail: aichaeroud@hotmail.com.

** Graduada no Centro Universitário Franciscano do Paraná – FAE, (Curitiba, PR – Brasil), E-mail: paula_abiko@hotmail.com.

A APROPRIAÇÃO CORRUPTA DO ESTADO COMO DANO MULTIDIMENSIONAL AOS DIREITOS HUMANOS

ALEJANDRO SANABRIA RODELO*

RESUMO

A corrupção é talvez um dos conceitos mais abstratos e reais com os quais se tenta explicar a deficiência dos governos no cumprimento dos objetivos da administração pública. No entanto, em vários casos, a corrupção tem transcendido a estrutura dos Estados, apropriando-se de vários níveis. Esta apropriação tem sido usualmente definida como um tipo de corrupção econômica em grande escala, em que atores privados influenciam a formulação de leis, normas, regulamentos e políticas públicas, com o objetivo de beneficiar seus próprios interesses individuais em detrimento do bem-estar geral. Nesse sentido, como as regras são de caráter permanente, suas conseqüências serão de longo prazo. A apropriação (“captura”) corrupta é de tal tamanho que violou e viola diretamente os direitos humanos estabelecidos e ratificados em instrumentos normativos internacionais. Portanto, o presente estudo tem como objetivo identificar como a corrupção é um fenômeno que cria uma violação multidimensional de direitos. Para isso, se relacionará a noção de apropriação da estrutura estatal com a violação dos direitos humanos e suas possíveis questões dentro da responsabilidade extracontratual do Estado. A corrupção tem sido entendida no imaginário coletivo como a malversação de fundos ou a atuação arbitrária de servidores públicos dentro de uma relação transacional. Ou seja, dentro da análise superficial da corrupção, os bens jurídicos afetados são aqueles que conectados com a *res pública* (administração da justiça, patrimônio público, entre outros). No entanto, os efeitos de ações corruptas, quando logram êxito, são muito mais prejudiciais e têm uma pluralidade de vítimas. Nesse entendimento, pode-se dizer que quando os corruptos se apropriam do Estado para gerar uma regra geral que regula um direito, os afetados serão todos os detentores desse direito. Um exemplo disso pode ser a corrupção dos tribunais superiores, e, neste caso, não só estaria lesionando o bem jurídico à boa administração da justiça, mas também, a confiança e expectativa nas instituições de justiça e os direitos individuais de acesso à justiça e ao

* Pesquisador na Universidad Externado de Colombia (Bogotá D.C - Colombia), graduando, E-mail: alejandro.sanabria@est.uexternado.edu.co e sanabria.rodello@gmail.com

devido processo legal, criando, em primeiro lugar, a invisibilidade contra a violação desses bens jurídicos e, em segundo lugar, o sintoma da impunidade. Portanto, devemos analisar a responsabilidade do Estado como uma estrutura organizada neste ato ilegal, uma vez que, mesmo que seus agentes sejam diretamente responsáveis e a responsabilidade individual correspondente deve ser atribuída, a apropriação do Estado compreende condições sistemáticas que relacionam diferentes níveis institucionais e, frente às vítimas, a sensação de impunidade pela violação complexa de seus direitos é inevitável. Dado os elementos acima é imperativo para encontrar o fundamento da responsabilidade do Estado por sua parte na captura de suas estruturas e, desta maneira, propor diferentes propostas para que responda mediante ações positivas e estruturais aptas a reparar e prevenir tal apropriação corrupta.

Palavras-chave: corrupção, captura do estado, direitos humanos, dano, vítimas.

O PAPEL DA MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA NA PERCEPÇÃO DA CORRUPÇÃO AO LONGO DA HISTÓRIA REPUBLICANA

ALEXANDRE GERMANO BENITO MARTINS*

PAULO RIBEIRO DA GLÓRIA**

RESUMO

O presente artigo discorre sobre o papel e influência dos meios de comunicação, na percepção da corrupção frente à opinião pública. Delineamos como problema de pesquisa: o papel da mídia e sua influência na percepção da corrupção brasileira. Trata-se de uma pesquisa oriunda de um projeto de iniciação científica, levada a efeito numa instituição de ensino superior em Minas Gerais, que objetiva analisar a importância de análise das pesquisas de opinião pública e suas nuances frente às relações dos sujeitos e Estado enquanto sociedade democrática e a visão de mundo que orienta sua percepção frente à corrupção. A metodologia adotada será a pesquisa bibliográfica, baseada em livros que abordam a corrupção e a opinião pública no Brasil, as disputas discursivas sobre a corrupção no Brasil através da mídia twitter, bem como a investigação bibliográfica sobre as raízes culturais brasileiras. Resultados preliminares apontam o risco que uma percepção equivocada sobre a corrupção traz para nossa história e evolução enquanto sociedade, considerando seus efetivos reflexos na efetivação dos direitos humanos e no aprofundamento da desigualdade social.

Palavras-chave: corrupção; comunicação; mídia; opinião; percepção.

* Pesquisador no Centro Universitário Una, (Belo Horizonte - MG, Brasil), E-mail: xandaogermano@gmail.com

** Pesquisador no Centro Universitário Una, (Belo Horizonte - MG, Brasil), E-mail: prgloria63@gmail.com

O IMPACTO ÀS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS PELA LEI 13.467/2017 FRENTE À CONVENÇÃO 98 DA OIT – UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

AMANDA CAROLINA BUTTENDORFF R. BECKERS*

CÍNTIA DE ALMEIDA LANZONI**

RESUMO

O presente trabalho visa estudar a temática da Negociação Coletiva consagrada pela Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, como instrumento da efetivação ao direito fundamental ao trabalho digno, frente às modificações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, com a Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista. A OIT, organismo internacional cuja função precípua é promover o acesso ao trabalho decente, digno e produtivo, elencou oito convenções fundamentais, por ela consideradas norteadoras dos direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre as quais, se destaca da Convenção 98, ora estudada, que preconiza a proteção ao trabalhador e a Negociação Coletiva. Com a reforma trabalhista, que trouxe severas mudanças no que tange ao direito sindical brasileiro, consagrando institutos como o acordo individual de trabalho, modificando a forma de contribuição sindical, e criando a categoria do trabalhador hipersuficiente, há que se averiguar se a referida alteração na Consolidação das Leis do Trabalho está em consonância ou não com a Convenção 98 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1964. Ademais, importante ressaltar que os parâmetros internacionais para a representação sindical, prezam pela liberdade de

* Professora da Universidade do Contestado, (Rio Negrinho, SC – Brasil), Doutoranda em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela mesma instituição. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Uninter, Advogada, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, E-mail: amandacbeckers@gmail.com.

** Professora de graduação e pós-graduação da FAE Centro Universitário, (Curitiba, PR – Brasil), Professora de graduação da FAE São José dos Pinhais, São José dos Pinhais, Paraná, Brasil, Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela mesma instituição, Advogada, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, E-mail: cintia@lanzonisad.adv.br.

escolha e pela pluralidade sindical, tal como explicitado na Convenção 87, da OIT. O órgão internacional entende que o trabalhador deve ter a opção e o interesse em contribuir e participar das negociações por intermédio do sindicato, por isso, a alteração trazida pela Lei 13.467/2017 invalida um paradigma sedimentado no nosso ordenamento. Afinal, o Decreto 1.402, de 05/07/1939, permitia a intervenção e interferência do Estado, exigindo do sindicato o respeito à política econômica determinada pelo governo, sob pena de perder a carta sindical. A CLT, com texto de 1943, exigia o pagamento da contribuição sindical pelos trabalhadores e empregadores, de modo a atribuir natureza de tributo a esta, não havendo a escolha pela realização da contribuição, o que ofenderia a liberdade sindical reconhecida pela OIT. Ao olhar dos críticos, a recente mudança legislativa afeta a representatividade do sindicato perante a categoria profissional, o que reflete no enfraquecimento dos trabalhadores em sua luta por efetivação do direito fundamental ao trabalho digno. Trata-se de pesquisa qualitativa, dedutiva, teórica e documental, que objetivou estudar a (in) compatibilidade da Lei 13.467/2017 com a Convenção 98 da OIT.

Palavras-chave: direitos fundamentais. trabalho digno. oit. reforma trabalhista. representação sindical.

DIGNIDADE HUMANA E OS LIMITES AO DIREITO DE DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE CIENTÍFICA FRENTE À MANIPULAÇÃO GENÉTICA HUMANA E AOS ALIMENTOS TRANSGÊNICOS.

AMANDA MARCONDES CALDAS*

CAROLINE JANAINA MENDES**

RESUMO

O estudo tem como objetivo, a análise do direito fundamental à liberdade da atividade científica relativa à manipulação genética e as limitações que este deve possuir em razão da dignidade humana e dos direitos fundamentais, tais como o direito à saúde e à vida. Consagrado no artigo 5º, inciso IX da Constituição Federal Brasileira, a liberdade da atividade científica, estabelece como direito, a criação e a produção científica, com o intuito de promover o avanço científico em razão dos benefícios que este pode proporcionar à sociedade e à saúde humana. O escopo da presente pesquisa cinge-se na investigação científica relacionada à biotecnologia desenvolvida relativa à manipulação genética humana e aos alimentos transgênicos, uma vez que estas trazem conhecimentos antes impensáveis à vida humana e a possibilidade de modificação da essência humana, que ainda hoje, em alguns casos não podem ser mensurada. Nesta perspectiva, parte-se da análise do direito fundamental ao livre desenvolvimento da atividade científica, e as limitações que devem ser estabelecidas quando ocorrer confronto deste com bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal, uma vez que a ausência de limites à liberdade de pesquisa científica pode gerar consequências irreversíveis à saúde, à vida e à integridade física. Examina-se em um primeiro momento, o

* Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), (Curitiba, PR – Brasil); Pós-graduada em Direito Civil pela Fundação Escola do Ministério Pública – FEMPAR em 2016; Graduada em Direito pela UNICURITIBA em 2014; Advogada e Juíza Leiga na 1º Juizado Especial Cível da Comarca da Guarapuava/PR; E-mail: amanda_m_caldas@hotmail.com.

** Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba, PR – Brasil). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) em 2014; Advogada; E-mail: caroline.jmendes@hotmail.com.

direito fundamental a liberdade da atividade científica, para após, abordarem-se as principais discussões acerca dos limites a atividade de pesquisa científica nos temas correlatos a manipulação genética humana e a alimentos transgênicos. Observa-se que, o desenvolvimento de alimentos transgênicos e de novas biotecnologias para manipulação genética humana, acarreta em problemas de ordem tanto coletiva quanto individual, pois se correlaciona diretamente com o direito a saúde, o qual também se revela em direito fundamental previsto constitucionalmente. Após, propõe-se uma análise do direito à vida e à saúde conciliados à dignidade humana, uma vez que estes se revelam nas principais limitações ao desenvolvimento científico correlacionado à manipulação genética. Por fim, conclui-se que quando do conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa, deve-se garantir o respeito à dignidade humana, o qual estabelecerá o ponto de equilíbrio na controvérsia, pois, a dignidade da pessoa humana se estabelece como vetor da ordem jurídica do sistema constitucional e infraconstitucional brasileiro, bem como dos direitos fundamentais. Para a presente pesquisa, foi utilizado o método dedutivo, procedimental histórico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: liberdade de investigação científica; biotecnologia; alimentos transgênicos; manipulação genética humana; dignidade humana.

A PROTEÇÃO SOCIAL DO MIGRANTE VENEZUELANO NO BRASIL: A INEFETIVIDADE DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS DO PODER EXECUTIVO À LUZ DA LEI DA MIGRAÇÃO

AMANDA CRISTINA BOTELHO*

RESUMO

A pesquisa realiza uma leitura da migração venezuelana no Brasil a partir do princípio da não-discriminação, estruturante da legislação migratória vigente. No caso, com a concentração do fluxo migratório de milhares de venezuelanos em Roraima, na capital Boa Vista e na fronteira Pacaraima, verifica-se uma crise social. A construção de campos de refugiados e a disponibilização de serviços públicos foram as ações paliativas providas pelas organizações civis e pelo governo estadual, mesmo à sombra da incapacidade orçamentária. Nesse contexto, o governo federal instituiu a Medida Provisória nº 820/2018, que dispõe sobre medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária, ampliando o alcance de políticas públicas de proteção social que visam prevenir ou remediar situações atentatórias aos direitos humanos, e os Decretos nº 9.285/2018 e nº 9.286/2018, que reconhecem a situação de vulnerabilidade social ocasionada pela crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela e instituem o Comitê Federal de Assistência Emergencial, respectivamente. Conduziu-se a pesquisa qualitativamente mediante o uso de legislação e de notícias de distintos meios de comunicação, além das recomendações prescritivas e da análise do perfil sociodemográfico e laboral dos imigrantes venezuelanos, promovidas pelo Conselho Nacional de Imigração. Nesse viés, a Lei nº 13.445/2017, que institui a Lei da Migração, reconhece ao migrante, em condição igualitária aos nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 4º). Referida lei reflete o compromisso do país com a prevalência dos direitos humanos em suas relações internacionais e materializa a condição de igualdade entre nacionais e estrangeiros na maior

* Graduada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná UFPR, (Curitiba, PR – Brasil),
E-mail: amanda.botelho@hotmail.com.

medida possível, atribuindo-lhes direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição (arts. 4º, II, 5º, CF). Desse modo, objetivou-se analisar se as medidas emergenciais adotadas pelo Poder Executivo, como a interiorização de imigrantes para outras partes do país sob a promessa de melhores condições de subsistência, seriam capazes de garantir uma tutela formal e material de direitos fundamentais às pessoas em situação de vulnerabilidade, segundo o previsto na Lei da Migração, construída à luz da Constituição Federal. Resultou, porém, que a interiorização programada pelo governo federal possui natureza periódica, insuficiente ao contingente migratório vigente. Além disso, ao omitirem a previsão de inclusão do migrante ao mercado de trabalho e à previdência social, possibilitam sua exposição a abusos no trabalho, como situações análogas à escravidão. Considera-se, assim, que tanto a Medida Provisória nº 820/2018 quanto os Decretos nº 9.285/2018 e nº 9.286/2018 não se enquadram materialmente aos fins propostos pela Lei nº 13.445/2017, pois, embora disponibilizem ao migrante a proteção social, ainda demonstram baixa efetividade ao permitirem a discriminação e marginalização do estrangeiro. Não deixam, ademais, de serem medidas institucionais tardias em relação à crise humanitária que, iniciada em 2015, intensificou-se gradualmente nos anos posteriores, mostrando que tais medidas cumprem mais com expectativas políticas e publicitárias do governo federal para com a sociedade civil do que garantem direitos fundamentais aos migrantes venezuelanos em condição de igualdade aos nacionais.

Palavras-chave: migração venezuelana; medidas emergenciais; direitos fundamentais; princípio da não-discriminação; lei da migração.

DIREITOS POLÍTICOS DE MIGRANTES: NACIONALIDADE, CIDADANIA E REFLEXÕES SOBRE A IGUALDADE

AMR HOUDAIFA*

TAÍS VELLA CRUZ**

RESUMO

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, até o ano de 2016, 65,6 milhões de pessoas haviam se deslocado forçadamente de seus países. O número de deslocamentos forçados aumenta a cada ano e ao lado desses, ainda deve-se considerar o caso das pessoas que migram de maneira voluntária para um novo país. Essa movimentação faz com que as sociedades apresentem, cada vez mais, formações multiculturais e repensem conceitos, a princípio internos, como cidadania e os direitos dela decorrentes. A cidadania tende a qualificar os participantes da vida do Estado e compreende-se como um atributo das pessoas que se integram em determinada sociedade, que lhes confere o direito de participar da tomada de decisões e de ser ouvido pelas diversas formas de representação política. Tem sido identificada como pauta de grande importância para a proteção de grupos minoritários e migrantes, pois relaciona-se diretamente com a concessão de direitos políticos e maior integração desses grupos na sociedade. Diante da crescente relevância do assunto na ordem mundial, por meio do método lógico-dedutivo de abordagem, tem-se por objetivo analisar como a cidadania e os direitos políticos são compreendidos aos migrantes na realidade brasileira. Os resultados permitem verificar que os direitos políticos no Brasil, como expressão máxima do princípio constitucional e democrático de que todo poder emana do povo, que o exerce por representantes eleitos ou diretamente, é atrelado a nacionalidade, de modo que, ressalvadas as exceções constitucionais, somente o titular da nacionalidade brasileira pode ser cidadão e exercer o direito de

* Mestrando em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba, PR – Brasil), estudante, E-mail: amranyway@gmail.com

** Mestranda em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná, (Curitiba, PR- Brasil), estudante, E-mail: tais_vella@hotmail.com

votar e ser votado. Os direitos políticos vão além dessas duas garantias e estendem-se à participação e integração em diversas outras áreas, como em atividades de representação de grupos, comunidades e sindicatos. A restrição dos direitos políticos aos migrantes faz refletir quanto ao princípio da igualdade também defendido na Carta constitucional de 1988, além do que, pensar na importância conferida à nacionalidade, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial e o papel dos Estados para a concessão ou não de direitos a partir dela, de modo que atrelar o direito de participação e expressão política em dada comunidade em função da nacionalidade e da cidadania, que só se adquire por meio da primeira, parece sinalizar a barreira existente no amplo reconhecimento dos direitos humanos e também a necessidade de repensar aspectos da soberania dos Estados no mundo contemporâneo. A partir disso, relevante analisar a proposta de emenda à Constituição nº 25/2012, em trâmite no Senado Federal, que, fundamentando-se no direito à participação e integração dos migrantes, na necessidade de relativização de conceitos como Estado, soberania e até mesmo fronteiras, confere aos estrangeiros residentes no Brasil capacidade eleitoral ativa e passiva nas eleições municipais. Tais aspectos permitem concluir que a temática deve tornar-se objeto de debates e reflexões mais frequentes, vez que há muito direitos e garantias fundamentais, como os direitos políticos, tem sido tolhidos de determinadas pessoas, dada sua condição de migrante, ao mesmo tempo em que se afirma a existência de um Estado amplamente democrático e guiado pela igualdade.

Palavras-chave: deslocamento forçado. migração. sufrágio. direitos políticos. igualdade.

O ALUNO, A AULA E O DIREITO À EDUCAÇÃO: UMA ABORDAGEM NEUROLÓGICA, PSICOLÓGICA E MOTIVACIONAL

ANA MARIA DE ARAÚJO MARTINS*

RESUMO

Quando se considera a democratização do acesso à escola percebe-se que ainda há dificuldades quanto à apropriação dos conhecimentos por parte de alguns alunos, que não conseguem aprender e parecem não encontrar sentido nos conteúdos ensinados. Esta pesquisa estruturou-se a partir dessa constatação e da crescente necessidade de desenvolvimento de novos modelos de ensino – aprendizagem, como forma de garantia do direito fundamental à educação. A responsabilidade da educação e da escola, diante da crise de valores dos tempos modernos, exige que o direito à educação vá além da garantia de matrícula e de oferta do ensino formal. É fundamental para a adequada realização desse direito que haja a efetividade do aprendizado, que possibilite o desenvolvimento pleno do sujeito/aluno. Dessa forma, pesquisas apontam para a necessidade de concentração dos docentes nos aspectos neurológicos, psíquicos e motivacionais que permeiam o aprendizado e os aprendizes. A investigação proposta aqui será realizada pelos procedimentos bibliográfico e documental, com a fundamentação teórica baseada em autores como Maurice Tardif (2014), Leo Fraimam (2015) e Antonio Nóvoa (2003/2007). Tais autores respaldam a possibilidade da aprendizagem significativa, destinada aos alunos tidos como indisciplinados, desmotivados e violentos, os quais compõem as salas de aula da atualidade. Preconiza-se o entendimento de que os estudantes precisam de novos estímulos para seu aprendizado e permanência na escola. Para tanto, utiliza-se do desenvolvimento de métodos e técnicas com bases neurológicas, psíquicas e motivacionais, articuladas ao currículo escolar, com vistas ao sucesso, tanto acadêmico, como pessoal. Os educadores devem entender seu

* Mestranda no Programa de Pós Graduação Profissional em Ensino (UENP-Cornélio Procópio); Pós - Graduada em Administração Pública com Ênfase em Administração Escolar (FAFICOP-Cornélio Procópio); Graduada em Pedagogia (FAFIJA- Jacarezinho); Docente nos cursos de Pedagogia, Direito e Administração (FASAP/UNIESP-Santo Antônio da Platina); Servidora Pública Estadual/Ouvidora (NRE- Jacarezinho);
Email: anamariamar@bol.com.br

papel profissional, como agentes de transformação social nesta ação de ensinar. A pesquisa é descritiva e tem a intenção de demonstrar que a garantia do direito fundamental à educação passa pela urgente necessidade de investimento em atualização profissional da/para formação docente e pelo desenvolvimento de competências socioemocionais em educadores e educandos.

Palavras-chave: formação. garantia. aprendizagem. neurológicos. docência.

DISTRIBUIÇÃO DE RENDA NO BRASIL

ANALU NICOLAU GALVAO BONETES*

RESUMO

A distribuição de renda no Brasil, pode notoriamente ser taxada por qualquer pessoa de profundo ou raso conhecimento econômico de Injusto, e esta percepção, ora vivida por cada cidadão e ora verificada nos índices econômicos, nos leva a questionar se atualmente, o Estado como garantidor do bem-estar social, tem realmente adotado políticas fundamentadas em um aprofundamento de causa e sinérgico com as possibilidades de realização dentro do contexto social que vivemos, ou adotam medidas superficiais e provisórias que os resultados não são satisfatórios. No âmbito de distribuição de renda no Brasil podemos destacar três áreas que contribuem para que o Estado através de políticas públicas determine a distribuição de recursos, são elas: a Política, a Economia e o Direito. A sinergia entre estas áreas presume-se que esteja fundamentada na justiça distributiva, ou seja, de maneira proporcional, e até mesmo justificada pelo princípio da Igualdade que, objetiva a diminuição entre as diferenças sociais presentes atualmente no país, diferenças tal que nos evidencia tamanho desequilíbrio e ineficiência das políticas aplicadas, e de maneira modesta é possível perceber que o estado através de seus agentes políticos, hierarquicamente se colocam em níveis superiores ficando a Política acima da Economia e do Direito, logo os fundamentos e objetivos que deveriam ser comuns passam a ser unilaterais causando disparidades e resultados que acentuam a má distribuição de renda no Brasil. Esta imparcialidade agrega nas políticas de distribuição de renda uma justiça apenas corretiva, como dizia Aristóteles "atos de justiça" que por sua vez máscara o quanto estamos distantes de um conhecimento técnico e específico sobre políticas que efetivamente deveriam ser aplicadas. Quando abordamos o ponto de vista econômico precisamos ser eficientes e estruturar a nossa economia de modo a considerar o cenário econômico e criar medidas específicas de desenvolvimento, isto é, mesmo com a administração do Estado e muitas vezes com os monopólios os recursos devem ser maximizados e não apenas distribuídos, e isto requer abertura de mercado e uma visão menos intervencionista. Na área do Direito, na

* Graduando em Direito na Faculdade Educacional de Araucária, (Araucária, PR – Brasil), Especialista em Controladoria e Finanças - (2015) – Universidade Federal do Paraná, Tecnóloga em Gestão financeira (2013) – Universidade Positivo, analista financeiro; E-mail analu.galvao@hotmail.com

concepção da Justiça igualitária o olhar deve se manter como constitucionalistas visando cumprir as regras e as garantias fundamentais e cabe ao legislador formalizar não apenas a soberania popular mas de forma segura a vontade do povo que é viabilizada através de leis. Em resumo aos fatores citados, o que se conclui é que é necessário que cada área contribua principalmente com olhares críticos e soluções apuradas sobre os pontos que hoje fazem com que o Brasil tenha uma distribuição de renda tão inócua, sem resultado, e que apenas cumpre os requisitos mínimos, de um país subdesenvolvido, o que se espera é que a Política dentro de sua esfera de organização do Estado, represente a realidade e evidencie onde deve ser aplicado o Direito e onde deve ser Administrado a Economia, e como consequência os ajustes da distribuição de renda seja cada vez mais tênue, e o Brasil cada vez menos superficial.

A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO CÁRCERE: ACESSIBILIDADE E IGUALDADE

ANDRÉ LUIZ PEREIRA SPINIELI*

RESUMO

Em levantamento provisório realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no início do ano de 2017, apurou-se que o Brasil conta com mais de seiscentos mil presos insertos em seu caótico sistema carcerário, que, frente à incontestável omissão estatal, foi recentemente considerado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) como estado de coisas inconstitucional. Sem que haja esquecimento da longa jornada percorrida pela pessoa com deficiência até alcançar o patamar contemporâneo de inclusão e respeito às decisões pessoais, sobretudo por ser considerada “ameaça” à beleza das cidades greco-romanas classicistas na antiguidade, desponta a necessidade de se discutir a temática que diz respeito ao preso com deficiência e os cuidados especiais que devem ser levados em conta durante a execução de sua pena. Ou seja, se há condições arquitetônicas e salubres adequadas para receber e atender devidamente o grupo em comento, conforme suas necessidades, e que também garanta a plena igualdade com os outros encarcerados. É certo dizer que inúmeros textos de lei relativos à execução de pena e inclusão social da pessoa com deficiência foram produzidos até então, mas sem que qualquer deles faça expressa referência à situação do deficiente no cárcere. Destarte, o presente estudo busca, por meio de referências doutrinárias brasileiras e internacionais, visto a escassez de estudos acerca de um tema tão específico, averiguar como se introduz o encarcerado deficiente na atual conjuntura do sistema prisional brasileiro, examinando as condições que o Estado lhe impõe para o cumprimento da pena, as quais devem obedecer ao princípio-vetor da dignidade da pessoa humana, cuja missão é garantir à pessoa natural o pleno exercício de seus direitos e garantias fundamentais, sem que seja exposta a situações degradantes. Em conclusão, o que se percebe é que o Estado não se encontra munido de instrumentos capazes de fornecer tratamento adequado ao preso com deficiência e, apesar de ser o sistema penitenciário uma instituição complexa, regida por diversas normas que asseguram um tratamento hu-

* Graduando em Direito Faculdade de Direito de Franca (Franca, SP - Brasil), Estagiário do Ministério Público do Estado de São Paulo, com atuação na área criminal (GAECO – Núcleo Franca), E-mail: spinieliandre@gmail.com

manitário aos apenados, a realidade brasileira nos mostra que não é o caminho seguido por aqui, de modo que, a partir da falta de efetivo cumprimento das determinações legais, não há sequer condições estruturais e arquitetônicas que se repute dignas a manter um detento com deficiência no sistema carcerário, ocasionando a perda de sua dignidade e, especificamente, de sua igualdade perante os demais presos.

Palavras-chave: pessoa com deficiência. preso. igualdade. sistema prisional. dignidade humana.

A GOVERNANÇA INTERNACIONAL DA SAÚDE E A PARTICIPAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

ANE ELISE BRANDALISE GONÇALVES*

RESUMO

O cuidado com a saúde não é novidade em termos de governança internacional, ou seja, no sentido de cooperação entre diferentes Estados e outros atores internacionais em prol de um objetivo comum, mormente quando a saúde é vislumbrada sob o aspecto ambiental. Em realidade, conforme o filósofo Albert Camus conta em seu livro intitulado “A Peste”, a saúde, ao menos no seu sentido de doença endêmica, é capaz de proporcionar união e solidariedade política entre pessoas diversas. Nessa perspectiva, o presente trabalho visa colocar holofote sobre um ator regional ainda pouco explorado na seara da saúde: a Organização dos Estados Americanos (OEA) e seu respectivo Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos. Com efeito, verifica-se, nesse âmbito, que há exemplos nítidos de incidência do cuidado à saúde. Mais especificamente, três exemplos podem ser considerados emblemáticos para análise da saúde como assunto que impacta na questão da governança da saúde bem como traz impactos internos: o primeiro é o caso Damião Ximenes Lopes, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Brasil por violação de direitos humanos, em 2006, e no qual a saúde foi analisada sob o prisma dos tratamentos e cuidados do Estado do Brasil para com as doenças mentais. O segundo caso, envolvendo meio ambiente, também envolve o Brasil e é o caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, também envolvendo Brasil. O terceiro e quarto casos, mais recentes, não se tratam propriamente de casos em concreto, mas de pedidos de consultas realizados pelos Estados americanos para Corte Interamericana esclarecer. Não se pretende aqui colacionar tão-somente uma análise descritiva das situações ora apresentadas, mas verificar em qual medida eles são capazes de impactar na governança internacional da saúde e, sobretudo, no diálogo multinível entre sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e

* Mestre em Direito (Curitiba, PR – Brasil), Professora da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, E-mail: anebrand@gmail.com.

o Brasil. Nesse sentido, o trabalho perfilha-se à corrente teórica do “efeito bumerangue” (“boomerang pattern”), de Margaret E. Keck e Kathryn Sikkink, que estudam as interações entre Organizações Internacionais e o Estado e segundo as quais agentes não estatais são capazes de ultrapassar as fronteiras estatais, mas também de trazer um retorno ao Estado, o qual se vê obrigado a mudar suas políticas internas devido essas forças transnacionais (KECK; SIKKINK, 1998, p. 13). Nessa toada, por meio da verificação das situações apresentadas, a hipótese inicial do trabalho, no sentido de mudanças internas por força da esfera internacional, se confirmou. O trabalho tem como base o tripé jurídico doutrina-legislação-jurisprudência, de metodologia dedutiva.

Palavras-chave: saúde. Direitos humanos. Direitos fundamentais. Sistema interamericano de proteção. Governança.

O DIREITO DE LIBERDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DO ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

ANELIZE PANTALEÃO PUCCINI CAMINHA*

RESUMO

O presente artigo tem por objeto a análise do fenômeno de inclusão social da pessoa com deficiência, com ênfase no direito de liberdade, em sua perspectiva jurídico-normativa. A mudança da visão da sociedade sobre o deficiente tem ensejado a incorporação de normas que visam a minimizar os efeitos negativos de ações discriminatórias e sua exclusão social, mediante a implantação de políticas públicas específicas, na legislação de inúmeros países, inclusive no Brasil. Dentre as inovações de maior relevância no ordenamento jurídico brasileiro, merece destaque a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que, com base na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, na sistemática prevista no art. 5º, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil, reconhece ao deficiente autonomia para exercer direitos fundamentais, consagrando sua liberdade individual em amplo espectro. A metodologia a ser empregada é, predominantemente, a pesquisa bibliográfica, mediante a leitura de obras científicas e artigos publicados em periódicos nacionais e internacionais, que enfrentam direta ou indiretamente as questões propostas. A partir da sistematização do conteúdo dessa investigação, com apoio na legislação de regência, aplicaremos o método hipotético-indutivo, cujo ponto de partida é a verificação da realidade objetiva para testar as hipóteses e extrair conclusões. Conclui-se que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, representa um importante avanço na consolidação da liberdade de um segmento social expressivo, uma vez que garante inúmeros direitos à pessoa com deficiência, tais como o de constituir uma família, contrair casamento ou união estável e agir com autonomia. Para assegurar a igual-

* Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR – Brasil), mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, advogada e professora, E-mail: anelize@caminhaadvogados.com.br.

dade com as demais pessoas, o legislador aboliu a condição de incapaz, permitindo-lhe praticar, com autonomia, atos da vida civil, independentemente de autorização do curador.

Palavras-chave: pessoa com deficiência, princípio da dignidade da pessoa humana, autonomia, direito de liberdade.

CRÍTICAS À FORMA ADOTADA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 PARA A COMPOSIÇÃO DOS MEMBROS DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

ANTÔNIO CLÁUDIO KOZIKOSKI JÚNIOR*

LUCAS HINCKEL TEIDER**

RESUMO

OBJETIVO: A Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 criou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de aprimorar o expediente do Poder Judiciário brasileiro e contribuir para que a prestação jurisdicional melhor respeite os princípios da moralidade, da eficiência e da efetividade. A Constituição Federal acolheu esta instituição pública no seu artigo 103-B. Tem-se que um elemento muito importante para o correto funcionamento republicano da instituição é a forma com a qual se dará sua composição: quem serão os conselheiros e de que maneira serão escolhidos. O artigo 103-B da CRFB/88 dispõe que o CNJ será composto de quinze membros, entre os quais dois Advogados e dois cidadãos “de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”. Todos os indicados, com exceção do Presidente do Supremo Tribunal Federal, serão sabatinados e (eventualmente) aprovados pelo Senado Federal. **PROCEDIMENTO METODOLÓGICO:** O método utilizado para o estudo foi essencialmente qualitativo e seus resultados serão apresentados de maneira explanatória. Foi utilizada pesquisa doutrinária sobre os temas e institutos ora abordados e, sobretudo, consulta às legislações pertinentes. **RESULTADOS:** Observou-se dois pontos críticos na fórmula de composição e indicação adotada pelo artigo 103-B da CRFB/88: (I) A possibilidade de os dois cidadãos indicados serem advogados. Deste modo, a advocacia estaria representada por quatro membros no CNJ, dois de maneira direta e outros

* Professor de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), (Curitiba, PR – Brasil), Doutor em Direito do Estado (UFPR), Mestre em Direito (PUC-PR), E-mail: antonio.kozikoski@pucpr.br.

** Acadêmico de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), (Curitiba, PR – Brasil), Pesquisador de Direito Constitucional da PUC-PR (2014-2016). Estagiário do Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados, E-mail: lucas.teider@gmail.com

dois por uma via indireta. (II) O Senado Federal tem a incumbência constitucional de sabatinar e (des)aprovar todos os indivíduos indicados (exceto o Presidente do Supremo Tribunal Federal). Esta mesma casa legislativa tem o mister de indicar um membro para compor o CNJ. Em assim sendo, o Senado Federal tem uma espécie de “indicação infalível”, já que indicará, sabatinará e poderá aprovar um escolhido. **CONCLUSÕES:** Para o fim de garantir o funcionamento republicano do Conselho Nacional de Justiça quando de sua composição e no que se refere às indicações de membros para compor o órgão, é necessário que, no mínimo, se observe de maneira crítica os dois problemas propostos. Quanto à possibilidade de quatro advogados integrarem o CNJ (dois diretos e dois indiretos), poderia restar comprometida a participação efetiva da sociedade civil alheia da formação jurídica, mas interessada na boa administração da Justiça. Quanto à indicação, sabatina e aprovação de um membro por parte do Senado Federal, melhor solução sob o prisma da igualdade poderia ser encontrada na sabatina e aprovação pela Câmara dos Deputados, no caso do cidadão ter sido escolhido pelo Senado Federal.

Palavras-chave: conselho nacional de justiça; composição; indicação; cidadão; senado federal.

IGUALDADE DE GÊNERO E A LICENÇA PATERNIDADE

ARIÊ SCHERREIER FERNEDA*

MARIA CAROLINE AMARAL**

RESUMO

A Constituição do Brasil prevê entre os direitos fundamentais que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Por sua vez, a Organização das Nações Unidas, junto a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres, estabelece que a referida discriminação constitui verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana. Assim, considerando que a dignidade é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, é inadmissível que ainda existam diferenças em relação ao tempo destinado à licença maternidade e paternidade. A CRFB garante que tanto a gestante quanto o genitor são titulares do direito à licença, concedida com vista à melhoria da condição social dos trabalhadores. Assim, a licença paternidade, inicialmente com prazo de 5 dias, conforme estabelecido pelo § 1º do artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi prorrogada pelo Programa Empresa Cidadã (Lei nº 11.770/2008 com as alterações feitas pela Lei nº 13.257/2016) em 15, totalizando 20 dias. Por outro lado, a licença maternidade tem duração de 120, prorrogáveis por mais 60 dias, conforme expressa a referida lei. Ambas as licenças são prorrogáveis mediante incentivo fiscal, ou seja, a pessoa jurídica que aderir ao Programa será beneficiada pelos incentivos. Ainda, segundo o Informe da Previdência Social (NETA, 2016, p. 13) e de acordo com a Organização Internacional do Trabalho (2014), apenas 79 países do mundo possuem legislação referente à licença paternidade. Na América Latina, por exemplo, somente 9 países garantem o benefício, sendo que o Brasil possui o maior prazo de duração. Embora somente as mulheres estejam fadadas a carregar a carga da reprodução, os cuidados familiares e domésticos devem ser devidamente repartidos (THOMÉ, 2009, p. 44). O instinto maternal e a predisposição natural da mulher em ser mãe são meros elementos culturais e não biológicos. A maternidade não é um destino e a

* Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: ariefernedaxx@gmail.com.

** Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: mariacaroline_a@hotmail.com.

paternidade não é uma faculdade; tanto a gestante quanto o genitor possuem obrigações. Por seu turno, a metodologia adotada na presente pesquisa consistiu na coleta de dados e revisão bibliográfica, analisando, ainda, a legislação em vigor em outros países, como Espanha e Itália, a fim de estabelecer conclusões mais concretas sobre o tema. O objetivo do trabalho foi identificar a igualdade de gênero como principal requisito para a concessão igualitária do benefício, considerando que homens e mulheres são iguais em direitos e deveres. Por fim, é essencial que os cuidados familiares sejam repartidos e os genitores tenham direito à licença paternidade, a fim de promover, de fato, a igualdade e a dignidade da pessoa humana no âmbito social e laboral, tendo em vista que a mulher não é a única encarregada de conciliar a vida familiar e profissional.

Palavras-chave: licença; maternidade; paternidade; igualdade; discriminação.

O *COMPLIANCE* ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

ARLEI COSTA JUNIOR*

FELIPE SANTOS RIBAS**

RESUMO

O artigo propõe uma reflexão acerca da importância de um programa de *compliance* enquanto um instrumento de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A conciliação entre a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico tem gerado intensos debates e pressionado diversos atores sociais, como governos, empresas e sociedade civil. A maior parte dos problemas giram em torno do desenvolvimento sustentável, isso porque os recursos naturais, que acreditavam ser ilimitados, são na realidade escassos e podem comprometer os sistemas ecológicos e a saúde da população. Dessa maneira, a ambição pelo crescimento econômico sem qualquer política séria de ecodesenvolvimento pode gerar um futuro desastroso para a humanidade. Entretanto não se pode perder de vista que o art. 225 da Constituição da República de 1988, estabelece que o Poder Público e a coletividade têm o dever de defender e proteger o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, o qual passa a ser tratado como um direito fundamental. Corolário desse modelo socioambiental adotado pelo Estado brasileiro são imprescindíveis novas normas e arranjos institucionais na tentativa de dirigir a atividade econômica, com foco na proteção do meio ambiente. Dentro desse conjunto de ações em prol da natureza, insere-se os instrumentos econômicos ambientais, que buscam justamente alterar o preço (custo) de utilização de um recurso, a fim de que o poluidor passe a ponderar a quantidade de recurso natural que será usufruída. E entre

* Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED) da PUC-PR. Tabelaio. Email: arleijunior@gmail.com.

** Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da (NUPED) da PUC-PR. Advogado. Email: felipe.santosribas@hotmail.com.

os instrumentos econômicos, inclui-se os programas de *compliance*, que se apresentam como uma importante ferramenta de política ambiental para a proteção do meio ambiente. Alguns tratados multilaterais já trabalham com alguns mecanismos de *compliance*, como por exemplo, a Convenção para a Proteção de Camada de Ozônio e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática. A expressão *compliance* deriva do verbo inglês “*to comply*”, que se traduz livremente como obedecer, acatar, e no caso do *compliance ambiental* pode ser compreendido como um programa interno que visa garantir que as condutas de uma determinada empresa estejam alinhadas com os regulamentos internos e externos, normas governamentais, códigos éticos e de conduta, sempre buscando reduzir os riscos reputacionais, de danos ambientais e o cometimento de infrações. Outro ponto que também precisa ser considerado pelos empresários é o fato da Carta Magna ter estabelecido a tutela penal ambiental com previsão da responsabilização da pessoa jurídica, o que também justifica a implantação de um programa de *compliance*. Assim, verifica-se que além de ter um papel relevante na busca pela preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o *compliance* ambiental também ajuda a proteger as empresas dos riscos financeiros e reputacionais, nas esferas administrativa, civil e penal. A presente pesquisa adota o método dedutivo e caracteriza-se como bibliográfica, de natureza exploratória e justifica-se pela relevância e atualidade do tema.

Palavras-chave: *compliance* ambiental; direitos fundamentais; meio ambiente ecologicamente equilibrado; desenvolvimento sustentável.

IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS: OBRIGATORIEDADE DE INSTITUIÇÃO SOB A ÓTICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE

ARTHUR PASSOS EL HORR*

RESUMO

Inspirado nos tributos sobre riquezas instituídos na Europa em meados do Séc. XX, o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) foi contemplado pelo art. 153, VII da Constituição da República de 1988 (CR) após intenso debate na assembleia constituinte, definido que este seria instituído “nos termos de lei complementar”. Passados 30 anos, o tributo ainda não foi regulamentado. O objetivo do trabalho é, para além das paixões políticas que circundam o IGF, realizar um estudo do tema a partir da eficácia das normas constitucionais, verificando, primeiramente pela ótica das *competências tributárias*, e em segundo lugar pela ótica dos *direitos fundamentais*, se há ou não a obrigatoriedade de que o legislador institua o tributo, o que – de consequência – demonstrará se há ou não omissão inconstitucional na não edição da norma regulamentadora. O método utilizado é da análise doutrinária constitucional e tributária, bem como a jurisprudência acerca do tema. Na primeira análise, no plano das *competências tributárias* concluiu-se que o entendimento majoritário é o de que estas dispõem meras faculdades de instituição de tributos aos entes federativos. Neste sentido, não estaria o legislador em omissão inconstitucional por não instituir o tributo. Porém, partindo à segunda parte da pesquisa, no plano dos *direitos fundamentais*, tem-se que uma visão moderna acerca da eficácia das normas constitucionais demonstra que todas elas dependem, em alguma medida, de alguma regulamentação para que produzam pleno efeito, de tal sorte que mesmo normas facultativas, podem ensejar omissões constitucionais, especificamente nos casos em que a não edição de uma norma impede o exercício de um direito constitucional. Sob a ótica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mais precisamente o direito à igualdade, a partir da qual a norma fundamental é vista não apenas como concessora de posições subjetivas aos cidadãos, mas também como ver-

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil). Bolsista do Programa de Educação Tutorial em Direito (PET-Direito UFPR). Email: l.elhorr@gmail.com.

dadeiro parâmetro interpretativo que se espalha a toda a Constituição, realizando-se uma leitura sistemática da CR, emerge a obrigatoriedade de prestação normativa da instituição do tributo. A interpretação de que há obrigatoriedade de instituição do IGF realiza melhor os princípios tributários da isonomia e da capacidade contributiva, eis que auxiliaria a reduzir o atual quadro no qual os pobres pagam mais tributos do que os ricos, o que também daria mais efetividade ao direito à igualdade, mitigando as disparidades sociais tremendas do Brasil. Além disso, a obrigatoriedade do IGF daria mais efetividade ao combate à pobreza, eis que o art. 80 do ADCT dispõe que a totalidade da arrecadação do tributo deve ser destinada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Por fim, a obrigatoriedade do IGF, ao aumentar a arrecadação da União, traria também maior acesso aos direitos sociais, tantas vezes negados sob o argumento a reserva do materialmente possível. Constatada, portanto a obrigatoriedade de regulamentação do IGF e o panorama de omissão inconstitucional sob a ótica dos direitos fundamentais, o mecanismo ideal para afastar a mora legislativa seria a interposição de Mandado de Injunção.

Palavras-chave: imposto sobre grandes fortunas; eficácia das normas constitucionais; omissão inconstitucional; competência tributária; direitos fundamentais.

O JUDICIÁRIO TÃO PERTO E TÃO LONGE: OS ENTRAVES PARA UM ACESSO IGUALITÁRIO AO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

BÁRBARA MENDONÇA BERTOTTI*

TAILAINE CRISTINA COSTA**

“La première **égalité**, c’est l’**équité**”
(Victor Hugo, Les Misérables, 1862)

RESUMO

Tema muito tratado pelos processualistas, mas pouco tratado pelos administrativas e constitucionalistas é o do acesso ao Poder Judiciário. Talvez porque se tenha tanta preocupação em inovar que se acredite ser um tema ultrapassado, já muito tratado. Talvez porque haja uma preocupação excessiva com o Judiciário como “porta das esperanças”, com o ativismo judicial e com a politização da justiça. Ou talvez porque a monta de processos tramitando seja tão grande que todos os esforços se voltam para esta questão (até janeiro de 2018 tramitavam cerca de 100 milhões de processos no Judiciário brasileiro). Fato é que estas preocupações se dão no âmbito do universo dos indivíduos que provocam o Judiciário. Mas e os que não o acessam? Estes, nesta temática seguem invisibilizados. Partindo dessa premissa é que se constrói a presente pesquisa, que tem por objetivo

* Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES) (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do NINC- UFPR e do NUPED-PUCPR. Secretária executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental (qualis A2). Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Email: barbarabmmab@gmail.com.

** Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (bolsista CAPES) (Curitiba, PR – Brasil). Pós-graduanda em Direito Eleitoral e Processo Eleitoral pela Universidade Positivo. Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela UFPR. Pesquisadora do NINC- UFPR e do NUPED-PUCPR. Diretora administrativa do Instituto Política por.de.para Mulheres. Membro do Conselho Fiscal do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral (IPRADE). Email: tailaine.costadeandrade@gmail.com.

evidenciar dois fatores que impedem que o acesso ao sistema de Justiça brasileiro seja equânime: o fator econômico e a falta de informação. Sabe-se que a resolução formal de **litígios nos tribunais é muito dispendiosa**. Segundo última pesquisa divulgada pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça brasileiro (CPJus) do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), em 2013 o custo médio do processo era de R\$ 2.369,73. Já quanto ao (não) acesso à informação há duas questões fundamentais: (i) muitos indivíduos desconhecem seus direitos (ii) há desconhecimento acerca do funcionamento e estruturação do Poder Judiciário, o que é um paradoxo na denominada “sociedade da informação”. Entende-se por acesso à informação um acesso efetivo, não apenas a dados estatísticos, mas aos mecanismos virtuais de informação e de circulação de notícias. O não acesso ao Judiciário culmina no cerceamento do acesso a outros direitos, segregando a população entre aqueles que detêm o conhecimento e os mecanismos para reclamar por seus direitos e aqueles que nem ao menos conhecem seus direitos. Para sobrepor estes obstáculos, foram implementados alguns mecanismos, como: a possibilidade de se postular direito sem o acompanhamento de advogado, visto que os honorários advocatícios representam a mais importante despesa individual para os litigantes, a criação das Defensorias Públicas, a advocacia *pro bono*, a advocacia dativa e os projetos que se desenvolvem para tornar o Direito mais popular. A conclusão que se chega é que estes instrumentos representam um avanço, mas, na prática, a desigualdade de acesso ao Judiciário ainda persiste. De fato, existem políticas e tentativas de superar os problemas originários da falta de recursos para se acessar o Judiciário, porém, sem a educação para a democratização do Direito e com instituições públicas sucateadas, a concretização resta prejudicada. Na realidade, se a Administração Pública realizasse uma tutela dos direitos sociais espontânea, integral e igualitária, muitos problemas estariam solucionados: tanto o da judicialização excessiva quanto o do não acesso (ao Judiciário e aos direitos). Mas enquanto isto não acontece, cabe à Administração Pública agir para que o acesso seja materialmente igualitário. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, com pesquisa bibliográfica e compilação de dados estatísticos já coletados por pesquisas anteriores.

Palavras-chave: poder judiciário; igualdade; acesso à justiça; direitos fundamentais; democratização do judiciário.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E IGUALDADE: UMA ANÁLISE DA INSTITUIÇÃO DE COBRANÇA PELA UTILIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

BÁRBARA MENDONÇA BERTOTTI*

RESUMO

O Sistema Único de Saúde é a estrutura pública de concretização do direito fundamental à saúde no Brasil. Seu financiamento se dá por meio de recursos advindos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (Artigo 198, parágrafo 1º da CF). Ao mesmo tempo em que é considerado um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo, enfrenta sérios problemas relativos a seu (sub)financiamento. Dados do IPEA revelam que no ano de 2013 o gasto público *per capita* foi de R\$946,00. Esse valor é um dos mais baixos entre países que possuem sistema universal de saúde e mesmo quando comparado ao de países vizinhos nos quais o direito à saúde não é um dever do Estado. A (inconstitucional) Emenda Constitucional 95/16, ao congelar por vinte anos os gastos com a saúde, veio para piorar o que já se encontrava em situação trágica. Por outro lado, a universalidade, como princípio norteador dos serviços públicos, garante que a Administração Pública assegure que os bens econômicos por ela oferecidos sejam materialmente acessíveis a todos que deles carecerem. Além disso, a promessa constitucional é que as ações e serviços de saúde devem possuir um acesso universal e igualitário. A partir desse cenário é que surge o tema da pesquisa, que tem por objetivo propor a cobrança daqueles que têm condições financeiras para utilizar os serviços do Sistema Único de Saúde, por duas razões: (i) a receita advinda da cobrança do serviço público de saúde pode ser uma alternativa de investimento pelo governo para ampliar o acesso aos serviços de saúde, notadamente nos dias atuais, com discussões acerca da reforma tributária, austeridade fiscal e a busca por fontes alternativas de receita

* Mestranda em Direito (bolsista CAPES) pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná e em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED). Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental (Qualis A2). Vice-presidenta do Instituto Política por.de.para Mulheres. Email: barbarabmmab@gmail.com.

para minimizar o déficit público; e (ii) por uma questão de justiça, no conceito utilizado por John Rawls, para quem os dois princípios básicos da justiça são: (ii.1) acesso igualitário ao sistema de liberdades básicas; e (ii.2) mediação das desigualdades sociais, de modo a garantir as mesmas oportunidades e vantagens a todos. A conclusão obtida é a de que não há vedação jurídica para a cobrança, visto que a Constituição em nenhum momento fala em gratuidade. Pelo contrário, além de seu Artigo 198, que prevê a possibilidade de financiamento do SUS por “outras fontes”, dispõe no Artigo 195 que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Assim, é possível que, por meio de lei, seja instituída a cobrança. É necessário então desconstruir o mito da gratuidade, a partir de uma leitura da Constituição pautada na igualdade. Ainda, defende-se que a cobrança seria relativa ao usuário (a depender de sua capacidade econômica), e não ao tipo de serviço prestado. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, pois a partir de uma leitura principiológica da Constituição Federal voltada à igualdade, é possível logicamente concluir que não há óbices à cobrança do serviço público de saúde no Brasil.

Palavras-chave: direito à saúde; gratuidade; igualdade material; sistema único de saúde (sus); universalidade.

A COMUNICABILIDADE DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVO E PENAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

BRUNO HENRIQUE AIBARA*

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar, através de uma metodologia exploratória, a possibilidade de repercussão da decisão absolutória proferida em sede de processo penal na instância administrativa, quando a responsabilização nestas esferas é decorrente dos mesmos fatos – mormente quando a absolvição criminal não apresenta como fundamento a negativa de autoria ou inexistência do fato – e se a impossibilidade resultaria em violação ao princípio da presunção de inocência. Observa-se que há bens jurídicos que são considerados relevantes tanto criminalmente quanto administrativamente estando, pois, sujeitos à responsabilização simultânea em ambas às esferas, tendo como objeto os mesmos fatos. Não obstante, os dois consistem em atribuição de responsabilidade por prática de ilícito, estando, pois, submetidos ao regime constitucional, o qual consagra garantias mínimas a serem respeitadas por cada esfera. Por tal razão que autores defendem a aplicação de um regime jurídico que observe um núcleo comum de princípios. Aliás, a diferença dos ilícitos penal e administrativo ocorre apenas no plano formal, dado que ontologicamente essa diferença não existe. Isso leva a sustentar que inobstante serem independentes, as instâncias se comunicam e em determinadas situações a decisão proferida em uma esfera pode influir ou até mesmo vincular a outra. A questão que causa controvérsia está justamente quando se trata de decisão absolutória com fundamento na ausência de provas suficientes para a condenação. Ao, por exemplo, se realizar uma leitura restrita do disposto no Art. 126 da Lei nº 8.112/90 pode-se aduzir que apenas gera repercussão na esfera administrativa a absolvição criminal que negue a existência do fato ou que afaste a autoria. No entanto, considerando da identidade ontológica dos ilícitos, bem como da sujeição ao respeito às garantias fundamentais (incluindo, assim, a presunção de inocência e o devido processo

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil).
Email: brunohenriqueaibara@gmail.com.

legal), parece carecer de razoabilidade (ou até mesmo de coerência) que o Estado exerça sua pretensão punitiva em uma esfera e em outra deixe de exercê-la sob o argumento da inexistência de provas. De que modo as mesmas provas podem ser consideradas como suficientes em uma, mas insuficientes em outra, dado que os fatos apurados e a conduta tipificada é a mesma? Certos autores defendem que, por respeito ao princípio da presunção de inocência, a absolvição na seara penal possui o condão de influir na instância administrativa mesmo tendo a decisão se fundado na falta de provas. Os efeitos jurídicos decorrentes de decisão penal absolutória não podem ser distintos em razão do fundamento apresentado (seja por ausência de provas, seja por ausência de autoria ou inexistência do fato). Há de se destacar também que a presunção de inocência, como direito fundamental de dimensão objetiva, implica no dever do Estado de agir em prol da sua proteção, de forma a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais. Conclui-se, de tal modo e ainda que provisoriamente, que em face do princípio da presunção de inocência, da que a decisão penal absolutória, independentemente de seu fundamento, pode (ou deve) repercutir na seara administrativa.

Palavras-chave: administrativo; penal; absolvição; presunção de inocência; comunicabilidade das instâncias.

DIREITO DO TRABALHO E DESIGUALDADE DE CLASSES NO BRASIL

BRUNO MORENO CARNEIRO FREITAS*

PRISCILA MOREIRA BORGES**

RESUMO

Este trabalho de revisão literária analisa o papel que cumpre o Direito do Trabalho no âmbito da produção capitalista e da relação de classes no Brasil, utilizando a teorização de Michel Miaille com relação ao papel social do Direito, bem como obras que abordem diretamente o papel do Direito do Trabalho e o Direito do Trabalho no Brasil, procurando relacioná-las à análise produzida por Florestan Fernandes sobre a sociedade de classes sob o subdesenvolvimento. Michel Miaille entende que um sistema jurídico numa dada sociedade seria expressão dos termos e instituições daquela mesma sociedade. Assim, como tais termos e instituições teriam nascido de necessidades reais de vida existentes em cada uma das sociedades, não teriam qualquer tipo de pretensão científica. Por outro lado, o Direito, que não é determinado diretamente pela natureza, possui particularidades e complexidades. O Direito do Trabalho seria uma das componentes da instância jurídica que mais se relaciona com o processo de alienação da força de trabalho. Portanto, se o Direito estaria condicionado pelas relações sociais de produção, o direito do trabalho estaria condicionado pela relação de compra e venda e formas de exploração da força de trabalho sob o capitalismo. Mas também não haveria história do direito do trabalho sem a compreensão de como se desenvolveu a autonomia coletiva dos trabalhadores e expressão dos movimentos das coletividades do trabalho para aquisição de direitos. Segundo Fernandes, na sociedade brasileira, a formação de um Estado nacional independente se deu sem alterações anteriores ou concomitantes na organização da economia e da sociedade, construindo-se sem que o regime de estamentos sofresse abalo, transformando senhores rurais em aristocracia agrária. A construção do capitalismo nestes marcos explica por que a sociedade nacio-

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil).

** Mestranda do Programa de Estudos Pós-Graduados em Política Social da Universidade Federal Fluminense (Niterói-RJ, Brasil).

nal emergente não era economicamente independente. Assim, o capitalismo dependente é fruto de um Estado nacional: que se deu sem que se processassem alterações na organização da economia e da sociedade e sem abalar o regime de estamentos anteriormente vigente. Já a análise da sociedade de classes sob o capitalismo dependente no Brasil leva à conclusão da existência de dois grandes grupos sociais, os “possuidores de bens” e os “não possuidores de bens”, sendo que os “não possuidores de bens” são distribuídos por categorias distintas, sendo que a maior parte delas não chega a ter interesse de classe e “situação de classe”. Em função desta estrutura social, o papel de regulação do Direito do Trabalho era depurado de alguns de seus elementos fordistas no Brasil, propiciando maior concentração de renda nas classes compradoras de força de trabalho. Ou seja, as formas sociais arcaicas incorporadas pelo capitalismo dependente colocaram o Direito do Trabalho brasileiro em um patamar distinto dos de países centrais, permitindo a superexploração da força de trabalho de grande parcela da classe trabalhadora, os “não possuidores de bens”.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos sociais; direito do trabalho; sociedade de classes; desigualdade social.

CRISES ESTRUTURAIS: O ESTADO DE COISA INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E A SUA RELAÇÃO COM A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A IMPLEMENTAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

BRUNO DE ALMEIDA PASSADORE*

CAMILLE VIEIRA DA COSTA**

RESUMO

No presente comunicado científico, será analisada a questão do desinteresse da Administração Pública em organizar a Defensoria Pública - especificamente seu ramo paranaense - e as consequências disso para o corrente caos do sistema penitenciário. Apontar-se-á que a solução da falha sistêmica relacionada à situação carcerária brasileira envolve uma análise sob um aspecto estruturante, dotado de uma perspectiva de concreta mudança de uma realidade. Após a análise de uma série de documentos e dados oficiais do governo brasileiro, será realizado paralelo entre o “*Estado de Coisas Inconstitucional*” das prisões nacionais e a carência de assistência jurídica para fazer frente às diversas vulnerabilidades que aqui existem. Entre os diversos paralelos com paradigmas estrangeiros, será estudado o bastante conhecido “*Brown vs. Board of Education*” analisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos e relacionado à sistemática violação de direitos humanos de grande parcela da população norte-americana em razão de sua raça nos idos dos anos 1950. Será abordada a sistemática resistência da Administração Pública em consolidar e estruturar órgãos da Defensoria Pública, apesar da existência de determinação constitucional neste sentido. Notadamente, será analisado grande corte orçamentário no ramo paranaense da

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade de São Paulo (USP) (São Paulo-SP, Brasil). Defensor Público do Estado do Paraná. Email: bruno.passadore@defensoria.pr.def.br.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil). Defensora Pública do Estado do Paraná, Email: camille.costa@defensoria.pr.def.br.

Defensoria Pública e da carência de defensores públicos no órgão. Por fim, e após apresentação das devidas comparações, será apontado que a alteração da realidade dos presídios brasileiros se dará apenas após a devida consideração deste problema e quando a Defensoria Pública se fizer presente em todas as unidades jurisdicionais do país de maneira estruturada e materialmente capaz de cumprir com suas missões constitucionais e, assim, mudar a realidade apresentada.

Palavras-chaves: defensoria pública; sistema penitenciário; direitos humanos; crise estrutural; acesso à justiça.

ANTINOMIAS E PROPOSTAS NO MICROSSISTEMA DE COMBATE A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

CAMILA DE AZEVEDO ANTUNES*

GABRIEL MORETTINI E CASTELLA**

RESUMO

Objetivo: A presente pesquisa origina-se de um projeto alusivo as antinomias e possíveis soluções no microsistema de combate a corrupção. Este estudo tem como essência a complexidade que envolve o sistema de combate e prevenção a corrupção no âmbito da administração pública brasileira. Isto posto, buscou-se pontuar as legislações atinentes a referida temática, de modo a delimitar o microsistema de combate a corrupção. Contudo, constatou-se antinomias e incongruências quanto aos critérios interpretativos para a aplicação de Leis que objetivam tutelar o mesmo bem jurídico. Nesta mesma esteira, com o propósito de aprimorar os mecanismos de combate à fraude e corrupção na Administração Pública, insta salientar as Leis 8.429.92 e 12.846.13, Lei de improbidade administrativa e Lei anticorrupção respectivamente. Portanto, o objetivo do projeto é analisar esta nova conjuntura legislativa, com foco nas antinomias entre a permissão para celebração de acordos, a possibilidade de atenuação das penas quando já implementados programas de integridade e as hipóteses de indisponibilidade de bens liminarmente sob a lógica do novo código de processo civil. Metodologia: Considerando as incongruências normativas do microsistema de combate a corrupção do Brasil, busca-se através do método dialético, com base na doutrina, lei e artigos, analisar as antinomias na aplicação das Leis 12.846/2013 e

* Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Pesquisadora de Iniciação Científica pela Fundação Araucária em matéria de Direito Constitucional, com foco nos Direitos Sociais. Integrante do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, vinculado ao PPGD/PUCPR. Principais áreas de pesquisa: Direito Público, Direito Constitucional e Direito Administrativo. Email: camila.azevedoantunes@hotmail.com.

** Mestrando em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) (São Paulo-SP, Brasil). Especialista em Compliance por Legal, Ethics and Compliance. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Email: gabriel_ca_stella@hotmail.com.

8.429/1992. Posteriormente, a pesquisa avançará para análise dos principais instrumentos utilizados pelo Estado como forma de combate e prevenção a corrupção, em especial no âmbito da operação lava jato. Ao final, pretende-se apontar as antinomias decorrentes da aplicação das normas mencionadas acima e apresentar novas propostas para congruência na busca por maior eficiência no denominado microsistema de combate a corrupção. As fontes da pesquisa incluirão doutrina nacional e comparada, sempre a partir de uma forte perspectiva crítica e interdisciplinar. Resultados: Os resultados desta pesquisa por ora são parciais, tendo em vista que o estudo ainda está em execução. De início, é possível constatar o cenário de insegurança jurídica causado pela permissão de celebração de acordos de leniência e a simultânea vedação por fatos praticados pela mesma pessoa jurídica. Ainda, a incongruência do sistema é verificada na medida em que os benefícios a que os sujeitos passivos poderiam usufruir decorrentes da Lei Anticorrupção, não se estendem aos atos praticados a Lei de Improbidade Administrativa. Conclusão: Diante do exposto, verifica-se a necessidade de fomento sobre a discussão por maior segurança jurídica aos sujeitos passíveis de sancionamento pelo microsistema de combate a corrupção, assim como, diminuindo a esfera discricionária da Administração Pública, vinculando a tomada de decisões por parte das instituições públicas.

Palavras-chave: corrupção; compliance; evasão fiscal; empresa; administração pública.

MOBILIDADE URBANA COMO MECANISMO PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À IGUALDADE

CAMILA DE PAULA*

DAVI BREMGARTNER DA FROTA**

RESUMO

Diante de uma estrutura capitalista de sociedade e com a consolidação do consumo como um dos elementos centrais dessa sociedade, a cidade é vista de forma suburbanizada, no sentido de que as classes mais baixas, desprovidas de qualquer poder aquisitivo, são afastadas dos grandes centros urbanos, vendo-se obrigadas a habitarem locais sem quaisquer condições mínimas aptas a assegurar a dignidade da pessoa humana. Frente a esse cenário de polarização entre centro e periferia, tornou-se primordial o estabelecimento de diretrizes em prol do desenvolvimento urbano, de modo a assegurar o direito à cidade através de bases democráticas que efetivem a inclusão social. É nesse sentido que a mobilidade urbana tem papel relevante para a garantia do direito de ir e vir de todas as pessoas, ou seja, na medida em que o Poder Público investe em melhores condições de mobilidade, o desenvolvimento urbano e social também são afetados, pois o acesso aos meios de locomoção da urbe facilita o fluxo de pessoas, bens, mercadorias e capital. Insta salientar que, nos termos da Lei nº 12.587/2012, a mobilidade urbana compreende calçadas com passeios para trânsito de pedestres, ciclovias, vias automotivas, metroferrovias, hidrovias, estacionamentos, pontos de embarque e desembarque de passageiros e cargas; terminais, estações, conexões; sinalização viária e de trânsito, além de todo um aparato informacional para facilitação do uso dos meios de locomoção. Entretanto, a ausência de um planejamento urbano e/ou a implantação de um plano diretor deficitário enseja na impossibilidade da promoção (e conseqüente concretização) do direito a igualdade urbana, uma vez que a não observância dos problemas sociais e econômicos esparsos em diferentes lugares da urbe acabam por criar políticas públicas que prestigiam apenas determinados

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) (Curitiba-PR, Brasil).
Email: camiladp@hotmail.com.

** Graduando em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) (Curitiba-PR, Brasil).
Email: davibref@gmail.com.

grupos sociais. Para tanto, a Lei de Diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana traça diretrizes aptas à promoção da gestão da urbe de forma a possibilitar a participação democrática na construção das políticas de mobilidade para as cidades, pautando-se em princípios de sustentabilidade ambiental e desenvolvimento, tendo também o objetivo de reduzir desigualdades e promover inclusão social. A pesquisa teve como metodologia a revisão bibliográfica para fins de conceituação de termos referentes ao direito às cidades, também foram feitas pesquisas em sítios eletrônicos da prefeitura de Curitiba com o intuito de identificar a participação democrática na formulação da mobilidade urbana municipal, bem como se estas promovem a efetivação de Direitos Humanos.

Palavras-chave: igualdade; mobilidade urbana; cidade; direitos humanos.

UMA ANÁLISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS NO CASO DO HOLOCAUSTO BRASILEIRO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS POLÍTICAS PÚBLICAS IMPLEMENTADAS APÓS OMISSÃO ESTATAL

CAMILA MACHADO QUADROS*

RAFAEL CORRÊA DE OLIVEIRA**

RESUMO

O presente ensaio teve por objeto analisar criticamente os direitos fundamentais violados na situação calamitosa que ocorreu nos anos de 1960 e 1970 na cidade de Barbacena/MG, referente a um dos maiores hospitais psiquiátricos da época, onde o Estado foi omissivo. A partir disso, busca-se analisar quais as políticas públicas criadas como remédios a defasagem constitucional acerca dos direitos violados, principalmente no tangente a saúde. O problema de pesquisa consiste, então, no seguinte questionamento: Quais políticas públicas foram implementadas a partir dos direitos fundamentais violados no caso do holocausto brasileiro? Parte-se do pressuposto de que se o Estado tivesse sido efetivo a maioria das mortes teria sido evitadas, pelo menos não pelos motivos que ocorreram e em tamanha demanda. Ainda, as condições que aquelas pessoas viviam é caso de extrema afronta à nossa Constituição Federal e aos direitos fundamentais existentes, visto que eram tratados como indigentes, sem identificação alguma. O holocausto brasileiro, como ficou conhecido o fato, foi o primeiro caso, dentre vários, a ter visibilidade por todas flagrantes ilegalidades realizados com os cidadãos que eram direcionados até o Hospital Colônia naquela cidade. A situação do hospital Colônia foi tão caótica que a “história” lhe compara com o ocorrido na Alemanha nazista de 1933, onde milhares de judeus foram sujeitados e obrigados a

* Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Aperfeiçoamento em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduada em Direito pela UNISC. Advogada. Email: camilamachadoquadros@yahoo.com.br.

** Pós-graduado em administração de empresas pela FGV/CEEM (Caxias do Sul-RS, Brasil). Pós-graduando em Direito Civil e Empresarial pelo Complexo Jurídico Damásio Educacional. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Advogado. Email: rcdeoliveira.adv@gmail.com.

suportar por condições indignas e afrontosas a todos princípios relacionados a dignidade da pessoa humana, sendo, muitas vezes, violentados, e obrigados a usar roupas sujas e de pouco pano, passar fome bem como, realizar trabalho forçado para o exército alemão, daí o motivo de utilizarem o termo “holocausto” no caso brasileiro. Foram muitos os direitos violados no Colônia, desde os mais clássicos, de primeira geração: vida, liberdade, segurança, honra; até os de segunda e terceira geração: saúde, educação, direitos sociais, direito a igualdade, qualidade de vida saudável, etc. Quando falamos de direitos fundamentais não podemos esquecer de citar a dignidade da pessoa humana - que está elencada no rol dos direitos fundamentais, mesmo que seu conceito seja amplo e com vasta discussão doutrinária – uma vez que transmite a sensação de que todo cidadão deverá ter uma condição digna de respeito à sua vida e que neste caso não foi e o Estado fingia não ver o que acontecia. Como resultado da pesquisa conclui-se, então, que além de possuir relevância social em razão de tudo que aconteceu a época dos fatos, onde os “pacientes” do local não conseguiram se resocializar com tanta facilidade e tiveram seus direitos fundamentais friamente violados, atualmente, o Estado criou, então, as políticas públicas do SUS e o CAPS, em razão do holocausto brasileiro, porém o tratamento que a população brasileira ali encontra é similar ao Colônia, ou seja, há um resquício de tudo aquilo que foi feito no século XX, gerando um retrocesso político e nos forçando, automaticamente, a passar por situações, por vezes, análogas de Barbacena. O artigo utiliza técnica bibliográfica e o método é hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: holocausto brasileiro; direitos fundamentais; violação; políticas públicas; estado.

DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO, UMA ANÁLISE COMPARADA DAS LEIS DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO BRASIL (LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011) E NA FRANÇA (LEI Nº 78.753, DE 17 DE JULHO DE 1978).

CAMILE WIEDERKEHR*

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo geral analisar, por meio do direito comparado, o direito de acesso à informação no Brasil e na França, por meio do estudo das Leis nº 12.527/2011 (Brasil) e Lei nº 78.753/1978 (França). Caracterizada como de abordagem qualitativa e de natureza bibliográfica, tem como fundamento a análise de textos, artigos e obras da doutrina nacional e estrangeira, assim como de dispositivos normativos. Para atingir o objetivo proposto, esta investigação procura compreender o conceito de direito fundamental à informação e sua previsão nos ordenamentos jurídicos francês e brasileiro, bem como quais os procedimentos legais e administrativos que efetivam o acesso à informação nesses países. Para tanto, esta pesquisa busca analisar, ainda, o estudo da Lei do Habeas Data (**Lei nº 9.507/1997**), **que regula o direito de acesso a informações no Brasil**. Destaca-se, ainda, em âmbito internacional, o estudo da proteção do direito à informação por meio do artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU). Examina-se o papel do legislador de regulamentar o direito ao acesso à informação, do poder judiciário de garantir o cumprimento da lei, bem como das Organizações Internacionais de defender o respeito aos direitos fundamentais. Além disso, examina-se, por meio das Leis de Acesso à Informação do Brasil e da França e das Constituições dos dois países, se esse direito fundamental é garantido para que seus cidadãos tenham o direito de acesso a dados públicos. Dessa forma, a pesquisa apontou que o respeito ao direito fundamental à informação é essencial para a manutenção de uma sociedade democrática. Ao respeitar o

* Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela PUC-PR. Assessora Jurídica. Email: camile_w@hotmail.com.

direito fundamental à informação, assegura-se uma maior participação social, bem como o incentivo à inclusão social e ao exercício da cidadania.

Palavras-chave: direito constitucional; direitos fundamentais; direito à informação; direito comparado; direito francês.

FRONTEIRAS ABERTAS: A IMIGRAÇÃO E O DIREITO NATURAL

CARLOS FREDERICO GURGEL CALVET DA SILVEIRA*

THIAGO LEITE CABRERA PEREIRA DA ROSA**

RESUMO

Fronteiras abertas é expressão desafiadora que pode parecer, num momento em que se discute o paradoxo da imigração nas sociedades democráticas e defensoras dos direitos humanos, mera utopia. Não se trata disso, porém. Trata-se de se estabelecer critérios novos para um problema que a sociedade atual pode enfrentar com seus novos meios de proteção da vida e de preservação dos direitos fundamentais. O tema que ora nos ocupa poderia ser formulado primeiramente de um modo geral nos seguintes termos: há um dever decorrente de um direito natural de acolher o semelhante que deseja mudar de território em vista de uma vida que julgue melhor? Ou ainda, de modo mais restrito, se considerarmos os casos mais extremos, isto é, dos que se refugiam de flagelos naturais, ou de guerra, ou ainda de perseguições políticas, há direitos naturais que obriguem a acolhida nestes casos extremos? A formulação destas questões já indica que os fundamentos que nos podem ajudar a encaminhar a solução para o problema dos refugiados podem dizer respeito ao direito natural. O objetivo deste trabalho, além de mostrar que princípios éticos podem reger ou iluminar as instâncias jurídicas da imigração, é também mostrar que o direito à imigração, especialmente no caso dos refugiados, baseia-se nos princípios clássicos do direito natural. Tomaremos, por isso, como ponto de partida de nossa investigação os direitos humanos e os direitos internacionais concernentes à imigração já bem estabelecidos ou em vias de estabelecimento através de acordos e organismos de cooperação internacional de largo alcance. A metodologia de nossa investigação reconduz esses direitos a uma fundamentação na tradição do direito natural abordado sobretudo na perspectiva de John Finnis. Os resultados de nossa investigação indicam que, mais do que do passado, estes

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Doutor em Filosofia pela Università San Tommaso d'Aquino (Roma).

** Professor do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

princípios clássicos mostram-se eficazes para nossa época, graças a todas as conquistas da humanidade tanto no âmbito dos direitos humanos quanto no que diz respeito aos meios para uma vida melhor para os cidadãos de nossas sociedades.

Palavras-chave: imigração; direito natural; fronteiras abertas; John Finnis; Joseph Carens.

O PRINCÍPIO DA INOCÊNCIA, A CONDENAÇÃO MUDIÁTICA E A LIBERDADE DE IMPRENSA: UM PARADIGMA DA JUSTIÇA

CAROLINA CANTERO GUSSON*

NICOLAS ADDOR**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discorrer acerca dos limites da liberdade de imprensa, em contraponto com o direito individual de um processo justo e garantista do princípio da inocência, até condenação ulterior. Hoje, é de fácil análise a constante exposição e condenação midiática de processos em andamento. A imprensa brasileira ao invés de ser a medida protetiva dos cidadãos para fiscalização, exposição e condenação do abuso do poder público e da garantia dos direitos sociais, como foi um dia, se volta contra a própria história e se tornou um antro de informações duvidosas, exposição de documentos e fatos sigilosos e uma arma, apontada diretamente para a sociedade brasileira. Não obstante a sua corrente atuação, nunca se deve sequer considerar a possibilidade de uma limitação absoluta ou extrema da mídia, afinal, ela é sim um escudo dos cidadãos brasileiros contra o Estado, necessária para que este não se olvide que até mesmo o Leviatã possui limites, e que a régua que os traça ainda está nas mãos do povo. Assim, fazendo o contrapeso entre a atual atividade midiática e seu dever-ser, através de um método dedutivo de pesquisas bibliográficas e documentais, foi possível delinear, como uma acepção inicial que, apesar da essencialidade da imprensa, esta não deve permanecer agindo como uma justiça para-

* Graduanda no curso de Direito da Universidade Católica Dom Bosco de Mato Grosso do Sul (UCDB) (Campo Grande-MS, Brasil). Pesquisadora bolsista no projeto de iniciação científica da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e participante do Grupo de Pesquisas Patrimônio, Direito e Diversidade. Email: carolinacgusson@hotmail.com.

** Mestrando bolsista (PROSUP/CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Cursa especialização em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (PUC-PR) e colaborador do Grupo de Pesquisas Patrimônio, Direito e Diversidade (UCDB). Advogado. Email: addorioux@gmail.com.

lela, na qual é, em si própria, o órgão julgador e executor, ignorando os fatos que considera irrelevantes e atuando de acordo com as próprias “leis”. Dessa maneira, é inevitável a conclusão da latente necessidade de normatização das informações divulgadas pela imprensa que afetam o direito individual das partes envolvidas sem, entretanto, anular seu dever de informação social. Fato perfeitamente possível e aplicável, que deve ser promovido com a máxima cautela e fiscalização social e judicial, para a garantia da liberdade de expressão sem detrimento da segurança jurídica, do princípio da inocência e do devido processo legal.

Palavras-chave: liberdade de imprensa; liberdade de expressão; princípio da inocência; exposição midiática; justiça paralela.

O VILIPÊNDIO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE DOS DADOS DE USUÁRIOS NAS REDES SOCIAIS

CHARLES EMMANUEL PARCHEN*

RESUMO

O estudo tem por objetivo analisar os direitos de propriedade e seus conexos sobre dados dos usuários, quando aplicados ao cenário das redes sociais que utilizam a mineração de dados como ferramenta para fomentar seus negócios. A questão é complexa, mas cabe o enfrentamento cada vez mais premente diante do volume de dados e informações lançadas a cada segundo nos mais diversos aplicativos ligados à Tecnologia de Informação e Comunicação (TIC). Analisando, conceituando e discorrendo sobre redes sociais e sobre a mineração de dados como ferramenta tecnológica aplicada às mesmas, o estudo tem por escopo verificar as principais consequências socioambientais que o usuário de redes sociais suporta pela prática de mineração de dados, que é autorizada através do consentimento dado em contratos de adesão necessários para que se possa ter acesso ao serviço. Objetiva-se também analisar, cotejar e confrontar as cláusulas contratuais de mineração de dados em redes sociais com a legislação existente acerca da proteção de dados (Projeto de Lei 5.276 e Marco Civil da Internet), e a proteção normativa do Código Civil e da Lei 8.078/90, com a finalidade de verificar a validade e eficácia das mesmas e eventuais lacunas no arcabouço protetivo dos direitos dos usuários. O estudo segue o método dedutivo para relacionar informação e dado, suas características, semelhanças e diferenças para que possa tê-los como objeto a permitir a análise e aplicação, neste contexto, dos institutos civis da propriedade, posse, uso e gozo nestes novos tipos de arranjos sociais modernos. Para tanto, o estudo necessitará discorrer sobre o conceito de dados e informação e, analisando as características destas categorias através do método hipotético-dedutivo, apontar as eventuais e verificadas lacunas existentes na Legislação brasileira e em contratos (negócios jurídicos) de redes sociais que confundem as duas categorias, para ocasionar

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutorando em Direito econômico e socioambiental da PUCPR. Mestre em Direito econômico e socioambiental da PUCPR. Especialista em Direito Privado pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Especialista em Processo Civil pela PUCPR. Professor do curso de Direito da Unicuritiba (Curitiba-PR, Brasil) e Faculdades Santa Cruz (Curitiba-PR, Brasil). Advogado. E-mail: charlesadv@gmail.com.

a sua cisão e assim, confundir e prejudicar os direitos do usuário. A pesquisa tem caráter explicativo, passando pelas fases da pesquisa exploratória e descritiva, debruçando-se sobre as consequências socioambientais decorrentes das práticas costumeiras em redes sociais e que envolvem os direitos de seus usuários, que precisam ser reconhecidos e especialmente protegidos pela Jurisprudência e pela Legislação. Como o usuário da tecnologia será estudado em seu comportamento e também é parte fundamental da construção da realidade contemporânea que dita o tratamento da informação e dos dados, o trabalho utilizará o método fenomenológico para explicar a forma de comunicação e interpretação do mundo digital que a sociedade faz, em suas interações que causam diversos efeitos socioambientais benéficos, mas também que podem trazer malefícios, que serão explicados ao longo do estudo. Ainda, por intermédio do método hipotético-dedutivo e por meio da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, pretende-se formar um embasamento que permita a análise da existência e constituição de um verdadeiro patrimônio digital em favor do usuário. As conclusões parciais já verificadas permitem afirmar que os direitos sobre os dados dos usuários de redes sociais estão sendo vilipendiados, expondo-os à um completo descontrole sobre a personalidade, direitos estes, constitucionalmente protegidos.

Palavras-chave: mineração; redes sociais; dados; contratos; propriedade.

PINK TAX E DISCRIMINAÇÃO DE GÊNERO A PARTIR DA APLICAÇÃO DE TÉCNICAS DE *PROFILING*

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS*

LUIZA PAROLIN**

RESUMO

O artigo abrange as áreas de Direito e Tecnologia, buscando compreender a proximidade entre estas duas esferas do conhecimento, na medida em que a tecnologia está cada vez mais presente na sociedade contemporânea. Em razão da evolução tecnológica, é necessário estar cada vez mais ciente em relação ao uso dos dados pessoais fornecidos neste mundo tecnológico. E, é por meio do fornecimento destes dados que ocorre a aplicação das técnicas de caracterização de perfil (*profiling*), a qual é realizada pelos serviços *online*, plataformas *e-commerce* e redes sociais. Contudo, a aplicação desta técnica também é utilizada de forma a proporcionar a discriminação de gênero. Isto porque, por meio do *profiling*, se verifica a ocorrência do fenômeno denominado *Pink Tax* (Imposto Rosa ou Custo Mulher), o qual consiste na prática de discriminação de gênero pela fixação do preço dos produtos com base a quem ele se destina. O artigo apresenta e discute o fenômeno *Pink Tax* que leva o gênero feminino a pagar mais caro pelo mesmo produto pelo fato de ser destinado ao gênero feminino. Portanto, analisa-se a discriminação de gênero por meio do *Pink Tax*, de modo a refletir sobre discriminação a partir de dados estadunidenses, bem como frente à legislação brasileira e à aplicação de técnicas de *profiling* com base no tratamento de dados pessoais. Visa-se não somente explicar o funcionamento da técnica de *profiling* e os efeitos do *Pink Tax*, mas demonstrar como tal prática é capaz de desfavorecer o universo feminino por meio da discriminação de gênero.

Palavras-chave: *pink tax*; discriminação de gênero; dados pessoais; *profiling*; direitos fundamentais.

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutora em Informática pela PUCPR, Professora Titular da Escola de Direito e Pesquisadora Permanente do Programa de Pós. Graduação em Direito da PUCPR. E-mail: cinthia@ppgia.pucpr.br.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Graduanda em Direito pela PUCPR, bolsista PIBIC. E-mail: luizaparolin@hotmail.com.

A TUTELA COLETIVA COMO MECANISMO DE PROMOÇÃO DA IGUALDADE, DO ACESSO À JUSTIÇA E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL

CRISTINA BORGES RIBAS MAKSYM*

RESUMO

A doutrina constitucional em décadas passadas reconheceu força normativa aos direitos fundamentais sociais e apoiou a realização destes pela via judicial, o que implicou, contudo, na proliferação de decisões extravagantes e emocionais que condenaram (e condenam) a Administração Pública a custear inúmeras políticas públicas sequer existentes, como no caso de fornecimento de medicamentos que não constam das listas oficiais de distribuição gratuita. Referido ativismo judicial neoconstitucionalista, além de impactar exponencialmente no orçamento público, concede privilégios a alguns jurisdicionados que interpõe respectivas ações individuais em prejuízo dos demais cidadãos sem acesso à justiça e que continuam dependentes das políticas do Poder Executivo. É o que o Ministro Luis Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal denomina da passagem da *“falta de efetividade à uma judicialização excessiva”* dos direitos sociais. Ocorre que estas pretensões referentes a políticas públicas inexistentes são de titularidade difusa, pois associadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, razão pela qual sequer poderiam ser reivindicadas e concedidas de modo individualizado. Neste sentido, Daniel Wunder Hachem fundamenta que, diante das características especiais dos direitos fundamentais, se a pretensão jurídica estiver associada à dimensão subjetiva destes direitos poderá ser postulada individualmente, mas se conexa à sua perspectiva objetiva só poderá ser reivindicada por meio dos instrumentos de tutela coletiva, sob pena de, inclusive, atentar-se ao princípio da igualdade. Com isso não se está a argumentar que os direitos sociais não possuem eficácia ou que possuem mero conteúdo programático e muito menos se busca enfraquecer a sua proteção jurídica. Neste contexto, como salienta Elton Venturi é imprescindível que se abandone o paradigma de prestação jurisdicional exclusivamente embasado no modelo processual inspirado pelo

* Universidade Federal do Paraná – UFPR (Curitiba-PR, Brasil). Mestranda em Direito do Estado pela UFPR. Pós-graduada em Direito Ambiental pela UFPR (2015). Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais em Teorias da Justiça, Democracia e Intervenção da UFPR (2017). Advogada. E-mail: cristinacbr@hotmail.com.

individualismo e liberalismo do século XIX para que se possa através da tutela coletiva que é mais alinhada à justiça social, reduzir as desigualdades sociais e promover a pacificação social e a cidadania, formando-se, por consequência, um verdadeiro Estado Democrático. Por estas razões se defende a conversão das tutelas individuais em coletivas nestas hipóteses de discussão acerca de políticas públicas inexistentes (quando cabível este procedimento, nos termos do art. 139, IX e X do CPC e com “análises dialógicas” e “decisões instrumentais” que respeitem à separação de poderes), a qual poderá garantir uma prestação administrativa e judicial mais igualitária, além de mais avanços sócio-econômicos e, por consequência, se poderá consolidar um Estado que pretende ser democrático e de Direito.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais; igualdade; tutela coletiva; ativismo judicial; políticas públicas.

PRESCRIÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA.

CYNTHIA MARA DE PAULA SCHUHLI REVERS*

FABIANE DE SOUZA**

RESUMO

Assumindo a primazia da abordagem do prejuízo à coletividade, este estudo tem por objetivo analisar a incidência da prescrição nos débitos com a União decorrentes de ato de improbidade administrativa e suas implicações em caso de supressão do ressarcimento ao erário, com particular ênfase aos danos suscitados no repasse de verbas públicas para a prestação de serviços como saúde e educação, atingindo Direitos Fundamentais cruciais. Assim, cabe discutir o artigo 37, §5º, da Constituição Federal de 1988 que faz ressalva em sua parte final sobre as ações de ressarcimento ao erário da incidência do instituto da prescrição, abrindo precedentes para interpretações diversas, sem fazer menção expressa de que tipo de ilícitos se aplicaria tal norma. Em conjunto, é aplicada a lei nº 8.429 de 2 de junho de 1992 que dispõe sobre os atos de improbidade praticados por qualquer agente público contra a Administração Pública (Art. 1º da Lei 8.429/92), nada obstante, o legislador deixou a definição de entendimento sobre o ato ímprobo em aberto, se restringindo a definir apenas os tipos de improbidade administrativa (artigos 9, 10 e 11). O estudo sugere, através de análise em recentes julgados dos Superiores Tribunais e com base em doutrinas diversas, a necessidade de ser fixado um entendimento, referente à imprescritibilidade ou não do ressarcimento por ato de improbidade administrativa, visto que a conduta ilícita vindica estar descrita em lei, não necessitando de esforço de interpretação do órgão

* Centro Universitário UNIFACEAR (Araucária-PR, Brasil). Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNIFACEAR. E-mail: cynthia.revers@hotmail.com.

** Centro Universitário UNIFACEAR (Araucária-PR, Brasil). Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNIFACEAR. E-mail: fabi.souza.1959@gmail.com.

jugador. É de extrema importância o entendimento para que ilícitos administrativos não se tornem banais sendo necessário, uma definição específica para que os danos causados à coletividade por um ato irresponsável de um agente público não se tornem impunível pelo instituto da prescrição somado à morosidade da Justiça Brasileira e aos copiosos recursos que ela dispõe, resultando assim em prejuízos à sociedade e afetando Direitos Fundamentais garantidos pela Carta Magna.

Palavras-chave: prescrição; ressarcimento ao erário; direitos fundamentais; direito administrativo; ato de improbidade.

A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DA EFICÁCIA DA PROIBIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL.

DAIANE CORRÊA DA CRUZ*

MÁRCIA SARUBBI LIPMANN**

RESUMO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, foi celebrada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992. Também conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, o presente tratado foi consagrado como norma cogente, ou seja, considerada obrigatória em âmbito internacional. Os Direitos Humanos são aqueles destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de inteligência, dignidade e consciência, e permitir a satisfação de suas necessidades materiais e espirituais, portanto evidencia-se a necessidade de abordar tal assunto, visto que são parte essencial para a concretização do Estado Democrático de Direito. Neste interim, o problema de pesquisa visa questionar: a proibição do trabalho escravo através da Convenção Americana de Direitos Humanos é eficaz no Brasil? O objetivo geral consiste em: analisar as posições e providências tomadas pelo Brasil quanto à prevenção e fiscalização do trabalho escravo. Seus objetivos específicos são os seguintes: (1) conceituar direitos humanos; (2) explanar sobre o Pacto de San José da Costa Rica; (3) pesquisar dados específicos para a análise da eficácia desta norma. Por fim, no que tange à metodologia, esta pesquisa foi baseada no método indutivo, partindo de premissas específicas para chegar a uma conclusão geral. Resultados obtidos: Analisando dados estatísticos disponibilizados pelo Ministério do Trabalho, é possível notar uma forte crise teórico-prática, no que tange a efetivação do combate ao trabalho escravo, que está previsto no art. 6º do Pacto de San José da Costa Rica, visto que, nos anos

* Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Membro do grupo de pesquisa e extensão PAIDEIA. E-mail: daicruz.2397@gmail.com.

** Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Professora Titular na Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: sarubbi@univali.br.

de 2016 e 2017 o número de resgates e fiscalizações caiu drasticamente, sendo feitas no último ano, apenas 341 resgates, número mais baixo desde 1999 que registrou 725 resgates, oscilando em 2007 à 5.999. Devido a queda do índice de combate ao trabalho escravo nos últimos anos, hoje, Brasil está em 33º lugar na lista dos países com maiores índices de escravidão contemporânea. Contudo, em 2017, o STF realizou mudanças na *portaria nº 1.129, que flexibiliza conceitos e critérios para a caracterização de condições de trabalho análogas a de escravo, o que diminuiria ainda mais o número de trabalhadores resgatados, se nos anos com maiores números de resgate, estivesse em vigência tal portaria. Portanto, frente a esta situação emergencial, reconhece-se a necessidade da garantias de recursos para manutenção de políticas públicas que visam, fiscalizar as denúncias de condições degradantes de trabalho e o aumento de pessoal para garantir que as expedições sejam mais frequentes e eficazes, o que se torna precipuamente necessário, visto que tal dispositivo encontra-se não apenas em norma cogente internacional, mas em acordo firmado pelo Brasil em reconhecimento do elevado número de violações à proteção de trabalhadores, o que pressupõe a responsabilidade internacional do país em cumprir este acordo. Portando, conclui-se uma eficácia parcial do tratado ratificado.*

Palavras-chave: convenção americana de direitos humanos; direitos humanos; direito internacional; estado democrático de direito; trabalho escravo.

A UTILIZAÇÃO DE CONSTELAÇÕES FAMILIARES NA CASA DE ALBERGADO IRMÃO ULIANO, EM FLORIANÓLIS-SC, COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

DAIANE CORRÊA DA CRUZ*

MÁRCIA SARUBBI LIPMANN**

RESUMO

A presente pesquisa destina-se ao estudo de caso do projeto de aplicação do método denominado Constelações Sistêmicas ou Familiares aos albergados da Casa do Albergado Irmão Uliano que iniciou-se em 2017. O método visa aplicar uma abordagem humanista e ressocializadora, com respaldo científico, que contribui de forma efetiva para a pacificação social e reintegração dos albergados à comunidade. Ser aprisionado e não compreender ou mudar o comportamento que o levou até a segregação é algo bastante comum e tem motivado a reincidência na prática do desvio. Por isso é importante somar com a prisão métodos que ajudem recluso a compreender os motivos ocultos da infração, motivando-o a alterar o comportamento, para que quando em sociedade novamente, não volte a repetir o ato. Um método que tem se mostrado eficiente são as Constelações Familiares, que trata-se de uma abordagem terapêutica criada por Bert Hellinger (psicoterapeuta alemão), no qual se cria “esculturas vivas” reconstruindo a árvore genealógica de um determinado indivíduo, o que permite localizar e remover bloqueios do fluxo amoroso de qualquer geração ou membro da família. Helinger define o método como um trabalho de cunho fenomenológico e sua fundamentação é principalmente antropológica, filosófica e humanística. Neste sentido, o presente projeto tem por objetivo geral: Aplicar as Constelações Familiares aos internos presos por crimes relacionados à violência doméstica ou por pri-

* Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Membro do grupo de pesquisa e extensão PAIDEIA. E-mail: daicruz.2397@gmail.com.

** Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Professora Titular na Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. E-mail: sarubbi@univali.br.

são civil por dívida alimentícia na Casa de Albergado Irmão Uliano como alternativa para a ressocialização e ferramenta na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos visam elencar, como, através da Constelação Familiar o interno pode: (1) compreender os problemas ocultos que motivam o conflito que o trouxeram até a unidade; (2) Pacificar as relações sociais nos grupos e famílias dos internos; (3) Diminuir a taxa de reincidência, colaborando para socialização do interno. Quanto à metodologia, foi utilizado o método indutivo, na aplicação das constelações familiares coletivamente e individualmente, acompanhando pós-constelação para verificar as mudanças e resultados percebidos pelo interno. Resultados Obtidos: Até o presente momento, averiguou-se pelos resultados expressivos no meio jurídico onde as constelações, no Direito de Família estão pacificando os conflitos e motivando conciliações, proporcionando raríssimas taxas de reincidência conflitual. Constatando também, que o custo na aplicação e gerenciamento é bastante baixo comparado com o gasto mensal que o Estado tem para manter o sistema prisional. Por fim, através da aplicação da Constelação Familiar, em Massachusetts-USA, obteve como resultado da pesquisa mudanças significativas aos apenados e seus familiares onde os internos puderam fazer movimentos no sentido ao reconhecimento da culpa, aceitação da responsabilidade, dar e receber perdão e alcançar a reconciliação com seus familiares, concluindo que o método auxilia na restauração do sentimento de dignidade no apenado, contribuindo de forma efetiva para o seu retorno ao convívio familiar, sua ressocialização e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: constelação familiar; dignidade da pessoa humana; direitos humanos; pacificação social; ressocialização.

A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA E O RETROCESSO AOS DIREITOS HUMANOS: UM CAMPO ABERTO PARA VIOLAÇÕES E AUTORITARISMO

DEVILSON SOUSA*

CLOVIS GORCZEWSKI**

RESUMO

O terrorismo, em suas mais diversas modalidades, tem ensejado medidas, estudos e discussões em todo o mundo, especialmente pela proporção que tem tomado nos últimos anos. Vários países, sejam eles do oriente ou do ocidente, tem debatido formas de enfrentamento, prevenção e combate a este tipo de crime. Nesta esteira, como não poderia deixar de ser, o Brasil, por meio da lei 13.260 de 16 de março de 2016, identificada como lei antiterrorismo, buscou tratar acerca do terrorismo e de seu combate, bem como, veio reformular o conceito de organização terrorista. Contudo, mesmo com o objetivo notável, a lei antiterrorismo, por conter disposições extremamente vagas, ambíguas ou mesmo imprecisas, acaba por trazer certo risco aos direitos humanos e direitos fundamentais, isso por possibilitar ampla discricionariedade ao intérprete e aplicador da lei quando do caso concreto e por possibilitar o cometimento de arbitrariedades por parte do Estado. Tais inconsistências ensejaram críticas por parte de várias entidades nacionais e internacionais, entre elas a ONU, o Greenpeace, MTSE e a ONG Conectadas. Diante disto, o problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: as ambiguidades e imprecisões de algumas disposições da lei 13.260/2016 podem ser utilizadas, em momentos de crise ou não, como outorgadoras de legalidade a práticas atentatórias aos direitos humanos ou mesmo

* Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. Bolsista CAPES Modalidade II. Advogado. E-mail: devilsonsousa@hotmail.com.

** Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutor em Direito pela Universidad de Burgos (2002) (Burgos, Espanha), pela Universidad de Sevilla (2007) (Sevilla, Espanha) e pela Universidad de La Laguna (2011) (San Cristóbal de La Laguna, Espanha). Professor de Direitos Humanos e Fundamentais do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. E-mail: clovisgor@gmail.com.

como normativa legalizadora de atos autoritários praticados quer pelo judiciário quer pelo executivo? O objetivo do trabalho é analisar criticamente, à luz do direito constitucional e dos tratados e princípios que versam sobre direitos humanos e fundamentais, o risco trazido a estes pela lei antiterrorismo. A verificação dar-se-á por meio do método hipotético-dedutivo, iniciando-se a partir da verificação das disposições da lei que são identificadas com certa vagueza, ambiguidade e/ou imprecisão, e como estas conferem aos intérpretes e aplicadores vasta margem de discricionariedade o que pode ocasionar distorções e gerar graves danos ao campo dos direitos humanos e dos próprios direitos fundamentais garantidos na Constituição Brasileira. Como resultado da pesquisa fica evidenciado, ao menos até onde a mesma se estendeu, que a lei 13.260/2016 pode ser utilizada como ferramenta justificadora do cometimento de excessos e violações aos direitos humanos e fundamentais, bem como, pode possibilitar e legitimar certo autoritarismo por parte do judiciário e do próprio executivo.

Palavras-chave: antiterrorismo; direitos fundamentais; direitos humanos; lei; terrorismo.

O DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO FRENTE ÀS TECNOLOGIAS DE COMUNICAÇÃO E A VIOLAÇÃO DO DIREITO AO LAZER

EDISON LUIZ RODRIGUES JUNIOR*

JULIANA MARTINATO GONZALES**

RESUMO

A utilização das plataformas tecnológicas trouxe inúmeros avanços ao mundo do trabalho, em especial à esfera organizacional, criando possibilidades de flexibilização, facilitando as comunicações em grupo e, principalmente, possibilitando maior mobilidade aos empregados para a realização do trabalho, como é o caso do teletrabalho. Contudo, essas mesmas dinâmicas impõe ao empregado, muitas vezes, a necessidade de estar conectado *full time*. O uso constante de celulares, *tablets* e *notebooks* faz parte da vida cotidiana, porém é necessário estabelecer um limite a essa conectividade, de forma que a jornada de trabalho não invada os períodos de descanso. Nesse contexto, tem-se o direito à desconexão, que visa garantir que os empregados possam se desconectar totalmente nos períodos de descanso, fazendo valer seu direito ao lazer, à vida privada e à intimidade. A Constituição de 1988 estabelece inúmeras garantias aos trabalhadores que se relacionam ao direito à desconexão, entre as quais se destaca a limitação de jornada, a obrigatoriedade dos intervalos de descanso e o direito a férias. Diante disso, o objetivo deste trabalho é demonstrar o impacto da utilização dessas novas tecnologias no mundo do trabalho e de que forma os tribunais pátrios vêm enfrentando a questão do direito à desconexão, passando, também, pela análise da legislação francesa, que recentemente aprovou a “Lei da desconexão”. Para tal, utiliza-se o método dialético de forma a estabelecer um comparativo entre as decisões proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto. Conclui-se que é imperativo

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico da PUCPR. Advogado. E-mail: edison_jr6@hotmail.com.

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela PUCPR. Membro do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. E-mail: julianamartinato@gmail.com.

estabelecer critérios para que a utilização dos meios de tecnologia e comunicação não sirvam como instrumentos de imposição para que os trabalhadores permaneçam conectados irrestritamente. A legislação francesa sobre o direito à desconexão propõe, entre outros aspectos, que os sindicatos e as empresas estabeleçam regulamentos que definam como se dará o uso dos meios telemáticos fora do expediente. A Convenção Coletiva do *Banque Populaire*, elaborada logo após a aprovação da referida lei, estabelece normas no sentido da não obrigatoriedade de responder e-mails ou mensagens após o término da jornada de trabalho, além de buscar conscientizar empregado e empregador do uso apropriado das tecnologias de comunicação. O que se vê, portanto, é a necessidade de estabelecer normas específicas relacionadas à desconexão, que sejam coerentes aos contextos laborais, as quais podem ser formuladas em sede de negociação ou acordo coletivo de trabalho, observados os preceitos constitucionais de forma a reservar ao trabalhador seus períodos de lazer e intimidade, de forma que os direitos da personalidade sejam um limite ao poder diretivo do empregador.

Palavras-chave: direitos fundamentais; trabalho; lazer; direito à desconexão; tecnologias de comunicação.

O DEVER DO ESTADO NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE FRENTE A RESERVA DO POSSÍVEL

EDUARDO AUGUSTO FERNANDES*

DAIANE CORRÊA DA CRUZ**

RESUMO

A presente pesquisa busca contribuir para análise da efetivação do direito a saúde, como direito fundamental, buscando superar a dimensão individual, considerando como critérios, os valores, princípios, e a aplicação destes no direito, sob a ótica do princípio da igualdade. Os direitos sociais são destinados a todos que dependem que o Estado os providencie, para garantir estas prestações de cunho existencial, devendo ser aplicado com o interesse da diminuição das desigualdades sociais, e a efetivação dos direitos fundamentais, possibilitando melhores condições de vida aos menos favorecidos, em virtude de realizar igualdade em situações desiguais. Deste modo, questiona-se até onde é dever do Estado garantir o direito a saúde, e sua responsabilidade. Diante deste contexto, a presente pesquisa estabelece como seu objeto de pesquisa, o dever do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo, e fixa como problema de pesquisa, o seguinte questionamento, mediante ao cenário político econômico, como deve ocorrer a efetivação do direito fundamental a saúde frente a reserva do possível? No que tange os objetivos da pesquisa, tem-se que o objetivo geral consiste em investigar a reponsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos de alto custo, a efetivação ao direito fundamental à saúde em contraposição ao princípio da reserva do possível, bem como a judicialização e como este vem sendo aplicado nas decisões e suas consequências. Quanto aos objetivos específicos, elencam-

* Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Acadêmico do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Membro do grupo de pesquisa e extensão PAIDEIA. E-mail: eduardoaugustof@hotmail.com

** Universidade do Vale do Itajaí (Itajaí-SC, Brasil). Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí. Membro do grupo de pesquisa e extensão PAIDEIA. E-mail: daicruz.2397@gmail.com.

-se: (1) definir a responsabilidade do Estado acerca do fornecimento de medicamentos de alto custo, bem como (2) descrever a efetivação ao direito fundamental à saúde e a política nacional de medicamentos e, por fim, (3) registrar a aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e mínimo existencial através da judicialização de medicamentos frente ao princípio da reserva do possível. No que se refere ao método que será utilizado, tanto na fase de investigação, quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados, este será baseado na lógica indutiva, juntamente com as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica e documental. Resultados obtidos: Até o presente averiguou-se que de acordo com análise jurisprudencial, sobre os pedidos de fornecimento de medicamentos alto custo, não obteve-se uma resposta sobre efetivação ao direito a saúde em relação no aspecto econômico, levando assim, a insegurança jurídica, e em alguns casos a violação ao direito fundamental tutelado, com o argumento equivocado da reserva do possível. Também averiguou-se que são intrínsecos, ao conceito de direito a saúde princípios como dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e dever do Estado. Ademais, a discussão também passa pelos campos político e econômico que, por diversas vezes, mostram-se um dos grandes impasses para a efetividade do direito a saúde, uma vez que, no Brasil, sabe-se que, historicamente, a política foi construída a partir da coalizão dos interesses econômicos e não sob a perspectiva do bem comum.

Palavras-chave: direito a saúde; dignidade da pessoa humana; judicialização da saúde; reserva do possível; responsabilidade civil do estado.

POLÍTICAS PÚBLICAS E PODER JUDICIÁRIO: PREENCHIMENTO DE LACUNAS EM PROL DA APLICAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

EDUARDO BRUGNOLO MAZAROTTO*

DOACIR GONÇALVES DE QUADROS**

RESUMO

Ativismo judicial é um termo que vem sendo discutido nos últimos anos, especialmente quando relacionado à eficácia de direitos fundamentais. Esta discussão se agrava quando são observados os fundamentos de um Estado Constitucional, seu sistema normativo e formatação das relações de poder. Resta saber, se esta prática possui resguardo no âmbito do Estado Constitucional, ao qual segundo Dalmo A. Dallari, é a vertente de Estado que tem enquadramento fundado em um sistema normativo fundamental.¹ Assim sendo, a metodologia aplicada na presente pesquisa consistiu na revisão bibliográfica da doutrina e jurisprudência correlata, a fim de apurar as questões que envolvem o ativismo judicial no âmbito do Estado Constitucional Brasileiro sob a ótica das políticas públicas. Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., o juiz ativista acaba saindo da esfera da legalidade pura para enfrentar o caso observando a finalidade que deveria ser intentada, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupado com as finalidades políticas dos quais o juiz não mais se exime.² Se compulsados casos práticos de atuação ativista do Poder Judi-

* Centro Universitário Internacional – Uninter (Curitiba-PR, Brasil). Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional - Uninter. Pós-Graduado em Direito Administrativo pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (Curitiba-PR, Brasil). Membro da Comissão de Direito do Terceiro Setor da OAB/PR. Advogado. E-mail: eduardomazarottoadv@gmail.com.

** Centro Universitário Internacional – Uninter (Curitiba-PR, Brasil). Mestre e Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Professor do Programa de Pós-graduação em direito do Centro Universitário Internacional – Uninter. Coordenador do grupo de pesquisa - Justiça e poder político: a relação entre o campo judiciário e o campo político e a apropriação do direito como recurso de luta política (Uninter). E-mail: doacir.q@uninter.com.

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32.

² FERRAZ, Jr, Tércio S. O Judiciário frente à divisão de poderes: um princípio em decadência? In: **Revista Usp**. São Paulo, nº21. 1994, p. 14-15.

ciário, chama a atenção a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, cujas matérias são de incumbência exclusiva do Poder Executivo, como por exemplo quando a Administração é compulsada a adquirir medicamentos por força de decisão judicial. Neste vértice, uma peculiaridade é comum ao ativismo: a obrigação do Estado na consecução dos direitos fundamentais elencados no artigo 5º e seguintes da CF/88. Os defensores do ativismo irão sustentar que o Poder Judiciário não pode fechar seus olhos quanto à omissão na execução de políticas públicas que tenham como subsídio a eficácia de direitos fundamentais. E neste diapasão encontramos um denominado *déficit* democrático, visto que o Estado possui obrigação institucional de tomar medidas assecuratórias dos interesses da sociedade independente de determinação do Poder Judiciário. Seriam, portanto, os representantes eleitos quem estariam permitindo esta atuação política do Poder Judiciário, acusando que falhas na representação obrigariam os juizes a buscarem suprir lacunas impeditivas do alcance pleno dos direitos fundamentais. Se o Poder Público por meio de políticas coerentes direcionasse a máquina estatal ao cumprimento destas demandas, provável que a intervenção do Poder Judiciário não se fizesse necessária. Joseph Schumpeter visualiza a existência de falhas junto ao regime democrático no cumprimento de demandas sociais plenas, de modo que democracia vem mostrando dificuldades de funcionamento correto, produzindo “políticos de sucesso” mas que não possuem o estrato político próprio da democracia.³ Já Pietro Costa apresenta a dificuldade entre a compatibilidade recíproca entre a soberania popular (separação de poderes) e a aplicação dos direitos fundamentais do Estado, vez que a soberania e os direitos fundamentais dos sujeitos são ambos princípios irrenunciáveis e que por tal razão, a convivência destes dois ‘absolutos’ princípios gera uma tensão não facilmente superável.⁴ Logo, o ativismo judicial atualmente pode ser considerado como uma prática resultante do Estado Constitucional que visa a assunção dos direitos fundamentais de nosso Estado Democrático, entretanto, se faz necessária alguma espécie de balizamento específico quanto a sua forma de atuação, sob pena de criar sérios problemas ao exercício democrático.

Palavras-chave: estado constitucional; ativismo judicial; democracia; direitos fundamentais; políticas públicas.

³ SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984. Parte IV, p. 165.

⁴ COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de História do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 232.

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DO SUJEITO COM DEFICIÊNCIA NO PROCESSO ELEITORAL BRASILEIRO: O DIREITO POLÍTICO DE SUFRÁGIO PASSIVO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELLECTUAL, OU MENTAL, SOB REGIME DE CURATELA

ELIZABETE APARECIDA PEREIRA*

RESUMO

No contexto dos Direitos Fundamentais, Igualdade e Participação Política, o presente artigo objetiva analisar o direito político de sufrágio passivo da pessoa com deficiência intelectual ou mental, sob regime de curatela, à luz da Convenção Internacional sobre os Direitos desses sujeitos, internalizada em nosso ordenamento jurídico com status de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal. Sem a pretensão de esgotar o debate, mas chamar a atenção para um tema que, à exceção de curta nota de um único jurista, ainda não foi devidamente levantado pela doutrina, o estudo parte de uma breve contextualização dos direitos políticos, também discorrendo sobre a pessoa com deficiência, enfatizando o recorte intelectual e mental para, então avaliar tais direitos para tais sujeitos no âmbito constitucional precedente à Constituição Cidadã, em seu contexto, e sob o advento da mencionada Convenção Internacional, culminando na dicção da Lei Brasileira de Inclusão, tanto naqueles direitos políticos quanto em relação às disposições que promoveram significativa alteração no regime das incapacidades, com reflexos para a pessoa com deficiência intelectual e mental, sob regime de curatela. Adotando, metodologicamente, de revisão bibliográfica fulcrada em doutrina e legislação, bem como jurisprudên-

* Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Mestre e Graduada em Teologia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora do Centro de Estudos Jurídicos Professor Luiz Carlos (Curitiba-PR, Brasil). Membro da Comissão dos Direitos da Pessoa com Deficiência da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Pesquisadora junto ao Grupo de Pesquisa Virada de Copérnico, do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogada. E-mail: elizabetepereiraadv@hotmail.com.

cia sobre o tema, os resultados encontrados evidenciam uma ausência de enfrentamento prático do assunto, à constatação de que a hermenêutica acerca da participação política do sujeito em questão no processo eleitoral brasileiro sinaliza possível contrariedade da Lei Brasileira de Inclusão à Convenção Internacional que lhe dá suporte, ou então um descompasso desse Tratado em relação à capacidade legal daquele indivíduo.

Palavras-chave: participação política; eleições; candidatura; deficiência intelectual; capacidade legal.

O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA PARCERIA PÚBLICA COM O SETOR PRIVADO

FABIANA BAPTISTA SILVA CARICATI*

RESUMO

A partir da concepção de legalidade, verificou-se sua vasta mitigação pelas autoridades públicas. A promulgação da Constituição de 1988 e a consequente redemocratização do país representou importante fortalecimento e expansão ao Poder Judiciário, na medida em que aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira, já que o Poder Legislativo não criava, nem aprovava leis que visassem a concretização dos direitos constitucionais, tampouco o Poder Executivo não instituía as políticas públicas necessárias que atendessem a demanda da população. Sem olvidar o clássico conceito da Separação dos Poderes, ao fazer a divisão tricotômica das funções do Estado em função política, administrativa e jurisdicional, um novo papel foi assumido pelo Poder Judiciário, pois não havia espaço para sua inércia quando chamado a prestar a tutela jurisdicional, frente aos descasos cometidos pelos Poderes Legislativo e Executivo. A presente pesquisa, se utilizando de revisão bibliográfica, constatou a intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes, visando a garantia e eficiência do Estado Democrático de Direito, forçando o Poder Executivo a adotar medidas que possibilitassem a prestação dos vários serviços públicos garantidos pela Constituição Federal. Em sequência, este estudo identificou institutos criados para este propósito, dentre eles a figura das parcerias públicas com o setor privado, como forma de supostamente desburocratizar, facilitar a disponibilização dos serviços públicos à população e dar apoio às entidades públicas. As parcerias entre os setores público e privado, quando observada a legalidade, são fundamentais para garantir a viabilização de políticas públicas. Contudo, verificou-se, também, que diante da demanda urgente, a Administração Pública passou a firmar contratos e parcerias ao arrepio da legalidade, criando figuras que não estão positivadas no direito brasileiro, como é o caso da cooperativa prestadora de serviço público ou

* Centro Universitário Curitiba – Unicritiba (Curitiba-PR, Brasil). Mestranda no Programa de Pós-graduação do Centro Universitário Curitiba. Advogada. E-mail: fabiana@caricati.adv.br.

firmando contratos sem a observância dos requisitos legais para fugir do regime jurídico do Direito Público, como é o caso dos convênios, que não são tidos como contratos administrativos, mas na prática se equivalem. Identificadas situações que estão em zona fronteira com a ilegalidade e a imoralidade administrativa, estas devem ser fiscalizadas e cerceadas, preservando-se o princípio da legalidade, impedindo a criação de institutos paralelos ao ordenamento jurídico. O cenário apurado leva à comunidade acadêmica a necessidade de revisão do regime jurídico administrativo estabelecido no direito brasileiro, sendo que certo que a Constituição Federal de 1988 exagerou nos formalismos impostos à Administração Pública, em especial à Administração indireta que recebeu tratamento rigoroso praticamente igual ao da Administração direta. Apesar disso, não pode a privatização ser vista como uma forma de fugir deste regime de direito público, atropelando o direito positivo. Em contrário, deve-se procurar flexibilizar os meios de atuação da Administração Pública, pela alteração dos dispositivos legais e constitucionais que a emperram.

Palavras-chave: justiça; legalidade; segurança jurídica; direito administrativo; parceria.

AVALIAÇÃO QUALIS PARA REVISTAS ESTRANGEIRAS NO DIREITO: A CAPES CUMPRE OS SEUS PRÓPRIOS CRITÉRIOS?

FELIPE GONÇALVES DE OLIVEIRA*

RESUMO

A CAPES, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, é uma fundação do Ministério da Educação à qual foi atribuída competência para a avaliação da pós-graduação *stricto sensu*. Entretanto, no exercício de suas atribuições, a entidade promove muito mais do que avaliações, podendo ser considerada efetivamente uma agência reguladora do setor educacional superior brasileiro. Nestes termos, o projeto tem como pressuposto o atual sistema de avaliação da produção científica publicada pelos professores e alunos dos programas de pós-graduação *stricto sensu* (Mestrados e Doutorados) no Brasil. Em destaque, visa descrever a política do Qualis Periódicos, elaborando uma visão crítica a respeito de alguns de seus pontos positivos e negativos. Aos poucos, o Qualis se tornou uma importante ferramenta regulatória dos veículos de divulgação das pesquisas brasileiras. As universidades públicas e privadas, buscando melhor classificação, criam mecanismos de estímulo (ou sanção) aos pesquisadores para que publiquem suas pesquisas nos periódicos de mais alta qualificação. Os pesquisadores buscam divulgar suas pesquisas nos periódicos mais bem ranqueados e também privilegiam o vínculo com as melhores instituições de ensino. É tomado como *a priori* a ideia de que o Qualis não é meramente um instrumento de avaliação, mas de ampla regulação do setor educacional superior brasileiro. Tal constatação justifica o estudo dos principais problemas da avaliação de periódicos na Área do Direito, notadamente quanto aos possíveis equívocos e incongruências do processo avaliativo de revistas estrangeiras no quadriênio 2013-2016. O exame crítico dos critérios utilizados para a classificação dos periódicos estrangeiros pode ser um mecanismo de aprimoramento do sistema. Ademais, parece interessante uma pesquisa que verifique se a CAPES cumpre as normas de Direito Administrativo no exercício do seu mister. Em termos

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: felipeoliveira.acd@gmail.com.

mais concretos, e a partir de uma pesquisa realizada nos portais disponibilizados pela própria instituição, foi possível aferir que muitas revistas - destaque para aquelas de origem estrangeira - possuíam os selos A1, A2, B1, mesmo que descumprindo com um ou mais critérios impostos pela própria CAPES em seus editais. O projeto tem como objetivo geral investigar a postura da CAPES no cumprimento dos critérios para qualificação das revistas estrangeiras estabelecidos pelo comitê de área do Direito, ou seja, visa responder à pergunta: a CAPES cumpriu seus próprios critérios ao classificar as revistas estrangeiras no Qualis utilizado para a avaliação geral dos cursos de mestrado e doutorado no quadriênio 2013-2016? Como objetivos específicos: a) busca fazer uma análise da existência de revistas estrangeiras que possuem selos QUALIS sem cumprir com as normas especificadas nos editais; b) tem como escopo realizar um estudo acerca das publicações na área do Direito e a correção do seu enquadramento classificatório; c) pretende elaborar um levantamento de dados suficientes para identificar possíveis falhas no sistema de qualificação e verificar se a CAPES seguiu ou não suas próprias diretrizes; d) em caso de confirmado o descumprimento, é objetivo do trabalho chegar à uma conclusão a respeito da existência ou não de afronta aos princípios básicos da administração pública estabelecidos pela Constituição.

Palavras-chave: educação; administração pública; capes; qualis; periódicos estrangeiros.

MECANISMOS ADMINISTRATIVO-DIALÓGICOS DE PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONFLITOS: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO ISONÔMICA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

FERNANDA SCHUHLI BORGES*

RESUMO

O presente estudo, a partir do reconhecimento da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais e tendo em vista que a Constituição da República estabelece um Estado Democrático e Social de Direito e, considerando-se o dever constitucional da Administração implementar aqueles direitos, apresenta a relevância da adoção de mecanismos de diálogo na atuação administrativa, a fim de compatibilizar a Administração Pública com a Constituição, especialmente para que, a partir de participações sociais dialógicas, sejam concretizados os direitos fundamentais sociais antecipadamente e de forma isonômica, nas suas dimensões subjetivas e objetivas. A proposta tem como pressuposto a constatação do volume de demandas judiciais ajuizadas com o fim de concretizar direitos fundamentais sociais, porém, referidas decisões produzem efeitos tardios muitas vezes não isonômicos e com reduzido potencial de concretização de direitos fundamentais sociais. Depreende-se a necessidade de adequação e atualização da gestão administrativa e, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, se apresenta a importância de uma reestruturação administrativa, mais democrática, com a ampliação do diálogo e a interlocução com os segmentos sociais, mais apta a identificar as necessidades e a implementar os direitos fundamentais sociais. Inúmeros instrumentos podem ser adotados neste intuito em diversos momentos da atuação administrativa: decisão, execução ou função judicante administrativa. O enfoque do estudo se refere à função judicante no intuito de prevenção e resolução de conflitos, que podem ocorrer por intermédio das comissões de conflito, dos acordos substitutivos,

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em direito administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Membro da Comissão de Gestão Pública junto à OAB/PR. Advogada e professora. E-mail: ferbourges@yahoo.com.br.

bem como por conciliação e mediação, além da arbitragem, e similares. A prevenção e a resolução de conflitos pela Administração, em diálogo com os envolvidos, apresenta a potencialidade de implementar com mais efetividade e isonomia os direitos fundamentais sociais em suas dimensões subjetiva e objetiva.

Palavras-chave: administração pública; direitos fundamentais sociais; diálogo; participação social; isonomia.

O DIREITO À SAÚDE E A EC 95/2016 AUSTERIDADE, TECNOCRACIA E AUTORITARISMO

FERNANDA LAGE ALVES DANTAS*

VITOR JORGE GONÇALVES VASCONCELOS**

RESUMO

O escopo da presente pesquisa consiste em analisar os efeitos adversos do congelamento de investimentos públicos consubstanciados a partir da Emenda Constitucional nº. 95/2016 (EC 95), especificamente no que concerne ao direito à saúde. Buscar-se-á identificar os elementos autoritários no processo legislativo de tramitação e aprovação da EC 95, correlacionando-os com os discursos tecnocratas, e possibilitando a verificação da coexistência do autoritarismo com a Constituição Cidadã, ainda que a presença desta última ocorra mais sob um aspecto formal do que material. A metodologia da pesquisa é bibliográfica, a partir do levantamento de material como livros e artigos científicos, incluindo ainda um levantamento documental, o que se baseia em pesquisar outras formas de publicação, como artigos de jornais, *sites* e revistas, anais legislativos. A presente investigação insere-se no campo de uma pesquisa científica, considerando sua finalidade de descrever e criticar. Por fim, pode-se inferir que a ideologia da austeridade, no âmbito brasileiro, está assentada em dois pilares, tecnocracia e autoritarismo. E sua manifestação mais emblemática no Sul Global se dá por meio da EC 95, gerando efeitos dramáticos para o direito à saúde.

Palavras-chave: tecnocracia; autoritarismo; austeridade; economia; política.

* Doutoranda do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito, vinculada à Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Mestre e Bacharel em Direito pela FND/UFRJ. Atua como Assistente em Ciência e Tecnologia no Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA). E-mail: felagedantas@gmail.com.

** Discente do curso de Graduação em Direito pela Faculdade Nacional de Direito vinculada à Universidade Federal do Rio de Janeiro (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Atua como Assistente Técnico-Legislativo na Câmara Municipal do Rio de Janeiro (CMRJ). E-mail: vitorjgv@gmail.com.

DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DELIBERATIVA DE HABERMAS COMO FONTE PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS IGUALITÁRIAS NO ESTADO BRASILEIRO

FERNANDO DE OLIVEIRA TORRES*

RESUMO

Por meio de pesquisa bibliográfica e documental, o trabalho objetivou analisar qual o caminho para que as Políticas Públicas implementadas no Estado brasileiro sejam mais condizentes com as necessidades da maioria de seus cidadãos, de modo a respeitar os Direitos Fundamentais sociais normativamente previstos na Constituição Federal de 1988. Para descortinar uma resposta ao problema apresentado, o caminho percorrido pelo trabalho foi, em um primeiro momento, a análise teórica da definição de Política Pública, o seu fundamento como instrumento do Estado Social e o motivo de muitos temas caros à maioria dos cidadãos não se tornarem Políticas Públicas. Ao analisar a definição e as características da Política Pública foi possível observar sua íntima relação com a própria Democracia, sendo impossível discutir teoricamente sobre este instrumento em ambientes pouco ou não democráticos. Por conta disso o trabalho analisou a relação entre Política Pública e democracia, bem como verificou a democracia como *conditio sine quo non* das Políticas Públicas. Feita a análise sobre Políticas Públicas e sua relação com a democracia, o trabalho aprofundou o tema sobre democracia de modo a perceber que a teoria clássica sobre a democracia não é hábil a fazer frente ao problema de elitização das Políticas Públicas. Tendo isso em mente, o trabalho buscou analisar a Teoria Deliberativa Participativa de Habermas como solução ao problema inicialmente apresentado, verificando-se que o melhor caminho para que existam políticas públicas mais igualitárias é a participação de todos no debate político, não podendo a participação democrática estar limitada ao voto ou chamamentos esporádicos.

Palavras-chave: direitos sociais; políticas públicas; democracia deliberativa; Habermas; igualdade.

* Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Constitucional pela Academia de Direito Constitucional. Membro do Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento da PUCPR (NUPED). Advogado. E-mail: fernandoadv.torres@yahoo.com.br.

A DESIGUALDADE NO ACESSO À JUSTIÇA

FLÁVIO MIRZA MADURO*

THAYSA NAVARRO DE AQUINO RIBEIRO**

RESUMO

A principal questão do presente estudo é investigar se o acesso à justiça, assegurado pela República Federativa do Brasil, vem sendo aplicado igualmente a todos os cidadãos, principalmente no que tange à questão dos recursos do processo penal brasileiro. Assim, o texto pretende analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus (HC 152.752) do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva que discutia a tese jurídica da execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, gerando efeitos exclusivamente para o ex-presidente. No entanto, a mesma questão jurídica já era objeto de duas ações declaratórias de constitucionalidade, que foram protocoladas em 2016 e aguardavam julgamento. Tais ações por terem efeito erga omnes e efeito vinculante, se fossem julgadas antes do habeas corpus do ex-presidente, valeriam não só para ele, como também para todos os cidadãos que se encontrassem na mesma situação jurídica. Para tanto, foi empregada como metodologia a pesquisa qualitativa jurisprudencial e a pesquisa bibliográfica em livros e artigos de periódicos, tendo como referencial teórico as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. O trabalho está dividido em três partes, na primeira se discute o postulado do direito fundamental ao acesso à justiça e sua importância na ótica da Constituição Federal de 1988. Na segunda seção, o texto apresenta a decisão do habeas corpus do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva HC nº 152.752 que julgou procedente a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, antes mesmo de analisar as Ações Declaratórias 43 e 44, protocoladas em 2016, com o mesmo objeto. Por fim, são apontadas as dificuldades concretas que as recentes decisões do STF impõe à igualdade ao acesso à justiça, mormente no tocante aos recursos processuais penais. Os resultados encontrados com estudo demonstram que as decisões do STF ferem a igualdade do acesso à justiça entre os diferentes cidadãos, ao permitir inúmeros recursos e a prioridade nos seus julga-

* Coordenador e professor do mestrado da Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Professor efetivo da UERJ. Pós doutor pela Universidade de Coimbra. Advogado e professor. E-mail: flaviomirza@gmail.com.

** Mestranda em direito processual e efetivação da justiça pela Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Advogada. E-mail: thaysaaquino@hotmail.com.

mentos a depender de quem os pleiteiam, não obstante a determinação constitucional de que o acesso à justiça é um direito fundamental de todos. Desta maneira, conclui-se que a admissão de recursos e a ordem de seus julgamentos no Brasil não deve estar vinculado de acordo com quem o pleiteia, por afrontar claramente o direito fundamental do acesso à justiça e o Princípio Constitucional da Igualdade.

Palavras-chave: desigualdade; acesso; justiça; recursos; processo.

CLÁUSULA PÉTREA: MEDO OU ALICERCE DA DEMOCRACIA?

GABRIEL JOHANN CORVETO DE AZEVEDO*

THAIS HADLICH**

RESUMO

Pensadores do Direito há muito tempo analisam a tensão entre o Constitucionalismo e a Democracia. Esta última entendida como o autogoverno do povo, e aquele, como limitador substantivo deste governo. Teorias sofisticadas foram desenvolvidas propondo buscar uma resposta para tal tensão, seja pela sua negação ou até mesmo pela busca de alternativas institucionais, que vão desde o Constitucionalismo Democrático de Ronald Dworkin até o Procedimentalismo de Jeremy Waldron. Conforme destaca Joel Colón-Rios, essas elaboradas formulações tem em comum o foco excessivo na legitimidade, ou não, do *judicial review*, e na defesa do sistema constitucional vigente. Revela-se um apego institucional relacionado ao *status quo*; todas as manifestações populares dependem de sua absorção por alguma instituição, seja ela legislativa ou judiciária. Este foco revela o medo da Democracia. Seja pela defesa judicial de direitos considerados “certos” ou pela limitação do poder popular, através da uma prática representativa. Uma posição que queira ser democrática deve empurrar o constitucionalismo para a democracia, e não o contrário. É essencial a compreensão de uma ordem constitucional ampla, com possibilidades do povo influenciar o sistema jurídico sem a necessidade de absorção por alguma instituição. A presença de mais agentes, com possibilidades efetivas de influenciar o sistema, farão emergir “*padrões sequer imaginados pelos melhores engenheiros sociais*” (FOLLONI, André Parmo. Introdução à Teoria da Complexidade. Curitiba: Editora Juruá. 2016. p. 27). A partir da noção de que a Democracia não se exaure nas instituições, emerge a existência de uma democracia formal e de uma democracia material, conforme elabora Vanice do Valle. A democracia formal tem limitações substantivas em sua atuação, em nosso sis-

* Graduando em Direito pela PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, Brasil. E-mail: gabrielcorveto@gmail.com.

** Graduada em Direito pela PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: thais.hadlich@hotmail.com.

tema estas são chamadas de Cláusulas Pétreas, dentre as quais encontram-se os Direitos Fundamentais. Podemos identificar nelas o alicerce do Estado Democrático de Direito brasileiro, seu mandamento nuclear, conforme elaborado por Antônio Bandeira de Mello. Uma posição que pretende inserir efetivamente a democracia material no sistema jurídico, deverá analisar se, e em que medida, as cláusulas pétreas representariam legitimamente uma limitação em suas deliberações. O “Constitucionalismo Fraco” de Colón-Rios entende que, uma sociedade democrática deve ter seus princípios fundamentais abertos, podendo ser reformulados ou alterados pelo povo, inclusive no que se refere aos direitos que possibilitam o exercício democrático. São inegáveis os ganhos democráticos nesta concepção, porém também são inegáveis as possibilidades de desorganização radical. É nesta linha tênue, entre democracia e autodestruição, que se propõe o presente debate. Sem atrelar-se a uma posição ideológica, definindo direitos “certos” ou “errados”, busca-se compreender o ponto de equilíbrio de um sistema com liberdade de ação popular, dinâmico, que não assuma um comportamento caótico. Inserido neste problema, pretende-se analisar se, e em que medida, as Cláusulas Pétreas podem representar o ponto de equilíbrio necessário, e deste modo, legítimo, para um sistema com participação efetiva da democracia material. Para esta resposta será necessária uma remissão às bases do pensamento democrático e do pensamento constitucional.

Palavras-chave: constitucionalismo; cláusula pétrea; medo; democracia; legitimidade.

O DESAFIO DA PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE EM TEMPOS DE BIG DATA

GIOVANNA MICHELATO ALMADA*

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão da proteção ao direito fundamental da privacidade no contexto de Big Data, incluindo a modificação do conceito desse direito no âmbito digital. De início, busca-se a definição a privacidade para entender como ela está inserida no espaço da internet. Em 1890, a privacidade era caracterizada como direito de ser deixado sozinho, longe da atenção pública. Com o passar do tempo, seu conceito modificou-se, se tornando cada vez mais multifacetário, com um reflexo de aspectos intrínsecos de uma sociedade. A expressão privacidade, então, é utilizada para definir desde a noção de direito de ser “deixado sozinho”, como também a necessidade de preservação física, informacional, ou até questões de apropriação de características pessoais. Na internet, por sua vez, o conceito torna-se mais intangível, uma vez que a esfera do que é privado e do que é público parece se misturar. Nesse contexto digital, surge o Big Data que é um grande conjunto de dados, caracterizado pela sua variedade, volume e velocidade de processamento e transformação em informação. Essa tecnologia trás grandes avanços tecnológicos, como na área da medicina, segurança, comércio, criando novos produtos e soluções que não seriam possíveis sem a análise de grandes apanhados de dados. Em contrapartida, essa inovação trás a possibilidade de violações ao direito fundamental à privacidade. Assim, buscou-se analisar a questão de coleta de dados, seus benefícios e problemas, tanto no Brasil, quanto nos Estados Unidos. Sendo assim, em um primeiro momento procura-se contextualizar o Big Data, expondo a evolução da vigilância, e as transformações ao longo do tempo. No segundo momento, há problematizar a questão da privacidade e do Big Data, analisando os marcos regulatórios atinentes ao tema observando as questões críticas dessas legislações. Por último, por meio de casos reais, demonstra-se a aplicação do Big Data e seus desafios em casos concretos, demonstrando os efeitos dessa prática e a mudanças que trouxe para a atualidade.

Palavras-chave: direitos fundamentais; privacidade; big data; dados pessoais; marco civil da internet.

* Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Youth Observatory da Internet Society. Advogada. E-mail: gmichelato@gmail.com.

O DIREITO DO CONSUMIDOR E A UTILIZAÇÃO DE *NUDGES* PELO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

GIOVANNI VIDAL GUARAGNI*

RESUMO

A pesquisa tem por objetivo investigar os aspectos jurídicos consumeristas da utilização de *nudges* (empurrões) na teoria do paternalismo libertário, proposta por Cass Sunstein e Richard Thaler. Através de estudos e análises bibliográficas, almeja-se responder à pergunta: “*Quais óbices e parâmetros, a partir do direito consumerista brasileiro, erguem-se contra a prática de nudges em um paternalismo libertário?*”. São cinco principais argumentos contrários às intervenções estatais paternalistas: (i) o argumento utilitarista; (ii) o argumento da lesividade (*harm principle*); (iii) o argumento da autonomia; (iv) o argumento da violação ao princípio da igualdade; e (v) o argumento da tendência extintiva da pluralidade. Para Cass Sunstein e Richard Thaler, entretanto, posturas antipaternalistas costumam se embasar em três falsos pressupostos: (i) de que pessoas sempre (ou na maioria das vezes) escolhem a melhor opção para si, promovendo seu melhor interesse (típico da filosofia utilitarista); (ii) de que as pessoas tomam decisões livres e racionais; e (iii) de que todo paternalismo envolve coerção. Partindo da noção de que as decisões sempre se encontram condicionadas por diversos fatores - desde predisposições genéticas, hormonais e fisiológicas, até condições e circunstâncias sociais e externas - e de que não estamos em pé de igualdade com todos os agentes com os quais nos relacionamos, Sunstein e Thaler afirmam que não se trata de adotar ou não práticas paternalistas, mas de escolher qual paternalismo deve ser utilizado. Afirmam os autores que, “[...] em alguns casos, indivíduos fazem escolhas inferiores, as quais seriam alteradas se tivessem informações completas, habilidades cognitivas ilimitadas e força de vontade”¹. Nessa linha, propõe-se a adoção do paternalismo libertário, uma forma de intervenção que, sem deixar de preservar a li-

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Licenciado em Filosofia, pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). E-mail: giovan.v.g@hotmail.com.

¹ SUNSTEIN, Cass R; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. *The American Economic Review*, Vol. 93, No. 2, Papers and Proceedings of the One Hundred Fifteenth Annual Meeting of the American Economic Association, Washington, DC, January 3-5, 2003, pp. 175-179.

berdade de escolha, autorizaria que instituições privadas e públicas guiem as pessoas ao bem-estar, auxiliando na concretização de direitos fundamentais. O paternalismo libertário se utilizaria, principalmente, de *nudges* (empurrões), entendidos como “medidas que conduzem as pessoas em direções específicas, mas, ainda assim, preservam suas liberdades e permitem que decidam seus próprios caminhos”². Em tese, o objetivo dos *nudges* seria tornar a vida mais simples e segura, não se valendo de coerção e comprometendo-se com a transparência, sem assumir caráter de manipulação. Tendo em vista a possível aplicação de *nudges* em relações de consumo, tais medidas encontrariam respaldo nas garantias fundamentais do direito consumerista? Seria possível pensar os *nudges* como instrumentos ao equilíbrio das relações de consumo e à promoção da igualdade material? Algumas das disposições já contidas no direito consumerista poderiam ser enquadradas como *nudges*? Quais os limites legais a serem observados quando da implementação de um *nudge* na seara consumerista? Estes são alguns dos questionamentos que se pretende responder.

Palavras-chave: direitos fundamentais; igualdade; liberdade; paternalismo; *nudge*.

² SUNSTEIN, Cass. Nudging: A Very Short Guide, 37 J. *Consumer Pol'y* 583 (2014), p. 01.

OS DESAFIOS DA UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO

GIULIA DE ROSSI ANDRADE*

RESUMO

Não só na Constituição Federal de 1988, conhecida popularmente como a Constituição Democrática – reflexo do Estado Social que se pretende -, mas no ordenamento jurídico brasileiro em geral, percebe-se que tanto o constituinte quanto o legislador tentaram tomar muito cuidado ao tratar de direitos e garantias para que o exercício de direito de ação fosse o mais amplo possível. Junto às modificações estatais e às inserções de normas garantidoras de direitos no sistema, outras mudanças de caráter social e revolucionário foram se desenvolvendo paralelamente, a exemplo dos avanços tecnológicos que surgiram, principalmente, ao longo do último século. O presente artigo decorre de uma análise realizada a respeito desse avanço tecnológico, de uma maneira geral, e como tal avanço, inserido no contexto da inteligência artificial dentro do sistema judiciário pode apresentar desafios, muito especialmente levando em conta os direitos e garantias constitucionais previstas aos indivíduos. Fundamental ressaltar que o trabalho não tem o escopo de analisar apenas um determinado posicionamento, estando atrelado a um único pensamento, mas sim concentrar-se na intelectualidade de várias ideias, dando ao trabalho a característica de multiconceitual. Em um primeiro momento, analisam-se as mudanças sociológicas que surgiram ao longo do período de inserção tecnológica dentro de determinadas sociedades. Faz-se, ainda, um comparativo muito breve de como a inteligência artificial já vem sendo aplicada em países como os Estados Unidos e França, e como pretendem aplicá-la com ainda mais intensidade, através de investimentos bilionários. Depois disso, e ponto fundamental do trabalho, apontam-se, a nível de reflexão, alguns desafios que deverão ser enfrentados por conta da inserção da inteligência artificial no sistema judiciário brasileiro – arbitrariedade, liberalidade, aplicação do princípio do contraditório e da ampla defesa, e a comparação do sistema tecnológico inserido no sistema judiciário em diferentes sociedades -, que não devem ser tidos como determinantes essenciais de não utilização da tecnologia no âmbito

* Diplôme Supérieur de l'Université - Droit Administratif pela Université Panthéon-Assas (Paris, Île-de-France, França). Pós-Graduada. Advogada. E-mail: giuliderossi@uol.com.br.

judicial, mas como apontamentos para reflexões que merecem atenção, a fim de, no futuro, dar à inteligência artificial no sistema judiciário uma correta, justa e constitucional aplicação. Por fim, delineados e fundamentados os pontos de reflexão, conclui-se que a justiça artificial está chegando, inapelavelmente, com grande força, sem ser ainda plenamente operacional e certa, mas é preciso reconhecê-la. Este é o momento, portanto, para que se reflita a respeito das chances, desafios, limites e riscos que ela comporta, como as condições imperativas para o seu desenvolvimento inserido num sistema jurídico específico. Deve-se sempre evoluir, atrelando-se a oportunidades, sabendo, ao mesmo tempo, estar atento a respeito da intangibilidade dos princípios de uma justiça independente, imparcial, transparente, humana e equilibrada, sem que fique dependente de modelos econômicos.

Palavras-chave: sistema judiciário; tecnologia; inteligência artificial; desafios; direitos e garantias constitucionais.

A AUTONOMIA CORPORAL DA MULHER FRENTE A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NOS SERVIÇOS DE SAÚDE

GLORIA MARIA PEREIRA FUNES*

RESUMO

A autonomia corporal caracteriza-se pela capacidade de autodeterminação da pessoa no que tange a liberdade de dispor em todo ou sobre partes de seu corpo, entre as escolhas que lhe são oportunas, a partir de suas concepções sociais, morais e culturais. Por conseguinte, os direitos reprodutivos e sexuais formados pela autonomia pessoal, integridade corporal, diversidade e igualdade, são constantemente violados pelos profissionais da saúde, que colocam em risco a saúde da parturiente. Rotineiramente, são realizados intervenções com a utilização de ocitocina, fórceps, manobra de Kristeller e episiotomia, com o intuito de acelerar o nascimento do bebê, mas são prejudiciais ao parto. Além disso, o direito à presença de um acompanhante tem sido descumprido dentro das unidades de saúde. O presente trabalho busca analisar a temática da violência obstétrica, a partir da ausência da autonomia corporal da parturiente quanto ao consentimento prévio, livre e esclarecido da mesma, quanto às práticas utilizadas pelos profissionais da saúde. O método empregado foi a análise documental, legislativa e bibliográfica sobre o tema. Da análise do caso, constata-se que além dos métodos empregados dentro dos hospitais, o Estado brasileiro não fornece equipamentos, instalações e unidades hospitalares adequados, os quais intensificam no atendimento precário e danoso para a mãe e ao bebê. Por fim, compreende-se que as mulheres, em especial as que se encontram grávidas, estão em um estado de vulnerabilidade social, o qual ocorre frequente violação do exercício dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: autonomia; obstétrica; saúde; gestante; intervenção; mulher.

* Pós-graduada em Direito Civil pela Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI (Indaial-SC, BraSil). Graduada em Direito pelo Instituto Superior do Litoral do Paraná – ISULPAR. Ex-pesquisadora do Projeto de Amparo ao Pescador (PAP). E-mail: gloriafunesdireito@gmail.com.

RELACIONAMENTO INSTITUCIONAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL E IGUALDADE MATERIAL NO DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO: A CIDADANIA NA POLÍTICA EDUCACIONAL BRASILEIRA A PARTIR DO PARADIGMA DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL GARANTISTA*

GUSTAVO M. KRELLING**

RESUMO

É possível introduzir o tema da presente investigação científica preliminarmente destacando o *objetivo central* do trabalho, qual seja demonstrar o modo como as instituições públicas podem atuar na implementação do paradigma da democracia constitucional garantista e da própria força normativa da Constituição a partir de possibilidades de diálogos institucionais e de premissas institucionais de igualdade material no desenvolvimento democrático para a construção da ideia de uma democracia através dos direitos. Assim, constrói-se uma argumentação tendo como norte salientar as dimensões democráticas da ação coletiva e do debate público no exercício da cidadania, inclusive por meio de litígios estratégicos e

* Produção Científica elaborada sob orientação da Profa. Dra. Milena Petters Melo. Doutora em Direito pela Università Degli Studi di Lecce, Itália (2004). Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade Regional de Blumenau - FURB. Professora Associada à Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, Internacionalização e Cooperação – CONSTINTER/FURB. Coordenadora do Grupo de Estudos da ABDCosnt na FURB. Coordenadora para a área lusófona do Centro Didático Euro-Americano sobre Políticas Constitucionais – CEDEUAM/UNISALENTO, Itália. Blumenau/SC, Brasil.

** Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Internacional (Curitiba-PR, Brasil). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDConst (2016). Pós-graduando em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo Centro Universitário Internacional. Pesquisador do Núcleo de Direito Constitucional Comparado da mesma instituição e do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Centro de Estudos da Constituição do PPGD/UFPR. Pesquisador colaborador para a área de constitucionalismo, internacionalização e cooperação do Centro Didático Euro-Americano Sobre Políticas Constitucionais (Università del Salento, Itália). E-mail: gmkrelling@gmail.com.

da utilização dos direitos fundamentais como ferramentas que visam à (re) afirmação da proteção dos direitos humanos na contemporaneidade brasileira. O problema geral consiste na análise da medida de democratização das instituições públicas, tendo como premissa substancial o referencial teórico da tese da “democracia através dos direitos”, elaborada por Luigi Ferrajoli. Nesse sentido, o trabalho é dividido de modo substancial em três partes. A primeira é notoriamente histórico-normativa, trazendo as premissas centrais para a análise a ser empreendida. Na segunda, se fortalece o debate acerca da construção de um idôneo sistema de garantias de direitos, relacionando-o com reflexões em torno a uma chamada “crise de legitimidade” da esfera pública, trazendo como preceito basilar as preleções de Luigi Ferrajoli como dimensão para o fundamento teórico. No último capítulo, procura-se elucidar uma perspectiva objetiva acerca do papel das instituições e dos indivíduos no contexto de desenvolvimento democrático do Estado contemporâneo. Evidencia-se, como *procedimento metodológico*, uma análise doutrinária e jurisprudencial de alguns casos concretos em que a ação coletiva esteve sob o poder decisório do Estado: i. o direito constitucional à greve e o caso das manifestações pela educação pública ocorridas em 29 de abril no Centro Cívico de Curitiba - 2015; ii. o exercício da cidadania por meio de ocupações dos espaços públicos: o caso das jornadas estudantis e o papel do Ministério Público do Paraná - 2016; iii. o Programa Escola Sem Partido e a Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5537-ADIn-STF – 2017. Como *resultado científico parcial*, conclui-se com uma visão do direito constitucional à greve e à liberdade de manifestação, relacionando-a ao impacto do estabelecimento de idôneas garantias - de vínculos e limites – democráticos às instituições. Nesse contexto, a presente pesquisa inicial, mesmo com suas limitações, não se restringe em seu viés literário, permitindo-se analisar recentes casos concretos relacionados aos desafios no âmbito da política educacional brasileira. Em síntese, a partir de uma visão da “democracia através dos direitos”, é possível auferir que a pesquisa tem como um dos principais resultados, até o presente momento, a construção de evidências preliminares sobre a maneira como os diálogos institucionais podem ser concebidos enquanto mecanismos de fortalecimento democrático, de modo a corroborar à reafirmação dos litígios estratégicos na resolução pacífica dos conflitos, notadamente se utilizados como instrumentos finalísticos ao indispensável debate público e ao exercício da cidadania.

Palavras-chave: democracia constitucional; direito fundamental à liberdade de manifestação; princípio da igualdade; Luigi Ferrajoli; desenvolvimento democrático.

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NÃO É O QUE O STF QUER QUE SEJA

HELLEN CAROLINE PEREIRA FERNANDES*

PAULO SILAS TAPOROSKY FILHO**

RESUMO

Introdução: O princípio da presunção de inocência está relacionado a com tutela da garantia à liberdade pessoal, insculpido no art. 5º, LVII, da Magna Carta, o qual institui uma garantia de cunho processualístico atribuída ao acusado de uma prática tipificada penalmente, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado até a sentença condenatória transitada em julgado. No julgamento do *Habeas Corpus* 126.292/SP, por maioria de votos, o Plenário do STF entendeu possível o cumprimento provisório da pena, relativizando, assim, o princípio da presunção de inocência em nome da celeridade e efetividade do sistema judiciário. **Objetivos:** O objetivo da pesquisa consiste em analisar a alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à possibilidade de se iniciar a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, além de se observar quais foram os argumentos utilizados pelos julgadores para embasar essa mudança. **Método:** O método utilizado no presente trabalho caracterizou-se como uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida por meio de consulta a estudos doutrinários, julgados - em especial do Supremo Tribunal Federal, artigos científicos e dispositivos legais. No que diz respeito à abordagem, apresenta-se uma pesquisa do tipo qualitativa, de modo que busca examinar os contornos teóricos existentes acerca da temática em pesquisa, bem como destacar as perspectivas desta. Quanto aos fins, a pesquisa tem natureza explicativa e descritiva, de modo a traçar como objetivo a interpretação do objeto investigado, a fim de melhor conhecê-lo. **Resultados:** Uma das justificativas para a alteração do entendimento sobre a possibilidade do cumprimento provisório da pena foi o abarrotamento das vias recursais extraordinárias diante do excesso de recursos “com intuito protelatório”, todavia,

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional (Curitiba-PR, Brasil). E-mail: hellen-fe@hotmail.com.

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional (Curitiba-PR, Brasil).
E-mail: paulosilasfilho@hotmail.com.

segundo estatística feita pelo próprio STF, dos 51.663 (cinquenta e um mil seiscentos e sessenta e três) processos em tramitação no ano de 2017, apenas 3.391 (três mil trezentos e noventa e um) são da classe penal, ou seja, correspondem a 6,56% da demanda. Já referente à classe processual penal, o número de processos corresponde a 6.153 (seis mil cento e cinquenta e três), que são 11,91% do valor total. Além do equivocado argumento estatístico, verificou-se ainda nos votos o uso equivocado do direito comparado, isto é, argumentos de referência ao direito estrangeiro sem qualquer método. Conclusão: Apesar da crise político-econômica instalada no país, a qual é cotidianamente espetacularizada pela mídia e que acaba por desaguar numa peculiar sensação de impunidade, utilizar-se de contorcionismos jurídicos para relativizar um direito fundamental, a presunção de inocência, mostra-se demasiadamente inadequado e equivocado, devendo esse entendimento ser completamente rechaçado, prezando assim pela manutenção do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: jurisdição; relativização da presunção de inocência; direito fundamental; estado democrático de direito; direito comparado.

“TODA A SUA HISTÓRIA”: O DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ERA DIGITAL

HELOISA SANTANA FIGUEIREDO*

RESUMO

O artigo aborda o tema do direito ao esquecimento na chamada Era da Informação ou Era Digital. A ideia é introduzida a partir da temática em torno do episódio da série “Black Mirror: The Entire History of You” (“Black Mirror: Toda a sua História”), no qual os personagens são capazes de retomar e reproduzir todas as suas memórias por meio de ferramenta tecnológica, de modo a problematizar a facilidade do acesso aos dados e informações pessoais dos usuários que utilizam a Internet. Conceitua-se o direito ao esquecimento como uma espécie dos direitos da personalidade e o direito à informação, ambos direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal Brasileira de 1988. Apresenta-se a problemática em torno da colisão entre esses direitos a partir do estudo do Caso Google Spain vs. Mário Costeja Gonzales, na Espanha, no qual a Corte de Justiça da União Europeia analisou o direito do reclamante M. C. Gonzales em ter os seus dados pessoais suprimidos dos motores de busca da empresa Google Spain. O artigo expõe conceitos doutrinários e jurisprudenciais que permeiam o direito ao esquecimento e o direito à informação na era digital e permitem que se estabeleça um critério de ponderação para solucionar casos em que haja colisão entre esses dois direitos fundamentais. Demonstra-se a importância do direito ao esquecimento no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana, ao passo que devem ser considerados, neste aspecto de proteção, os limites ao exercício da liberdade da informação na rede mundial. A metodologia utilizada é a lógico-dedutiva, por intermédio da análise de doutrinas, legislação e jurisprudências que envolvam os assuntos abordados, bem como a análise do Caso ocorrido na Espanha. Finalmente, conclui-se que há casos em que o direito ao esquecimento deve prevalecer sobre o direito à informação, mediante a valoração do princípio da dignidade da pessoa humana e dos interesses em conflito, notadamente a partir de critérios de ponderação dos direitos de proteção na Internet.

Palavras-chave: direito ao esquecimento; direito à informação; era digital; colisão entre direitos fundamentais; ponderação.

* Graduada em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).
E-mail: helosfigueiredo@gmail.com.

O PAPEL DO CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS BRASILEIROS NUMA PERSPECTIVA COMPARADA

HENRIQUE DELAVI DAUM*

RESUMO

O tema do controle da convencionalidade tem sido desenvolvido desde 2006 pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e significa ele, em poucas palavras, o exame da compatibilidade das normas internas com as disposições da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos e a sua interpretação jurisprudencial feita pela Corte. Com isso, o presente trabalho visa verificar a efetiva aplicação da jurisprudência da Corte, ou mesmo a própria Convenção Americana, em casos que envolvam direitos fundamentais no Brasil. Mas não apenas isso. O trabalho ainda dá enfoque à perspectiva comparada, isto é, é verificado como os países da América Latina, especialmente o México, a Argentina, o Chile e o Peru (que possuem casos relevantes julgados contra si no âmbito do Sistema Interamericano) tratam da matéria, seja na perspectiva da previsão constitucional acerca da hierarquia das convenções e tratados internacionais sobre direitos humanos, seja com relação aos julgados relativos aos lá considerados direitos fundamentais. A necessidade de verificar a efetividade do controle da convencionalidade vem ao encontro da crescente onda de internalização daquilo que se convencionou chamar direito internacional dos direitos humanos, é que o emergente diálogo entre Cortes (nacional com internacional, ou vice-versa, ou ainda Cortes nacionais entre si) permite o desenvolvimento de padrões mínimos em matéria de direitos humanos na região dos Estados Americanos. Direitos humanos e fundamentais têm forte carga cultural, histórica e política na sociedade, mas ainda assim é possível olhar para nossos Estados vizinhos com a finalidade de verificar nas suas experiências se o tratamento do tema do controle da convencionalidade em matéria de direitos fundamentais no Brasil está sendo feito de forma adequada, sendo esta verificação o principal objetivo do trabalho. A pesquisa utilizou preponderantemente texto

* Pós-Graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal, pela Universidade Positivo (Curitiba-PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. E-mail: henrique.delavi.daum@gmail.com.

legal, jurisprudencial e doutrinário, e se tornou empírica na medida em que a análise das decisões carrega a visão do autor que as analisou. O primeiro passo metodológico foi delimitar o que é o controle da convencionalidade para a doutrina, buscando para isso autores nacionais e estrangeiros, considerando que a matéria é tratada em caráter de internacionalidade. Depois, para a realização da pesquisa sob o enfoque da comparação, neste estudo em particular podendo ser chamada de positivista no entendimento de Pierre Legrand, foi utilizado inicialmente o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos aliado à jurisprudência da Corte Interamericana para então se avançar na busca por julgados das Cortes Constitucionais argentina, brasileira, chilena, mexicana e peruana que tratassem de direitos fundamentais. Após análise comparativa legal, doutrinária e jurisprudencial acerca do tratamento dos direitos fundamentais à luz do controle da convencionalidade foi possível extrair conclusões interessantes. A primeira delas é de que o tema é pouco desenvolvido no âmbito das Cortes Constitucionais, notadamente no Brasil; a segunda é de que o pouco desenvolvido não apresenta aplicação considerada adequada pelo autor; a terceira, e mais importante, é de que é preciso difundir o tema do controle da convencionalidade e estabelecer, para o seu exercício, padrões mínimos a serem observados na internalização de normativa internacional.

Palavras-chave: direitos fundamentais; controle da convencionalidade; direito comparado; direito internacional dos direitos humanos; corte interamericana de direitos humanos.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE *VERSUS* A EXPANSÃO TECNOLÓGICA

IGOR CARDOSO DE LIMA ROCHA*

RESUMO

O Brasil vem passando nas últimas décadas por um processo de globalização, que envolve também a maioria dos países industrializados. Tal processo aumentou os níveis de interação econômica entre as nações, o que leva o país à necessidade de uma reestruturação de sua ordem macro e microeconômica. Para que isso ocorra, se faz necessário a adaptação de todos os setores de produção, bem como a adequação do Direito à nova realidade. A globalização trouxe consigo um novo desafio para o Direito, o de implementar políticas de apoio empresarial que incentivem o desenvolvimento da ciência e da tecnologia. Tanto ciência quanto tecnologia são importantes pois são necessárias para que o país se mantenha competitivo economicamente. Inovações em ciência e tecnologias que no século XXI são essenciais para que o país não seja excluído da disputa econômica internacional. Indispensável para o avanço desse processo de globalização é o fenômeno da expansão tecnológica. A expansão que integra a revolução informacional, cujo desenvolvendo ocorre paralelamente à globalização e trouxe consigo drásticas transformações nas relações cotidianas, por meio de mudanças no modo como se compra, se consome, se relaciona, etc. Essas transformações comportamentais devidas às novas ferramentas que surgem com a era digital. Essa nova realidade, com diferentes padrões de comportamento e tecnologias presentes na sociedade, acaba por entrar em conflito com valores tradicionais defendidos pelo Direito. Um exemplo é o que ocorre com a diminuição da privacidade gerada pelo registro de dados daqueles usuários quando, ao acessarem a internet, veem suas atividades e preferências memorizadas por meio de sistemas de informação. Neste cenário, é de extrema importância o estudo da dupla atuação do Estado com relação às atividades tecnológicas. De um lado é seu dever incentivar a inovação tecnológica, para que seja garantida a ordem econômica e de outro é de sua responsabilidade controlar os limites da utilização e disponibilidade por parte das empresas dos dados pessoais que trafegam na

* Graduando pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).
E-mail: igor.rocha@ingraccio.adv.br.

internet. A pesquisa tem como objetivo inicial compreender o cenário econômico, político, social e histórico que levou o Estado à necessidade de implementação de políticas públicas que visam o desenvolvimento de novas tecnologias. Políticas públicas com o objetivo de manter um nível aceitável de competitividade das empresas nacionais em relação às empresas estrangeiras. Num segundo momento se busca especificamente a definição, por meio do estudo da legislação vigente e dos projetos de lei que tramitam na Câmara, com auxílio da doutrina especializada, da noção de inviolabilidade da privacidade. Também se busca agrupar as normas que estabelecem a disponibilidade, proibição e restrição quanto ao uso de dados que trafegam na rede mundial de computadores por parte das empresas. Feito esse levantamento de dados, a segunda fase do trabalho é buscar na jurisprudência as teorias adotadas para resolução de conflitos entre os princípios da inviolabilidade da privacidade e da iniciativa privada. Busca-se também estabelecer se há uma tendência dos magistrados por privilegiar um dos princípios em detrimento do outro e qual é a preponderância de uma tese sobre outra.

Palavras-chave: globalização; tecnologia; privacidade; regulamentação; empresa.

POLÍTICAS AFIRMATIVAS PARA A IGUALDADE DE GÊNERO E ETNIA NO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

ISABELA MOREIRA DO N. DOMINGOS*

GUISLAYNE A. CARLOTTO**

RESUMO

A ideia de igualdade ganhou força com a Revolução Francesa em razão de que a lei não poderia oferecer tratamento diverso para os cidadãos, seja por concepções políticas, filosóficas, religiosas, ou por critérios de raça, gênero ou situação econômica. O conceito de igualdade por longos anos não foi capaz de combater as desigualdades sociais. As injustiças e desigualdade motivaram diversos conflitos que culminaram na do Estado Liberal para o *Welfare State* (Estado de bem-estar). O constituinte brasileiro de 1998 se preocupou com a igualdade material, ou seja, mecanismos para a efetivação de direitos fundamentais sociais, tal como o acesso à democracia e cidadania através de políticas afirmativas. A democracia possibilita a participação dos cidadãos por meio do voto (sistema político no qual o povo é o soberano, escolhendo os seus dirigentes com eleições periódicas). Já o exercício da cidadania condiz com a participação ativa do povo na luta pela liberdade, solidariedade, justiça e igualdade. Nesse sentido, as ações afirmativas são espécies de políticas públicas a fim de facilitar os acessos de grupos que sofreram uma desigualdade histórica, como por exemplo, as políticas de cotas de cunho racial ou ético. As ações afirmativas buscam reequilibrar a sociedade através da justiça social. Com efeito, o objetivo do presente trabalho é analisar as políticas públicas realizadas pelo governo brasileiro que efetivamente resultaram no combate às desigualdades sociais de grupos discriminados, em especial, as desigualdades de gênero em razão de raça e etnia. O Brasil é signatário

* Mestranda em Direito Econômico pela Pontifícia Católica do Estado do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Pós-Graduação pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Membro dos grupos “Amartya Sen” e “Tributação e Desigualdade” (PUCPR/Cnpq). Advogada. E-mail: isabela.xr@hotmail.com.

** Mestranda em Direito Econômico pela Pontifícia Católica do Estado do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Tributário e Empresarial e Processual Tributário pela Pontifícia Católica do Estado do Paraná. Membro do grupo Tributação e Desigualdade (PUCPR/Cnpq). E-mail: guislaynecarlotto@gmail.com.

da Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como da Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD). Tais instrumentos buscam promover a equidade de raça e etnia para que os indivíduos consigam usufruir de direitos básicos como o acesso à moradia, saúde, educação, segurança, além de bens de consumo. Verifica-se que apesar de avanços de programas educacionais, as mulheres ainda recebem menos que os homens, essa diferença aumenta quando se trata de mulheres afrodescendentes, conseqüentemente, há menor expansão econômica, considerando que muitas delas são provedoras do sustento de seus familiares, a redução salarial incide em perda do poder aquisitivo na contratação de serviços e consumo de bens. Assim, tendo em vista que um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal é o desenvolvimento nacional, o estudo sobre as políticas afirmativas para a igualdade de gênero e etnia se faz necessário para elucidar a importância e investigação do tema.

Palavras-chave: políticas afirmativas; direitos humanos; serviço público; justiça social; cidadania.

JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E TEORIAS DA JUSTIÇA

ISADORA BEATRIZ TEIXEIRA CARLOS*

RESUMO

A tributação no Brasil possui grande importância, principalmente considerando sua função econômico-social, a possibilidade de ser utilizada como instrumento de equilíbrio das desigualdades socioeconômicas e também na melhor distribuição de riquezas para efetivação da justiça tributária. Diante da profusão de estudos, visualiza-se que existem diversas formas de definir o termo 'justiça', mas o que se extrai de mais importante é que se mostra inaceitável, para a definição de seu conteúdo, a desvinculação com o sistema constitucional, pois essa definição deve dar-se a partir da axiologia da Constituição, servindo para nortear a concretização da igualdade. A relação existente entre a igualdade e a determinação do conteúdo da justiça no Direito brasileiro é evidente, pois o princípio da igualdade é um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico, considerado o núcleo central e necessário à concepção e realização da justiça. A Constituição Federal brasileira de 1988 em seu preâmbulo traz a realização da justiça como valor supremo da sociedade e do Estado Democrático, juntamente à igualdade; também determina como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade justa e avoca a justiça social como fundamento em outros dispositivos. Assim, o princípio da igualdade é sustentáculo do Estado Democrático, tanto quanto é do Estado Social, sendo um dos princípios mais importantes para a efetivação dos direitos fundamentais na Constituição brasileira e no auxílio ao Estado em sua busca por uma sociedade mais justa, tanto na vertente tributária quanto na vertente social, sendo essas intrínsecas para o alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. É manifesto que a justiça possui papel fundamental na realização do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro e norteia todo o ordenamento jurídico pátrio. À vista disso, a justiça tributária, também chamada por muitos de justiça fiscal, baseia-se na noção de justiça que advém da leitura sistemática da nossa Constituição em vigor e, assim, está asentada no princípio da igualdade. A tributação vincula-se à realização da justiça e fomenta a efetivação do princípio da igualdade, por isso estabelece, através de seus dispositivos

* Mestranda em Direito pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade Positivo. Advogada. Integrante do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional do UniBrasil – NUPECONST. E-mail: isadorateixeira.c@gmail.com.

constitucionais e na legislação infraconstitucional, os direitos e garantias do contribuinte, a fim de proporcionar a consumação dos importantes princípios que sustentam a justa tributação. Mediante pesquisa doutrinária e revisão bibliográfica, a partir da concepção de justiça possível no ordenamento jurídico brasileiro, abrangendo o princípio da igualdade e algumas das Teorias da Justiça mais relevantes, far-se-á a construção de um raciocínio lógico-jurídico com o objetivo de analisar a construção do conteúdo de justiça frente aos ditames constitucionais, principalmente em relação ao papel da tributação na realização da justiça social. Primeiramente, serão feitas considerações a respeito da justiça tributária e sua vinculação à igualdade; seguindo para uma análise acerca do conteúdo do princípio da igualdade. Posteriormente, serão apresentados os conceitos e teses mais relevantes de Teorias da Justiça. Através do método dedutivo considera-se a tributação como instrumento viabilizador para o alcance da justiça social.

Palavras-chave: constituição federal. estado social e democrático. justiça. tributação. teorias da justiça.

BRASIL, UM PAÍS CONTINENTAL: O TRANSPORTE ESCOLAR COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL A EDUCAÇÃO BÁSICA

JOÃO FELIPE LEHMEN*

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT**

RESUMO

A educação e não apenas a educação básica, nos termos da Constituição Federal foi erigida ao patamar de direito social fundamental. Acontece que a concretização deste direito requer a implementação de inúmeras políticas públicas que tenham por objetivo o acesso universal. Neste sentido, o estudo se propõe a abordar a questão da educação básica como direito fundamental e a sua concretização por meio da garantia do transporte escolar, especialmente por conta de ser o Brasil um país com dimensões continentais, o que, a depender da condição da família do aluno, pode comprometer o acesso. Em outras palavras, se a condição não for das mais favorecidas e o educando residir em área distante do educandário, sem o transporte garantido pelo Estado, não há como acessar o serviço público. Logo, a ausência de transporte pode redundar em distanciamento deste direito fundamental do indivíduo. O problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: o transporte escolar aos alunos, no Brasil, se constitui como instrumento de concretização do direito fundamental a educação básica? O objetivo do trabalho é analisar criticamente, à

* Mestrando do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS, bolsista PROSUC/CAPES Modalidade II. Advogado e consultor na Delegação de Prefeituras Municipais – DPM. Ex- assessor jurídico Municipal. Membro do Instituto Gaúcho de Direito Eleitoral – IGADE e da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/RS. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET e pós-graduando em Direito Público. E-mail: joao@borbapuseperin.adv.br.

** Professora de Teoria do Direito do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade de Passo Fundo. Professora da graduação e da pós-graduação lato sensu da Universidade de Santa Cruz do Sul. E-mail: carolinemb@unisc.br.

luz do direito constitucional e administrativo se o transporte escolar é elemento necessário para a concretização do direito fundamental a educação básica. A verificação dar-se-á por meio do método hipotético-dedutivo, iniciando-se definição e contextualização do direito fundamental a educação básica, passando pela verificação da responsabilidade dos entes federativos com relação ao transporte escolar, bem como pela análise crítica dos limites de atuação do Estado para a garantia deste direito fundamental. Como resultado da pesquisa, evidencia-se que o acesso à educação básica não está apenas plasmado no oferecimento de vagas nas escolas, mas sim mediante a garantia para que os cidadãos possam efetivamente acessar o serviço público por meio de transporte ofertado também pelo Estado. Por outro lado, evidencia-se que a garantir não é irrestrita, visto que existem limites para os indivíduos frente ao Estado.

Palavras-chave: constituição. direito fundamental. educação básica. responsabilidade. transporte escolar.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POLÍTICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

JULIA MAURER DOS SANTOS BOSCH*

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar, por meio de pesquisa doutrinária, jurisprudencial, normativa e empírica, que o processo de recepção, proteção e inclusão dos refugiados no Brasil é formado por um conjunto de fatores, os quais se satisfatoriamente incorporados, possibilitarão um país mais solidário, tanto através da coordenação e desenvolvimento de suas políticas, quanto mediante participação e colaboração da população brasileira. No ano de 2017, 33.866 seres humanos, por não encontrarem nos próprios países a segurança que necessitam, solicitaram a proteção de suas vidas ao Brasil. Diversas são as razões que obrigam um indivíduo a fugir do país de origem ou de habitação, motivos oriundos de violações aos direitos humanos, ao temor de perseguição e provenientes de marcante violência no território desses Estados. A busca por outro país reflete a procura pela garantia e proteção de direitos, representa, essencialmente, o anseio por uma vida digna. Dessa forma, resta insuficiente que a política brasileira para os refugiados se limite à expressão da soberania do país em decidir acerca da possibilidade de recepção dessas pessoas no território nacional. O Estado brasileiro, bem como toda a população, deve proporcionar uma estrutura e uma organização que possibilite aos refugiados condições de vida em consonância com os preceitos fundamentais e garantia de direitos individuais. Para tanto, requer-se não apenas um Estado detentor de bons mecanismos garantidores de direito, mas sim, um país empático, que se preocupa com o próximo e entende esses sujeitos como merecedores de respeito e de oportunidades de vida digna, assim como seus nacionais. O contexto social, político e econômico em que os refugiados se inserem não deve ser encarado pelo Brasil apenas como uma responsabilidade normativa, mas sim, como uma responsabilidade humana.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direitos humanos; refugiados; dignidade; política nacional.

* Estudante de Graduação em Direito - Universidade Positivo. E-mail: j_maurer@outlook.com

EM BUSCA DOS DIREITOS HUMANOS DA MULHER E DA DEMOCRACIA DE QUALIDADE: A NECESSIDADE DE NOVAS VISÕES LEGISLATIVAS SOBRE OS DIREITOS POLÍTICOS FEMININOS NO BRASIL

JULIANA BERTHOLDI*

RESUMO

Defende-se no presente trabalho que a participação feminina na política constitui requisito básico para a realização democrática de qualidade e para garantia dos direitos políticos conferidos no sistema internacional de direitos humanos. Entende-se que a leitura democrática deva ser realizada à luz do princípio da dialética, construída no reconhecimento da existência de forças múltiplas, com interesses divergentes e visões contrárias, que possam desfrutar do mesmo espaço de legitimidade em um debate franco e contundente. Entende-se, assim, que a democracia considerada “verdadeiramente justa” - que superpõe o bem comum acima dos interesses particulares - deve tomar como parâmetro de referência os direitos humanos. Assim, a partir de uma acepção de democracia que exceda sua mera dimensão procedimental, propõe-se uma apreciação da crise de participação política que é agravada pela exclusão de setores inteiros da população do pleno gozo de seus direitos políticos, que em muito deve superar o simples ato do voto. Deste modo, tendo-se em vista que o pobre acesso das mulheres a cargos eletivos é fato confirmado pelas recentes pesquisas do Tribunal Superior Eleitoral brasileiro, sendo evidente que nosso sistema de cotas é insuficiente para combater tal realidade, buscaremos discutir novos mecanismos de incremento da participação feminina, com fito nas novas visões legislativas brasileiras, em especial o Projeto de Emenda Constitucional nº 134 de 2015, com origem no Senado Federal.

Palavras-chave: democracia; direitos políticos; representatividade; igualdade de gênero; cotas eleitorais de gênero.

* Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário do Brasil e pós-graduanda em Direito Eleitoral pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, com titulação pela Faculdade Arnaldo/MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Advogada criminalista e eleitoralista. E-mail: juliana@bmef.adv.br.

AS *FAKE NEWS* NO CAMPO ELEITORAL E A VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS

JULIANO GLINSKI PIETZACK*

LEONARDO SANTOS DE ARAÚJO**

RESUMO

A concepção de liberdade atrelada aos direitos fundamentais é típica das revoluções burguesas que abalaram a Europa nos séculos XVII e XVIII, as quais vieram a possibilitar a fundação de um Estado Liberal calcado nas garantias de seus cidadãos, representadas pelos direitos fundamentais de cunho negativo. Contudo, o desenvolvimento hodierno da teoria dos direitos fundamentais abarcou em sua lógica toda uma nova gama de direitos, de segunda e terceira dimensões, os quais trouxeram consigo uma concepção de Estado atuante perante a sociedade civil, ilustrado na prestação positiva dos direitos fundamentais, e de titularidade dupla, subjetiva, mas também objetiva. Nessa lógica a efetivação dos direitos políticos, enquanto direitos fundamentais, demanda não apenas uma limitação do Estado, mas na efetiva promoção de um esfera pública de debate que permita a igualdade entre os candidatos e a liberdade de voto. Tais garantias deveriam, portanto, impedir a formação de vícios na formação de voto do eleitor, que podem ser diretos - como a captação ilícita de sufrágio e o abuso de poder - mas também indiretos, como apresentados por Desiree Salgado: restrições ou favorecimentos a determinados discursos políticos ou por tratamento diferenciado a partidos e candidatos.

Esse tratamento diferenciado pode vir de origem estatal, perante a qual se acionaria o caráter negativo dos direitos fundamentais, mas também é de origem privada, dos quais um excelente exemplo é a situação da manipulação de notícias e informações falsas.

A disseminação de notícias falsas, as famosas “*fake news*”, já são reconhecidas pela sociedade em geral como um problema e uma ofensa às garantias fundamentais, na seara

* Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná. Membro-bolsista do Programa de Educação Tutorial - PET Direito. E-mail: julianopietzack@gmail.com.

** Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná. Membro-bolsista do Programa de Educação Tutorial - PET Direito. E-mail: leonardosaraujo@hotmail.com.

eleitoral o projeto de lei nº 8.612/17, que deu origem à Lei 13.487/17, previa em seu texto original a suspensão em no máximo 24 horas de conteúdo averiguado como falso disponível na internet, além deste, os projetos de lei 7.604/2017 e 9.647/2018 propõe o combate a fake news via responsabilização civil dos provedores, de maneira similar ao *Network Enforcement Act* alemão. Mesmo as empresas responsáveis por grande parte desse tipo de conteúdo reconhecem a necessidade do combate, como é observável pela *Google News Initiative* e pelo relatório produzido pela equipe do facebook “*Information Operations and Facebook*”.

No ambiente eleitoral a disseminação de notícias falsas já se tornou prática comum, como demonstram as eleições municipais do Rio de Janeiro de 2016 e as eleições nacionais estadunidenses do mesmo ano. Tais práticas ocasionam enormes prejuízos nos pleitos e nas instituições democráticas que são afetadas por ela, criando uma injusta desigualdade entre os candidatos e afetando diretamente a liberdade de voto do eleitor.

Dessa forma, é urgente a busca de mecanismos jurídicos capazes de evitar a disseminação das notícias falsas, seja numa perspectiva negativa de proteger o ofendido e/ou prejudicado, mas também numa perspectiva positiva, na promoção de ferramentas e mecanismos que impeçam a geração do conteúdo falso e a construção de ambientes de diálogo democrático imbuídos de certa veracidade.

Palavras-chave: *fake news*; direitos políticos; direito eleitoral; direitos fundamentais; igualdade.

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO DA ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA AO CONSENTIMENTO DE TERCEIRO

KAMILA MARIA STRAPASSON*

RESUMO

Regulamentando o art. 226, §7º da Constituição de 1988, a Lei 9.263 de 1996, em seu art. 10º, §5º impõe como condição para realização de esterilização na vigência de sociedade conjugal o consentimento expresso do cônjuge. Atualmente, a constitucionalidade de tal dispositivo legal vem sendo questionada pelas Ações diretas de inconstitucionalidade 5097 e 5911, as quais afirmam que o dispositivo viola direitos fundamentais como o direito à liberdade e ao planejamento reprodutivo. Metodologicamente, a partir da análise desse caso concreto e do aporte doutrinário sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais, o presente trabalho defende a impossibilidade de condicionamento da esterilização voluntária na vigência de sociedade conjugal ao consentimento do cônjuge. Para assumir essa posição, se partirá da compreensão de que a Constituição de 1988 abre espaço para a concepção de uma família de caráter plural, afetiva e eudemonista, com ênfase na proteção dos integrantes da família a partir das suas opções livres e com o predomínio da ideia de dignidade como autonomia. Ademais, com o intuito de problematizar o assunto, serão expostos argumentos favoráveis e contrários a possibilidade de disposição de direitos fundamentais. Para então se concluir pela possibilidade de disposição do exercício de uma posição jurídica de direito fundamental, desde que satisfeitas certas condições principais: a) haja a titularidade da dimensão subjetiva; b) verifique-se o consentimento a partir de uma decisão informada; e c) se mantenha a proteção a um núcleo essencial, a um conteúdo

* Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná e Bacharela em direito pela mesma instituição de ensino. Participa do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia. Assistente de Juiz de Direito Substituto no Tribunal de Justiça do Paraná. E-mail: kamilastrapasson@gmail.com

mínimo do direito fundamental em questão. Nesse aspecto, será adotado o posicionamento de que o conteúdo essencial do direito fundamental não será atingido quando as restrições ao direito passem pelo teste da proporcionalidade com suas três sub-regras, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tais conceitos serão aplicados em relação às ações diretas de inconstitucionalidade, explicitando que deveriam ser ponderados, no caso, considerando a regra da proporcionalidade, de um lado, a dignidade como autonomia, o direito ao planejamento reprodutivo e a liberdade de disposição sobre o próprio corpo e, de outro lado, a dignidade como heteronomia e o planejamento familiar. Por fim, se concluirá, a partir do aporte doutrinário, pela inconstitucionalidade do artigo 10, § 5º, da Lei 9.263 de 1996, tendo em vista que: a) a disposição de uma posição jurídica de direito fundamental não poderá ser efetuada por terceiro, mas apenas pelo próprio titular da posição subjetiva; b) condicionar a possibilidade de esterilização voluntária na vigência de sociedade conjugal ao consentimento do cônjuge viola o núcleo do direito à livre disposição sobre o próprio corpo; c) a esterilização voluntária sem o consentimento do cônjuge não é incompatível com planejamento familiar, nem mesmo viola a dignidade como heteronomia, pois a compreensão sobre a família a partir Constituição de 1988 se baseia em uma família de caráter plural, afetivo e eudemonista, com amplo espaço de liberdade.

Palavras-chave: (in)disponibilidade dos direitos fundamentais; esterilização voluntária; dignidade como autonomia; direito à disposição sobre o próprio corpo; família eudemonista.

TAXA COR DE ROSA: IGUALDADE DE GÊNERO E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES BRASILEIRAS

LAÍS SANTANA DA ROCHA SALVETTI TEIXEIRA*

RESUMO

Os produtos destinados ao público feminino tendem a custar mais caro do que as suas versões masculinas correspondentes. Esta constatação sintetiza a conclusão do trabalho desenvolvido pela autora Laís Santana da Rocha Salvetti Teixeira, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, Campus Higienópolis, em São Paulo-SP, Brasil, cujo objetivo principal era analisar a igualdade formal nos ordenamentos jurídicos do Brasil e da França e eventuais desigualdades sociais concretas relacionadas à temática do gênero no mercado de consumo. Quanto aos objetivos específicos, para a condução da análise, foi adotado o procedimento metodológico empírico comparativo e descritivo. No que tange aos resultados colhidos, observou-se que a elevação do valor baseada no gênero pôde ser constatada tanto no Brasil quanto na França, denotando-se, então, que em ambos os países existem indícios de que a igualdade de gênero ainda não foi plenamente alcançada. Neste sentido, persistem na França e no Brasil as desigualdades sociais concretas relacionadas à temática do gênero, evidenciando-se que o caminho rumo à efetivação da igualdade de gênero deve considerar a vertente econômica. Assim, é possível notar que a chamada taxa cor de rosa implica aumento do preço final de produtos e serviços disponibilizados ao público consumidor feminino, inferindo-se então que a diferenciação do valor final de produtos e serviços estaria preponderantemente ancorada no gênero do seu consumidor final, publicitariamente definido. A partir destas perspectivas, considerando-se a realidade brasileira e francesa, é possível pontuar-se que tal critério de precificação seria excludente e sexista, cogitando-se se teria origem no patriarcado. Diante da aderência da temática, justifica-se o desenvolvimento desta pesquisa e a sua inclusão no Congresso Franco-Brasileiro de Direitos Fundamentais e Igualdade.

Palavras-chave: direitos fundamentais femininos; taxa cor de rosa; igualdade de gênero; precificação; consumo.

* Doutoranda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo/SP, Brasil.
E-mail: lais@adv.oabsp.org.br.

OS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E O HABEAS CORPUS 124.306 NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LARISSA TOMAZONI*

ESTEFÂNIA MARIA DE QUEIROZ BARBOZA**

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar quais são os principais documentos internacionais que garantem os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e como esses direitos avançaram na legislação pós Constituição de 1988. Busca analisar o Habeas Corpus 124.306/RJ para verificar se a *ratio decidendi* guarda relação com o que foi positivado no Direito Internacional Público no que tange aos direitos sexuais e reprodutivos. Trata-se de uma pesquisa descritiva realizada a partir da revisão bibliográfica dos documentos internacionais de direitos humanos e da legislação interna brasileira. Busca demonstrar a importância dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres enquanto parte universal e indivisível dos direitos humanos. Conclui que Ainda que tais direitos tenham avançado no plano interno há muitos temas, como o aborto, que não foram tratados e que demandam uma atuação urgente por parte do Estado para estar em acordo com o que dispõe a legislação internacional. Os avanços na legislação brasileira, no que diz respeito aos direitos sexuais e reprodutivos, guardam relação, em certa medida, com o que foi positivado no Direito Internacional Público; entretanto, devido à variada gama de tratados e conferências internacionais, o Brasil deve estar mais atento as disposições de direitos humanos consagradas no plano internacional. No *habeas corpus* 124.306, o ministro Roberto Barroso utilizou os direitos sexuais e reprodutivos para fundamentar o seu voto que concedia a ordem de ofício para a soltura da paciente Rosemere Aparecida Ferreira, pois entendeu que a criminalização aborto até o terceiro mês de gestação viola os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres bem como a dignidade humana, direito à saúde e a proteção da integridade física e psíquica além de pre-

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER, Advogada.
E-mail: lrtomazoni@gmail.com

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade do Paraná, Advogada, Professora do programa de mestrado em Direito do Uninter e do departamento de Direito Público da UFPR. E-mail: estefaniaqueiroz@uol.com.br

judicar especialmente as mulheres pobres que não tem acesso a procedimentos seguros para a realização do aborto. Por fim, nota-se que os direitos reprodutivos estão largamente positivados no âmbito internacional; contudo, os direitos sexuais ainda precisam de maior atenção por parte de juristas e dos Estados, pois não há um conceito emancipatório de direitos sexuais, mas ainda uma mera referência a não ser objeto de violação - o que é bastante relevante no campo dos direitos humanos - entretanto, é preciso superar o conceito negativo de direitos sexuais e formular um conceito alargado, que abarque a proteção contra violações, mas também que garanta o exercício da sexualidade efetivamente como um direito humano, que contribua para uma vida plena e digna.

Palavras-chave: direitos sexuais e reprodutivos, direitos fundamentais, direitos humanos, jurisdição.

UMA ANÁLISE CRÍTICA DA CARACTERIZAÇÃO DOS RETROCESSOS SOCIAIS FRENTE À ORDEM CONSTITUCIONAL: A VIOLAÇÃO DE UM DIREITO FUNDAMENTAL PARA A GARANTIA DE OUTRO

LAURA VAZ BITENCOURT*

RESUMO

O presente ensaio teve por objeto a análise dos retrocessos sociais evidenciados na atual conjuntura política e jurídica do nosso país. Isso porque, para que a atuação do Poder Judiciário seja sólida e eficaz, deve estar intrínseca em seu bojo o respeito e, principalmente, a proteção dos direitos fundamentais esculpido em nossa Constituição Federal. A atuação do poder judiciário consolidada em uma Constituição Republicana consiste em dar efetividade aos direitos fundamentais tutelados a fim de se garantir a manutenção de um Estado Democrático de Direito. Neste contexto, a análise de recentes decisões exaradas no âmbito do poder judiciário brasileiro se faz necessário para a caracterização de retrocessos sociais frente à ordem constitucional, eis que algumas decisões em casos concretos acabam suprimindo, ou melhor, violando, direitos fundamentais em nome de outros direitos fundamentais. Já na seara política, emergente a necessidade de análise de algumas medidas do governo e do próprio Congresso Nacional que destroem direitos já garantidos nas últimas décadas. E aqui poderíamos citar diversos exemplos, entre eles, a decisão exarada pelo Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba, que determinou a condução coercitiva de um “blogueiro” para que ele revelasse em depoimento à Polícia Federal quem estaria passando as informações que o mesmo compartilhava em seu “blog”. Sob a ótica constitucional, a decisão em questão, afronta diretamente o disposto no artigo 5º, inciso XIV, artigo que, inclusive, já foi objeto de discussão pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 130, quando foi fixado o entendimento de que a Lei de Imprensa, de 1967, não

* Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS.
E-mail: laura.vazbitencourt@hotmail.com

fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988 por ser uma barreira à liberdade de expressão. Assim, vislumbra-se que o maior desafio do poder judiciário e da própria governabilidade da atual quadra histórica é, justamente, conciliar as divergências constantes nos interesses diversos da sociedade com os próprios propósitos da Carta Magna. Assim, o problema de pesquisa consiste no seguinte questionamento: É possível a violação de direitos fundamentais para a concretização de outros e essa violação caracteriza um retrocesso social frente à ordem constitucional? Os resultados preliminares são de que as decisões – tanto políticas, quanto jurídicas – baseadas em um clamor popular acabam afrontando diretamente a ordem constitucional estabelecida, reforçando a ideia de crise do próprio Estado Democrático de Direito. A metodologia de pesquisa utilizada foi o método hipotético-dedutivo, a partir de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca dos impactos negativos de algumas decisões jurídicas e governamentais e a caracterização destas como retrocessos sociais em virtude da violação de um direito fundamental para a garantia de outro direito fundamental.

Palavras-chave: constituição federal. direito fundamental. poder judiciário. retrocessos sociais. estado democrático de direito.

A RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA COMO MANIFESTAÇÃO DE SEU DIREITO FUNDAMENTAL DE PARTICIPAÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO

LEANDRO SOUZA ROSA*

RESUMO

O presente trabalho analisa a responsabilidade social da empresa como manifestação do seu direito fundamental de participação democrática, amparada na Constituição Federal. A responsabilidade social das empresas diante do desdobramento da economia de mercado e como seus efeitos sociais adquirem relevância na medida do seu compromisso com a evolução social, de modo que na realidade social brasileira, as ações de responsabilidade social das empresas estão justificadas quando comprometidas, de forma efetiva, com a redução de desigualdades em todos os níveis, ou seja, com uma nova prática, que veio resultar da mediação conceitual e normativa, convergente com a sustentabilidade do mundo e da vida das pessoas. Essa postura é exigida do empresariado, na busca do resgate da cidadania e o respeito à coletividade, fundamentada nos princípios constitucionais e valores sociais. Como benefício próprio, as instituições que se comprometem com a responsabilidade social têm sua imagem valorizada, bem como a lealdade do consumidor e dos possíveis indivíduos que possam trabalhar lá, de modo que, com flexibilidade e adaptação, alcançam a longevidade e sucesso empresarial. Nesse contexto, diante de tal mudança de paradigma, as empresas passaram a ter uma atuação mais incisiva na educação, lazer, cultura, meio ambiente, atuando assim, de maneira a contribuir para a sustentabilidade, fiscalizando os efeitos de suas atividades e fomentando a evolução social. As ações de responsabilidade social das empresas dependem do compromisso ético integrado ao desenvolvimento da vida em sociedade, de modo que se pode concluir que a empresa pode e deve, de forma socialmente responsável, participar da vida democrática da sociedade na

* Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Vice-Presidente da Comissão De Direito Eleitoral da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná. Membro fundador do Instituto Paranaense de Direito Eleitoral - IPRADE. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político - ABRADPEP. E-mail: leandro@leandrorosa.com.br.

qual está inserida, fomentando a participação própria e dos cidadãos, de modo a auxiliar no desenvolvimento social por meio dessa inserção. É nesse sentido que a empresa, aparada pelo princípio democrático assentado na Constituição da República (no Preâmbulo, assim como nos arts. 1º e 3º), pode desenvolver a participação democrática, neste estudo enfocada sob o prisma da democracia deliberativa, para se envolver no processo decisório. Essa atuação é exercida com bases solidificadas nos preceitos da cidadania, em uma expressa manifestação do vínculo das pessoas com o compromisso perante a sociedade, fomentada pela proteção dos direitos fundamentais de participação nas estruturas da decisão – em seus diversos âmbitos, desde o administrativo até mesmo o político. Foi adotada a metodologia de pesquisa pautada na revisão bibliográfica e no método dedutivo de investigação.

Palavras-chave: responsabilidade social; empresa; participação; estado democrático; democracia deliberativa.

A TRANSFORMAÇÃO DO ESTADO PELO MODELO DE DEMOCRACIA SUBSTANCIAL DE LUIGI FERRAJOLI: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA LEI DE MEIOS

LENON OLIVEIRA HORBACH*

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a possibilidade de redemocratização dos meios de comunicação, através de uma democracia substantiva, após observada as crises do Estado Liberal Social. A metodologia se desdobra em uma pesquisa descritiva, qualitativa, através de delineamento bibliográfico e documental, com estratégia de análise de conteúdo, a partir de documentação indireta em fontes primárias, como em fontes secundárias bibliográficas, nomeadamente em livros, periódicos científicos, etc. Como resultado da pesquisa tem-se a observação do desenvolvimento do Estado Liberal, o envelhecimento precoce das suas instituições e burocratização do sistema, introduzindo a ideia de um processo de transformação do Estado, para então entender sua superação, dando espaço para o modelo de Estado Social com ações intervencionistas e direcionadas a contemplação da seguridade social. Em sequência, se destaca o enfrentamento das crises do Estado Social, que atinge a estrutura do Estado, se desdobrando nas crises fiscal, ideológica, e filosófica, nos moldes descritos por Bolzan de Moraes, entendendo que, ao mesmo tempo que o Estado Liberal está ultrapassado e não responde as expectativas sociais, o Estado Social se encontra em profundas crises. Nesse sentido, se reforça a necessidade de transformação do Estado, através de uma modelo garantista, a partir de uma democracia substancial, patrocinado por Luigi Ferrajoli, resguardando o constitucionalismo e sua relação com a democracia, fortalecendo a ligação entre Estado e sociedade civil na busca de efetivação de direitos fundamentais e direitos humanos. Para isso, sugere-se a redemocratização dos meios de comunicação, que se solidifica com a proposição de uma lei de meios no Brasil, como concretizado em outros países da América Latina, efetivando o exercício da cidadania, e fomento ao direito fundamental a liberdade de informação. Como conclusão se percebe

* Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. São Leopoldo/RS, Brasil. Mestrando em Direito Público, e advogado. E-mail: lenonhorbach@gmail.com

que frente as crises repassadas pelo Estado Liberal Social, um dos elementos preliminares que fundamenta a necessidade de uma lei de meios é a transformação do Estado através de uma democracia substantiva, com maior participação da sociedade civil na política. A propositura de uma lei de meios está plenamente de acordo com o modelo garantista, seja através de uma democracia participativa para efetivação do direito fundamental a liberdade de informação a todas os cidadãos, através de pluralidades de fontes, sem que o Estado interfira no conteúdo, na forma que a lei de meios, além de redemocratizar os meios de comunicação, reforça a democracia como vontade popular, enfraquecendo a instaurada crise de participação política em face da manipulação das informações e da ausência de um sistema democrático de acesso e de construção da informação.

Palavras-chave: democracia substancial; crise do estado; lei de meios; estado liberal social; transformação do estado.

DO DIREITO AO ERRO À DIGNIDADE HUMANA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

LEONARDO AUGUSTO GULKA RIVAS*

RESUMO

OBJETIVO: O giro paradigmático derivado da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e, sequentemente, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em especial quanto ao regime das invalidades dos negócios jurídicos, polarizou de forma significativa a doutrina civilista brasileira. De um lado, doutrinadores defendem as mudanças trazidas à lei sob argumento de que tratar-se-iam de inovações legislativas capazes de proporcionar, mediante a reestruturação dos institutos, a efetiva materialização da dignidade humana da pessoa com deficiência, afastando-nos mais de nossa tradição patrimonialista. Por outro lado, parte menos expressiva da doutrina defende que o Estatuto, mesmo que motivando por razões nobres, acabou por desamparar substancialmente aqueles que objetiva tutelar, eis que os negócios jurídicos perfectibilizados pelas pessoas com deficiência não são mais tidos como nulos em função de uma ora superada incapacidade civil absoluta, podendo levar, assim, à aniquilação do patrimônio daqueles que não possuem capacidade intelectual de fato. Nesse contexto de desconcordância doutrinária, onde ambos os lados se fundam no que acham ser a melhor interpretação do Estatuto, é que as novas teorizações passam a surgir na superfície do Direito Civil. Nesse mesmo sentido, encontra-se o objeto da pesquisa que ora se comunica, o direito ao erro. Trata-se, a grosso modo, de racionalidade intrínseca ao Estatuto que, ao conferir validade aos negócios praticados por pessoa com deficiência, permite que estas cometam erros. Consequentemente, necessário se fez a análise do que acreditou-se ser um direito implícito no Estatuto da Pessoa com Deficiência, no intento estimular debates envoltos das inovações por ele patrocinadas e garantir a melhor concretização de suas normas. **METODOLÓGIA:** Para isto, utilizou-se do método da dedução lógica para, a partir de levantamento doutrinário, analisar os posicionamentos sobre as tão referidas mudanças. Ademais, analisou-se o desenvolvimento histórico do tratamento jurídico da pessoa com deficiência, notadamente na constituciona-

* Graduando pela Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Curitiba. Estagiário Pesquisador do bureau Fachin Advogados Associados. E-mail: augustogulka@gmail.com

lização e após internalização da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a fim de compreender a razão de ser da norma no decorrer da sua concepção. **RESULTADOS:** Investigado um direito ao erro presente intrinsecamente ao Estatuto mediante a metodologia a pouco apresentada, constatou-se que, ao passo que parcela da doutrina acredita que o Estatuto deixou seus tutelados em condição de vulnerabilidade negocial, na realidade, a simples possibilidade de erro salvaguarda à pessoa com deficiência acabou revelando-se senão como uma manifestação de sua dignidade humana. Até porque, todos os agentes socioeconômicos são naturalmente sujeitos aos erros negociais, eis quantidade de variáveis aos negócios, de modo que nada mais justo à pessoa com deficiência, que agora possui instrumentos legais para que concorra de maneira substancialmente igual, esteja também sujeita a algo tão humano quanto o erro. **CONCLUSÃO:** Vê-se, assim, que o distanciamento de um paternalismo patrimonialista de fato desampara a pessoa com deficiência no que se refere ausência de proteções negociais, mas isso acaba por manifestar de forma mais significativa a própria dignidade humana dessas pessoas, posto que passaram a negociar em gozo das suas liberdades substanciais, podendo cair em erro como qualquer outra pessoa poderia vir a cair.

Palavras-chave: pessoa com deficiência, direito ao erro, constitucionalização do direito civil, dignidade da pessoa humana.

ALCANCE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE: O ESTADO TEM O DEVER DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS PELA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA)?

LEONARDO FELIPE MARQUES TIRADENTES*

RESUMO

Após o advento da Constituição da República de 1988, o direito fundamental social à saúde passou a ser pauta corriqueira da doutrina e da jurisprudência de nossos tribunais. Em razão da ausência de delimitação do seu conteúdo no âmbito do Texto Constitucional, praticamente toda e qualquer prestação de saúde é questionada judicialmente e, invariavelmente, concedida pelos magistrados sem o devido rigor técnico que a problemática reclama. Especificamente acerca do pleito judicial de medicamentos não registrados perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o presente trabalho indaga e procura responder, a partir de análises doutrinárias e jurisprudenciais (quantitativas e qualitativas), ao seguinte questionamento: é possível vislumbrar um dever estatal relativo à entrega destes fármacos? Constata-se que este dever, apesar de reconhecido pela maioria esmagadora da jurisprudência analisada, não é existente sob o ponto de vista técnico-científico, o que revela o desacerto do Poder Judiciário quando do trato da matéria.

Palavras-chave: direito constitucional. saúde. poder judiciário. medicamentos. ANVISA.

* Graduando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, Paraná, Brasil. Assessor de Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). E-mail: leonardofelipe.marques@gmail.com.

O SERVIÇO PÚBLICO DE RÁDIO-DIFUSÃO E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO LAZER

LUCAS BOSSONI SAIKALI*

RESUMO

O presente comunicado científico tem o intuito de investigar a proteção da prestação dos serviços público de radiodifusão sonora e de sons e imagens diante dos serviços privados da mesma natureza prestados via o modelo *streaming* (fornecidos através da rede mundial de computadores). Por serem serviços públicos, a prestação da atividade do rádio e da televisão aberta constituem faceta importante na concretização de direitos fundamentais sociais. A característica de universalidade desses serviços permite que através deles as pessoas concretizem o acesso ao lazer (e, indiretamente, à cultura e informação), previsto no caput do art. 6º da Constituição de 1988. Por outro lado, os serviços de *streaming* são prestados por empresas privadas através da internet. A lógica deste serviço se diferencia a do tradicional *download* na medida em que a transmissão de dados não necessita que o ficheiro seja salvo no computador. Desta forma, o usuário do serviço recebe os dados na medida do seu acesso e do carregamento do arquivo. Casos conhecidos são o da Netflix (radiodifusão de sons e imagens) e do Spotify (radiodifusão sonora): tratam-se de “inovações disruptivas”, que além de apresentarem novos produtos e serviços, apresentam uma nova forma de fornecimento dos bens que oferecem. Vale destacar que enquanto os serviços públicos são fortemente regulados, os serviços fornecidos através da rede mundial de computadores não sofrem esta interferência estatal (nem mesmo na determinação de um mínimo de porcentagem de conteúdo nacional, por exemplo). Nesta senda, mister pensar nas consequências dessas inovações disruptivas (que quebram o parâmetro tradicional do mercado) para os serviços públicos de radiodifusão. Para que não restem prejudicadas com o passar do tempo – e, quiçá, obsoletas – há juristas que defendem a necessidade de se realizar uma assimetria regulatória em relação aos novos serviços. Se-

* Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano. E-mail: saikalilucas@gmail.com.

gundo eles, a ideia é que a regulação permita o contínuo funcionamento e desenvolvimento dos serviços de *streaming* e, ao mesmo tempo, a proteção dos serviços tradicionais de radiodifusão sonora e de sons e imagens. Por se tratar de um serviço público universal e prestado sem custos adicionais ao cidadão, imperiosa a manutenção dos serviços tradicionais. Em locais nos quais o acesso à internet é limitado e para as pessoas que não podem arcar com os custos dos serviços privados, o acesso ao lazer tem como dois de seus instrumentos o rádio e a televisão aberta. A metodologia utilizada na pesquisa o método hipotético-dedutivo, a partir da qual se investiga os serviços públicos de radiodifusão como instrumentos capazes de concretizar o direito fundamental social ao lazer. A técnica de pesquisa utilizada é a documentação indireta, através da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: serviço público. radiodifusão. direitos fundamentais sociais. inovações disruptivas. regulação.

ANÁLISE DO PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS DO ESTADO DO PARANÁ EM RELAÇÃO AOS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DAS NAÇÕES UNIDAS – ODS/ONU

LUCAS JOSÉ RAMOS LOPES*

CEZAR BUENO DE LIMA**

RESUMO

É objetivo desse trabalho apresentar a proposta de dissertação de mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, centrada na análise das 23 ações programáticas do eixo educação básica do Plano Estadual de educação em direitos humanos do estado do Paraná em relação aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU), em especial, àqueles que possuem incidência direta no campo da educação em Direitos Humanos. Pesquisa de caráter documental, com análise de conteúdo e cálculo de aderência (quali-quantitativo), se propõe ao analisar os conteúdos do Eixo Educação Básica e os ODS, medir a taxa de aderência das referidas 23 ações programáticas em relação aos ODS selecionados com base em critérios metodológicos para verificar as ações com maior alinhamento com a Agenda 2030 e, portanto, qualificadas como prioritárias para o investimento na priorização do orçamento público para educação em direitos humanos na educação básica do estado do Paraná. A hipótese levantada é de baixa aderência das ações analisadas em relação aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável selecionados, o que demanda uma avaliação da política para adequação do plano em vista do cumprimento das 35 metas estabelecidas para os ODS em análise. A avaliação da política pública é um

* Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Mestrando do programa de mestrado em Direitos Humanos e políticas públicas, Curitiba – PR, Brasil. Cientista Social / Membro do grupo de pesquisa CNPq: Sociedade, Direitos Humanos e novas formas de solução de conflitos. E-mail: lopes.lucasramos@gmail.com

** Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da PUCPR. E-mail: czarbueno@gmail.com

importante mecanismo de controle social e a participação da sociedade civil é um imperativo para tal processo. O presente esforço de pesquisa se propõe, a partir do contributo da academia, articular Direitos Humanos e políticas públicas para alcançar os resultados aqui apresentados ainda como hipótese.

Palavras-chave: política pública; paraná; direitos humanos; educação básica; agenda 2030.

SOLTA-NOS BARRABÁS: OS DIREITOS POLÍTICOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA SUSPENSÃO POR CONDENAÇÃO CRIMINAL

LUIZ CARLOS WANDRATSCH II*

RESUMO

O presente trabalho trata dos direitos políticos na Constituição Federal de 1988, dando especial atenção à sua suspensão através da hipótese do art. 15, III, a condenação criminal transitada em julgado, e como este dispositivo tem sido utilizado para a precarização da fruição da cidadania plena dentro da ordem constitucional brasileira. Busca-se fazer uma análise do tema sob uma perspectiva constitucional, debruçando-se especialmente sobre o texto do Capítulo IV do Título II e sua redação peculiar, tratando dos critérios para obtenção de direitos políticos, das hipóteses de restrição à elegibilidade, as hipóteses de suspensão e perda dos direitos e seu diálogo com outras normas da Carta e da legislação infraconstitucional. Procura-se também garantir uma observação da situação dos direitos políticos dentro da concepção de direitos fundamentais e os diferenciando dos direitos individuais presentes no art. 5º, expondo as peculiaridades únicas ao texto constitucional brasileiro. Resgata-se durante todo o texto a ligação entre os direitos políticos e a Assembleia Constituinte, bem como sua importância como garantia democrática e republicana. Enfrentando tanto a jurisprudência consolidada quanto à recente do STF, tece-se críticas ao tratamento dado à cidadania pela corte ao longo dos anos, buscando reafirmar a importância dos direitos políticos para a concepção da República após o período ditatorial, voltando-se aos princípios democráticos e à proteção do cidadão enquanto participante ativo necessário para a fruição dos objetivos do constituinte contra uma jurisprudência engessada e não raro retrógrada em matéria constitucional. Indo do julgamento emblemático na plenária durante o Recurso Especial 179.502 em 1995 a pronunciamentos ministeriais dadas recentemente, quer-se pontuar a tendência sistêmica de precarização dos direitos políticos e questionar seu papel na concretização do futuro da nação.

Palavras-chave: direito constitucional; direito penal; direitos políticos; direitos humanos; direitos fundamentais.

* Aluno do curso de graduação em Direito. Email: lcw.dois@gmail.com.

A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL TRABALHISTA E O DIREITO À IGUALDADE: VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

LUIZ EDUARDO GUNTHER*

LEONARDO SANCHES FERREIRA**

RESUMO

O presente trabalho analisa em que medida a tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito do direito do trabalho viola os direitos fundamentais do trabalhador, especialmente no tocante ao direito à igualdade, previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. A elevação dos valores sociais do trabalho a fundamentos da República e da ordem econômica constitucional evidenciam o papel central exercido pelo trabalho perante a sociedade, o Estado e a Constituição. O direito à igualdade configura-se como elemento central da ordem jurídica brasileira, aliado ao princípio da dignidade da pessoa humana. A tarifação do dano extrapatrimonial no âmbito trabalhista, promovida pela Lei nº. 13.467, de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), determinou limites máximos para as condenações decorrentes de violações da esfera extrapatrimonial dos trabalhadores, tomando como base para o cálculo o último salário contratual do ofendido, variando em até três vezes o valor para ofensa de natureza leve, até cinco vezes para ofensa de natureza média, até vinte vezes para ofensa de natureza grave e, por fim, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido para ofensa de natureza gravíssima, tudo conforme disposição do

* Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br

** Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Curitiba, Paraná, Brasil. Bolsista Integral PROSUP-CAPEs. Membro do Grupo de Pesquisa “Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial - os efeitos limitadores na constituição da prova judiciária”, junto ao CNPq. Advogado. E-mail: sanchesf.leonardo@gmail.com

parágrafo primeiro e incisos do artigo 223-G, da Consolidação das Leis do Trabalho. O parágrafo terceiro do artigo supra mencionado determina, ainda, que no caso de reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização. Ocorre que a disposição do texto legal ora analisado abre possibilidades para condenações distintas decorrentes de fatos idênticos, ou até mesmo do mesmo fato que alcance trabalhadores que recebem salários de desigual valor. Verifica-se, assim, afronta aos direitos fundamentais do trabalhador, conquanto formadores da ordem jurídica pátria, especialmente no tratamento discriminatório com aqueles que recebem menor salário. O tema merece especial atenção, no passo que constitui injusto *discrimen* no direito positivo brasileiro. Adotou-se a metodologia de pesquisa pautada na revisão bibliográfica e no método dedutivo de investigação.

Palavras-chave: tarifação; dano extrapatrimonial; reforma trabalhista; direitos fundamentais; igualdade.

A OMISSÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO NA GESTÃO EXECUTIVA QUE CONDENOU SEUS NACIONAIS A PENAS CRUÉIS – UMA ABORDAGEM À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

LUIZ FELIPE DE LIMA RODELLI*

RESUMO

Voltada a tutelar direitos amplamente assecuratórios, a Constituição Federal de 1988 completa trinta anos de promulgação em outubro de 2018. Entre suas conquistas, destaque maior para o contexto segundo o qual foi idealizada, cuja insatisfação da população ante o retrocesso democrático imposto pelo regime militar no Brasil, reconduziu o pensamento do novo constituinte a direitos amplamente assecuratórios. Nesse contexto, direitos de primeira e segunda geração ficaram em evidência no cenário nacional, ditando o *modus operandi* do Estado frente ao seu administrado. No entanto, a ação e, aqui, leia-se omissão do Poder Público, refletiu situação paralela ao almejado pelo marco histórico em comento, uma vez que os ideais outrora aflorados pelo colegiado garantista se esvaíram e fadaram ao fracasso. Isto porque, a promessa do Estado no qual todos seriam iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, estampada no bojo de seu art. 5º, retratou outra realidade, sobretudo na garantia do inciso XLVII, que prevê a proibição de penas cruéis sob a vigência do Estado Democrático de Direito. A partir disso, o **objetivo** do presente trabalho é verificar em que proporção a proteção da igualdade como princípio auxilia na promoção da dignidade da pessoa humana, de modo a delinear um paralelo entre a acepção léxica do princípio (Art. 1º, III, CF/88) e a situação fática vivida por centena de milhares de indivíduos, que pela submissão a situações degradantes, por vezes se equipara a penas cruéis. A primeira vista, a afirmação de aplicação de “penas cruéis” pode se revelar impetuosa, tendo em vista os meios disponíveis de controle em direito para assegurar mencionada garantia. Contudo, o que efetivamente se experimenta na prática, transcende, em muito, o retrato

* Graduando do 9º período em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba, PR, Brasil). Pesquisador bolsista pela Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná.

anteriormente idealizado, personificado comumente na figura do morador de rua. Nessa perspectiva, a **conclusão** que advém é que a dignidade da pessoa humana cede espaço às prioridades estabelecidas por governos alicerçados em valores meramente políticos, verificado na ausência da atuação positiva do Estado na assistência daqueles que vivenciam o limiar da dependência humana, que de tão hipossuficientes, não logram êxito em tutelar a própria existência. Para além, não mais os reconhecem como sujeitos de direito. Para a doutrina conservadora, as circunstâncias pelas quais a pessoa foi exposta a tal vulnerabilidade não importa quando se reconhece a função precípua do Estado em fornecer amparo, conquanto aos direitos sociais definidos em sua lei maior. Nesse diapasão, a gestão executiva que conhece dos problemas sociais expostos à sua administração, mas se mantém inerte diante deles, contribui para a consumação indireta da aplicação de “penas cruéis” àqueles infortunados que, aos olhos estatal, não se enquadram nem como contribuintes e, nem mais como eleitores. Assim, com vista a viabilizar a pesquisa, foi utilizado para o presente a **metodologia** lógico-dedutiva, por meio da qual a análise de dados estatísticos foi determinante para o regular desenvolvimento, aliado a leitura da Constituição Federal e artigos correlatos.

Palavras-chave: dignidade da pessoa humana; função social; estado; omissão; pena cruel.

PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E NORMAS CONSTITUCIONAIS: CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E NORMAS

LUIZ EDUARDO GUNTHER*

GUSTAVO AFONSO MARTINS**

RESUMO

O presente artigo abordará o princípio da intervenção mínima do poder judiciário no que tange a justiça federal especializada do trabalho. Com a promulgação da lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 - Reforma Trabalhista - em seu artigo 8º, §3º, em linhas gerais versa que a atuação dos juízes trabalhistas será restrita a observância dos elementos essenciais do negócio jurídico disciplinados pelo Código Civil brasileiro de 2002 e balizará a sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Portanto, a intervenção mínima do poder judiciário nos termos do disposto no artigo 8º §3º da lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017) possui força normativa ou é um princípio que, via de regra, não é vinculante, contudo serve de diretriz. Adere-se ao tema a questão do tratamento igualitário que a referida norma trabalhista concede às partes envolvidas na relação de trabalho, sem a reflexão na experiência dos tribunais do trabalho, nem tampouco sem ponderar a questão da hipossuficiência do empregado frente ao empregador. Ou seja, a partir do momento que a norma infraconstitucional restringe a análise do Poder Judiciário Trabalhista nas questões apontadas no dispositivo em tela, questiona-se se fere princípios constitucionais ou não, ainda, se contraria direito fundamental ao acesso à justiça. Para tanto vale-se o artigo da pesquisa bibliográfica utilizando o método dedutivo.

Palavras-chave: tutela dos direitos trabalhistas; intervenção mínima; conflito entre princípios e normas; direitos fundamentais, tutela constitucional.

* Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br

** Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Curso em Direito Internacional Público e Direitos Humanos - organizado pelo *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos. Universidade de Coimbra-Pt. Advogado.

O DESASTRE AMBIENTAL NO VALE DO RIO DOCE: IMPACTOS NA EXTINÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO

LUIZ HENRIQUE SANTOS DA CRUZ*

RESUMO

No dia 05 de novembro de 2015, em Mariana, a barragem de Fundão, empreendimento controlado pela Samarco Mineração S.A, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro do município de Mariana, rompeu-se causando o maior desastre socioambiental da história do Brasil. A lama da barragem, após destruir Bento Rodrigues e ocasionar a morte de 19 pessoas, rapidamente chegou ao Rio Doce, cuja bacia hidrográfica abrange 230 municípios dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo. Em decorrência da suspensão das atividades da empresa Samarco ouve um “soterramento” de postos de trabalho e um aumento de forma *considerável o desemprego*. *Diante disso, surgem as perguntas:* como conciliar a responsabilização da empresa Samarco pelo desastre ambiental causado com a necessidade de se manter as atividades da empresa Samarco em pleno funcionamento como meio de manter os empregos ativos? De que forma o desastre gerou um aumento no número de desempregados nas localidades adjacentes que, mesmo não tendo sido afetadas diretamente pela tragédia, perderam a principal fonte de renda.. Verificar quais os impactos causados aos funcionários que laboravam na Samarco. O objeto da pesquisa é verificar quais os impactos causados de forma direta e indireta no comércio bem como indústria local; Verificar qual a proporção do impacto causado no mercado de trabalho nas cidades que integram o Vale do Rio Doce; Analisar a possibilidade da retomada das atividades da Samarco ainda que a mesma tenha causado o dano ambiental de tamanha proporção; Como conciliar a retomada das atividades da empresa Samarco com o dever de indenização as vítimas, reparar o meio ambiente, prevenir possíveis desastres futuros com a retomada da economia com a geração de empregos diretos e indiretos?. A metodologia é de pesquisa bibliográfica, pesquisa na internet e pesquisa de campo. Espe-

* Mestrando do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA: Curitiba – PR, Atua como advogado Trabalhista, cível, família e consumidor; Mediador Judicial no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e no Tribunal de Justiça do Paraná nos Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, CEJUSC (S), Estudante de Pós-Graduação à distância em Registros Públicos da Universidade Cândido Mendes – UCAM – RJ. E-mail: lhenrique.s.adv@gmail.com

ra-se com essa pesquisa, verificar o que está sendo feito de maneira efetiva no sentido de restabelecer as atividades Samarco com objetivo de reativar a economia local bem como os postos de trabalho, não comprometendo, entretanto o dever de responsabilizar a Samarco pelos danos causados ao meio ambiente e a população local.

Palavras-chave: desastre ambiental, vale do rio doce, extinção de postos de trabalho, desemprego, samarco.

A (IM)POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

LUIZA MOREIRA LEITE CATÃO*

RESUMO

A globalização e o desenvolvimento do mercado global alteraram a concepção moderna de Direito Internacional antes pautada na soberania dos Estados, que deixam de ocupar o *locus* de únicos entes da comunidade internacional, passando a dividir espaço com empresas multinacionais. No que tange à violação dos direitos humanos, a responsabilização das empresas não pode ocorrer da mesma maneira que os Estados, por não gozarem de personalidade jurídica internacional. Nesse sentido, os **objetivos da pesquisa** são: (i) verificar se é possível a responsabilização da empresa-matriz por atos cometidos por suas filiais em outros países; (ii) analisar os mecanismos de controle das multinacionais no cenário internacional quanto à proteção aos direitos humanos. Os **resultados parciais** obtidos com a pesquisa demonstraram que as empresas, de fato, não podem ser diretamente responsabilizadas pela violação de direitos humanos, devido a sua ausência de personalidade jurídica internacional e de mecanismos legais para tanto, já que os “Princípios Orientadores” da ONU são considerados *soft-law* e não possuem a força normativa dos tratados internacionais. Uma solução para a problemática estudada seria a aplicação da “doutrina do efeito horizontal dos direitos fundamentais”, que outorga aos Estados a responsabilidade de fiscalizar, reprimir e prevenir as violações de direitos humanos, com o fim de incentivar a aplicação de leis domésticas para o controle das atividades das empresas, aplicando ao Estado sanções pela sua negligência em caso de violação aos direitos humanos, sendo este responsabilizado perante a comunidade internacional. Quanto aos mecanismos de controle das multinacionais, a outorga da responsabilidade das ações das empresas aos Estados poderá ocorrer de três maneiras: a primeira delas pressupõe a responsabilização perante o Estado em que ocorreu a violação dos direitos humanos, denominado *host-state*;

* Graduada do 9º período em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC). E-mail: luizacatao@hotmail.com

na segunda hipótese, as empresas são submetidas à jurisdição de seu país de origem, onde se encontra a sua matriz, independentemente de onde tenha ocorrido a violação. Tal medida, entretanto, é criticada em razão do princípio da extraterritorialidade, pois seria aplicado o direito interno de um Estado alheio onde se deu a violação, prejudicando a soberania dos Estados. A terceira e última hipótese de responsabilização surge devido às dificuldades enfrentadas pelas duas primeiras. Nesse caso, inexistente competência predeterminada, podendo ser um terceiro Estado alheio ao caso que agiria diante da impossibilidade dos demais agirem. Trata-se de uma jurisdição universal, que se legitima em razão do caráter universal dos próprios direitos humanos, sob a ideia de que eles devem ser protegidos independentemente de ligação entre determinado Estado e a conduta condenável. O **procedimento metodológico** utilizado é o lógico-dedutivo, pois a partir da leitura da bibliografia nacional e internacional traçada, bem como dos princípios reguladores da ONU, é que foi possível logicamente concluir quais são os mecanismos até agora criados para a responsabilização internacional das empresas em caso de violação aos direitos humanos e sua aplicação nos casos concretos.

Palavras-chave: direitos humanos; violação; empresas; responsabilização; multinacional.

DIREITO AO TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE RESISTÊNCIA

MARCIA DA SILVEIRA MOREIRA*

RESUMO

A lei 13.477/2017 conhecida como lei da reforma trabalhista introduziu muitas alterações às normas de direito material e processual do trabalho, o que gerou a incerteza sobre o futuro do direito do trabalho no país da forma como é conhecido e trabalhado no meio acadêmico e nos bancos da Justiça do Trabalho brasileira. O presente estudo busca através da análise aprofundada da bibliografia sobre a temática do direito do trabalho e dos direitos fundamentais, como da jurisprudência reconhecida sobre estas temáticas, identificar qual é o espaço que o direito do trabalho ocupa nos dias atuais frente à teoria consolidada dos direitos humano fundamentais, com o objetivo de identificarmos os argumentos de resistência à tentativa de desmanche da regulamentação protetiva da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, pela lei 13.467 de 2017. Desta forma busca-se em um primeiro momento a identificação das balizas fundantes do movimento do constitucionalismo contemporâneo que traz insta a ideia de garantia dos direitos fundamentais, após busca-se identificar a trajetória do direito do trabalho como frutos de lutas que possibilitaram as conquistas sociais sintetizadas na legislação trabalhista brasileira e nas convenções internacionais e que são hoje relativizadas pela reforma trabalhista relacionando-a com o conceito de direito fundamental frente à ótica constitucional protetiva, para ao final identificar os espaços de argumentação de resistência do direito do trabalho pelo viés constitucional às mudanças introduzidas pela alteração legislativa. Para tanto, serão adotados os procedimentos de coleta de informações através de pesquisa documental e legislativa, revisão bibliográfica em livros e artigos científicos.

Palavras-chave: direitos humanos; direitos fundamentais; direitos sociais; direito do trabalho; garantias constitucionais;

* Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Santa Cruz do Sul, RS, Brasil; Atrélada à linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante do grupo de pesquisas: Transparência e acesso à informação para o exercício do controle social: um estudo dos portais da transparência dos municípios do Rio Grande do Sul com enfoque aos serviços públicos e políticas públicas de saúde e educação, coordenado pela professora Caroline Müller Bitencourt. Advogada atuante. E-mail: advmarcia@yahoo.com.br

DE VÍTIMAS A FEMINISTAS: MULHERES DA AMÉRICA LATINA E SUA LUTA POR IGUALDADE.

PROF. DRA. MARIA SARA DE LIMA DIAS*

PAULA CALDAS BROGNOLI**

RESUMO

Toda a sociedade científica através das teorias investiga somente parcelas da realidade, o fenômeno da violência de gênero, por exemplo, tem sido excluído. Recentemente a temática do gênero chama a atenção de que as mulheres com frequência são as vítimas de uma sociedade machista e patriarcal. As descobertas sobre o gênero modificam o alcance do papel da mulher em nossa sociedade. A noção do que é ser mulher vítima de violência se altera em lutas sociais sobre a temática. Definir a violência é um grande desafio uma vez que os significados são construídos socialmente sujeitos a julgamento moral, histórico e cultural de cada época. A violência é o resultado de interações de diferentes fatores sociais, culturais e históricos e pode se manifestar em diferentes níveis. Realizou-se uma pesquisa durante 14º Encuentro Feminista Latino Americano y del Caribe em Montevideo-Uruguai em 2017, evento que reuniu cerca de 2000 mulheres. O evento possibilitaria contribuir com uma visão das mulheres vítimas de violência e mapear o fenômeno questionando se já foram vítimas de algum tipo de violência. Os conceitos de violência, assédio ou preconceito, são produtos de uma determinada sociedade são conceitos híbridos que se mesclam em complexas representações. Criou-se como instrumento de pesquisa um questionário com questões abertas e fechadas tal instrumento foi traduzido do português, para o espanhol e inglês e foi disponibilizado no encontro. Utilizou da análise de conteúdo que tem por finalidade uma descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto na resposta das participantes. Resultou em 190 questionários respondidos pelas participantes. Quando questionadas sobre se já foram vítimas: 160 mulheres foram vítimas de preconceito, 156

* Universidade Tecnológica Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Tecnologia e Sociedade/PPGTE. Curitiba, Paraná, Brasil, E-mail: maria.dias@utfpr.edu.br.

** Aluna do curso de Administração Universidade Tecnológica Federal do Paraná.

sofreram assédio e 152 descreveram ter sofrido algum tipo de violência. São de diversos países, como Argentina, Uruguai, Brasil, Peru, Equador, México, Suécia, Guatemala, Nicarágua, Estados Unidos, Bolívia, Cuba, Chile, Colômbia, Porto Rico, Paraguai, República Dominicana, Panamá, El Salvador. A média da idade foi de 37 anos. Das questões emergiram as seguintes categorias: assédio moral, assédio sexual, violência física, psicológica e os diferentes tipos de preconceitos ligados ao gênero. Quanto ao lugar em que ocorreram estes fenômenos os espaços mais relatados foram na rua, no ambiente de trabalho, em meios de transporte, na escola, na universidade e na praia, por exemplo. A violência é objetivada tanto entre lugares e instituições públicas quanto privadas implica em uma ampliação da representação sobre a violência ainda que se configure e manifeste como diferentes graus e intensidades apreende-se neste estudo uma identidade comum entre as mulheres que é o sentimento de vitimização. As mulheres da América Latina se unem afirmando processos onde o pensar, elaborar, executar permite construir espaços de reflexão, como o Encontro feminista ocorrido no Uruguai, lugar em que se constroem sentidos e significados sobre o que pode ser ou não considerado como um ato violento sobre a base de um conjunto das memórias vivenciadas e se demonstra a presença da violência, do assédio e do preconceito tanto em instituições públicas quanto privadas que retratam o cotidiano da violência sofrida por diferentes mulheres na América Latina.

Palavras-chave: mulheres, vítimas, feministas, américa latina.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: UMA DIALÉTICA EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE

MARIA GIULIA GAEDE SENESI*

RESUMO

O presente estudo almeja contribuir para a análise de como a dialética do aspecto evolutivo e de operacionalização do direito ao desenvolvimento deve permanecer no cenário brasileiro, para que assim haja a melhor efetivação dos objetivos de desenvolvimento de um país. Para tanto, parte-se de uma evolutiva do conceito de desenvolvimento e suas implicações, abordando o sentido pleno desse, a partir de teóricos como Celso Furtado e Amartya Sen, para desse modo compreendê-lo e mensurá-lo para muito além do crescimento econômico, traduzindo-se em efetiva melhora nas condições de vida da população. Sendo assim, o método histórico e o descritivo foram utilizados ao longo desta pesquisa. Apresenta-se o panorama que deu origem ao que hoje se intitula Direito Internacional do Desenvolvimento, passando-se a compreender o desenvolvimento como o objeto de um direito subjetivo, suas novas perspectivas de interpretação até chegar nos ODSs e outras iniciativas para a operacionalização desse direito. De posse destas premissas, observa-se que o panorama internacional influenciou o constituinte brasileiro de 1988 que, com a promulgação da Constituição Cidadã referenciou o desenvolvimento no preâmbulo ao estabelecer que o Estado democrático brasileiro está compromissado em assegurar o desenvolvimento da sociedade, fazendo com que o direito ao desenvolvimento fosse considerado um direito fundamental inalienável que constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil e instrumento primordial para a ascensão da igualdade. Nota-se que o mandamento constitucional vincula o governante ao determinar que estabeleça políticas públicas que proporcionem o desenvolvimento nacional, mas, ao não definir os meios e instrumentos, nem informar o contorno desse direito, torna-o abstrato

* Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, PUC-PR, e inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, OAB-PR. Internacionalista formada no Centro Universitário Unicuritiba. Participante do Programa de Formação Complementar da Missão Permanente do Brasil junto à Organização das Nações Unidas e demais Organismos Internacionais em Genebra. Atualmente membro do NETI, grupo de pesquisa da Universidade de São Paulo, USP, e do Neadí PUC- PR. E-mail: mariagiuliags@hotmail.com

ou subjetivo em termos operacionais, constituindo-se em uma cláusula aberta, carente, inclusive, de definições ou conceituações que permitam delimitá-lo. Nesse sentido, é preciso ressaltar a importância da já citada evolução desse direito, que se coadunou em novas ferramentas para sua implementação, tendo como iniciativa maior a implementação da Agenda 2030. Isto posto, analisa-se como seus recortes atuais poderiam impactar no direcionamento dessas políticas públicas, dando a essas contornos mais objetivos e cognoscíveis, bem como legislações infraconstitucionais e políticas públicas que já incorporem metas estabelecidas por tais mecanismos de implementação, para assim, construir uma agenda local que tenha o desenvolvimento e a diminuição de desigualdade, não como um objetivo inalcançável, mas sim como uma meta a ser efetivamente operacionalizada.

Palavras-chave: direito ao desenvolvimento, direitos fundamentais, políticas públicas, ods, igualdade.

FASHION LAW SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOAMBIENTAL

MARIELE CRISTINA DE ABREU ZORATTO*

RESUMO

O artigo elaborado sob o título “*Fashion Law* sob uma perspectiva socioambiental” almeja ser uma contribuição a um novo ramo jurídico, o Fashion Law, que ainda é novidade em muitos lugares do mundo, inclusive no Brasil. A produção acadêmica sobre o tema até o momento, além de escassa, é majoritariamente focada em propriedade intelectual e sua proteção no âmbito da moda. A partir do método dedutivo e da análise dos principais problemas identificados globalmente na indústria da moda, percebe-se que questões de cunho socioambiental são marcantes no seguimento. Existem outros temas que merecem a atenção desse novo ramo jurídico, como a questão do consumismo, fenômeno estrutural da sociedade de consumo, ante os impactos globais que ele gera no meio ambiente em virtude da demanda por recursos naturais e altas taxas de descarte de lixo. Também há que se considerar o impacto ambiental da indústria da moda em si, que desde a produção dos fios, confecção, distribuição, consumo e descarte pós-consumo despeja uma quantidade imensa de resíduos sólidos no meio ambiente, além de envolver o risco de contaminação do solo e de pessoas na etapa de produção de matérias-primas, alta utilização de água no processo, e poluição de cursos d’água com o despejo indevido de efluentes, dentre outros impactos que pode causar. Aliado a isso, percebe-se mundo afora, nos países polo de confecção, ofensas graves a direitos humanos dos trabalhadores, não raro submetidos a condições degradantes de trabalho. Tudo isso reflete uma crise global de sustentabilidade no setor. Além de global, é possível perceber ofensas a direitos fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, a exemplo da dignidade humana e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Acrescentar esses temas de estudo no Fashion Law possibilita a expansão de seu campo de aplicação e discussão, transbordando os limites do direito privado e adentrando o domínio do direito público.

Palavras-chave: fashion law. socioambientalismo. sustentabilidade. direitos fundamentais. questões globais.

* Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade; Especialista em Gestão Tributária pela PUCPR; Bacharel em Direito também pela PUCPR. Advogada em Zoratto e Prestes Advocacia - Londrina/PR. E-mail: mariezoratto@gmail.com

MULHERES ENCARCERADAS E O DIREITO SOCIAL À MATERNIDADE

MARÍLIA SOARES DE MATTOS*

PATRICIA ALMEIDA DE MORAES**

A Constituição Federal em seu art. 6º estabelece como direito social a proteção à maternidade, portanto este direito deveria ser plenamente garantido a todas, sem distinção, dentro de condições dignas, no entanto, com relação às mulheres encarceradas geralmente essa proteção não é verificada. São muitas violações existentes, desde falta de acompanhamento médico, pré-natal e pós-parto adequados, mas a punição psicológica é a que se destaca. O sistema dificulta ou mesmo impede que a mulher cumpra prisão domiciliar, para que possa cuidar do seu filho dentro de um lar adequado, e ao mesmo tempo desfaz os laços criados entre mãe e filho após seis meses, quando a criança é levada do berçário (quando existente), o mesmo rompimento de laços ocorre para as mulheres que já eram mães antes de adentrarem no sistema prisional. Muito embora a legislação brasileira garanta tratamento diferenciado, que conste com berçários, direito a amamentação, acompanhamento pré e pós-parto, na prática isto não ocorre, havendo ferimento a dignidade da pessoa humana, especialmente quando há relatos de mulheres que deram a luz algemadas. Neste sentido ainda, há a falta de estrutura, de acesso a saúde, de médicos, bem como o despreparo dos agentes penitenciários, que resulta em um ambiente nocivo. Além disso, o fato de a maioria das encarceradas brasileiras serem mães constitui um dos pontos mais dramáticos do sistema carcerário feminino, das violências por ele imposta e das penas cruéis que se estendem as crianças. Isto dá em razão do ambiente ser tão masculinizado, assim há um imprevisto no que concerne a situação das mulheres internas ao sistema carcerário. É urgente e necessário que a administração pública se concentre em olhar as penitenciárias femininas com maior atenção as suas especificidades, para que haja o correto cumpri-

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Pós-graduada em Direito Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Integrante do Grupo de Pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos do programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da PUC/PR. Advogada. E-mail: mariliasoaresmattos@gmail.com

** Mestranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) Bolsista CAPES. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Membro da Clínica de Direitos Humanos PPGD/PUCPR. Advogada. E-mail: patricia.almeidademoraes@hotmail.com

mento das normas basilares do ordenamento jurídico brasileiro, que se traduz no mínimo possível para a sobrevivência digna, bem como para garantir a eficácia punitiva do Estado. Além de investimentos na área de saúde, como a contratação médicos e a garantia de um pré-natal e um parto adequado, as mulheres encarceradas devem ser reconhecidas como mulheres, para que haja o mínimo necessário para sua sobrevivência em condições humanas, sem nenhuma violação a seus direitos reconhecidos por lei. A pesquisa realizada foi exploratória, explicativa e descritiva em análise de legislações nacionais bem como pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário que estabeleçam alguma proteção à maternidade de mulheres encarceradas e seus filhos, além do estudo de doutrinas que tratam do tema. Para tanto, utilizou-se dos métodos hipotético-dedutivo, na busca de compreensão do atual estágio de desenvolvimento do Brasil a esse respeito e as políticas públicas que poderiam ser adotadas para melhorá-lo e garantir à proteção do direito à maternidade às mulheres encarceradas.

Palavras-chave: mulheres encarceradas; maternidade; direitos sociais; penitenciárias femininas; violação de direitos.

ANÁLISE DA ADI Nº 5.617/DF E A IGUALDADE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

MATEUS VIVAN DÓRIA*

RESUMO

O pluralismo político, princípio fundante da República previsto no art. 1º, V da Constituição da República, para além de permitir a formação de agrupamentos partidários, assegura a liberdade de manifestação de opiniões e posicionamentos, como forma de consolidar o regime democrático. O texto fundamental também elege como um dos objetivos fundamentais a promoção do bem de todos e a proibição de discriminação pelo sexo (art. 3º, IV), além de proclamar a igualdade material entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I) um direito fundamental à igualdade de gênero. Nesse contexto, denota-se que os cidadãos brasileiros (homens e mulheres) possuem o direito político de votar e serem votados. Porém, a realidade fática constatada no Brasil é outra. Somente 2 ministérios são comandados por mulheres, entre os 28. Segundo dados do TSE, 52,10% do eleitorado é feminino, porém as candidatas na Câmara dos Deputados, ocupam apenas 10% das cadeiras, e no Senado 16%. Para reverter este quadro de pouca relevância política, a criação de um ambiente político que dê às mulheres as condições de terem representantes em número que seja espelho efetivo da realidade brasileira, a fim de defender seus interesses, gerar um desenvolvimento sustentável, combater a cultura depreciativa da mulher e conquistar direitos femininos, é medida premente, valendo-se de critério distintivo que guarde relação de coerência lógica e esteja de acordo com as premissas constitucionais. A pesquisa a ser desenvolvida tem como marco inicial o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617/DF, que tratava, entre outros assuntos, do limite de repasse de recursos do Fundo Partidário para campanhas de candidatas mulheres, considerado desproporcional e desigual em relação ao limite mínimo de candidaturas por gênero, segundo o art. 9º da Lei 13.165 de 2015, visando mudar de algum modo este cenário, por ocasião da decisão colegiada, ainda pendente de publicação, uma nova interpretação a esse texto foi dada, buscando gerar o ambiente propício para o crescimento da representatividade, uma vez que passa a encaminhar o capital do Fundo proporcionalmente

* Graduando em Direito na Faculdade FAE, estudante, E-mail: mateusvdoria@gmail.com

à porcentagem de candidaturas de cada sexo, fomentando futuras candidaturas femininas com mais recursos, eliminando também o limite temporal estabelecida no mesmo artigo de três eleições, para que a mudança fosse gerada imediatamente. Ainda não é possível aferir se tal mudança de entendimento provinda da corte constitucional garantirá acesso, às mulheres, aos cargos políticos. Logo, a pesquisa, de índole exploratória, valer-se-á de método dedutivo e revisão bibliográfica para identificar novas ferramentas para a consagração do princípio da igualdade, especificamente no âmbito do pluralismo político e do direito à igualdade de gênero, bem como refletir quais podem ser essas novas técnicas, a exemplo de cursos de política para mulheres, que conscientizam a importância da participação e representatividade, ou projetos legislativos que reservem determinado número de cargos no legislativo para mulheres, na medida em que a atual conjuntura não se mostra suficiente para efetivar os direitos da mulher na política, realizando análise crítica das consequências geradas pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 5.617/DF.

Palavras-chave: representatividade feminina, desenvolvimento sustentável, igualdade de gênero, pluralismo político, fundo partidário.

CASO DAMIÃO XIMENES LOPES: OS IMPACTOS DA PRIMEIRA CONDENAÇÃO BRASILEIRA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E SEUS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INTERNA

MILENA AUGUSTIN*

RESUMO

Damião Ximenes Lopes, brasileiro, portador de um intenso quadro de sofrimento mental, tinha 30 anos quando, em 30 de outubro de 1999, foi internado por sua família na Casa de Repouso Guararapes, única clínica na cidade de Sobral, Ceará, para receber tratamento médico adequado. Quatro dias após sua internação, sua mãe, Senhora Albertina Viana Lopes, foi visitá-lo e o encontrou em situação degradante. Mãos amarradas, inúmeros ferimentos pelo corpo, forte odor de excrementos e gritos clamando pela polícia caracterizavam o estado físico e psíquico de Damião. Deparando-se com a situação do filho, Albertina recorreu ao suporte médico oferecido pela clínica. Pouco tempo após retornar para a residência da família na cidade de Varjota, também no Ceará, foi informada que seu filho havia falecido sob circunstâncias que seriam desentranhadas somente anos após o fato. Diante da grave violação, a família propôs ação judicial cível indenizatória e criminal perante a jurisdição interna brasileira, bem como, peticionou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A partir do descumprimento pelo Estado brasileiro das medidas impostas pela Comissão, no ano de 2004 a CIDH submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos. O caso de Damião é um marco para a justiça brasileira, uma vez que demonstra a existência de mecanismos internacionais efetivos para proteger direitos e reparar adequadamente as vítimas de violações¹. A pesquisa pretende por meio de um estudo de

* Graduanda do 9º período pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisadora PIBIC com bolsa financiada pelo Conselho Nacional de Pesquisa - CNPq. E-mail: miaugustin@hotmail.com

¹ MARIA ROSATO, Cássia & CORREIA, Ludmila. 2011. The Damião Ximenes Lopes Case: Changes and Challenges Following the First Ruling Against Brazil in the Inter American Court of Human Rights. **Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, n. 15, v. 8, dez. 2011. Acessado em: <https://www.researchgate.net/>

caso, analisar os pontos substanciais da sentença internacional condenatória e verificar se as determinações foram integralmente cumpridas, conferindo especial foco às atribuições conferidas ao Estado brasileiro na busca pela efetivação dos direitos e da assistência às pessoas portadoras de enfermidade psíquica. Não obstante a importância da condenação pela Corte no ano de 2006, o caso de Damião impulsionou a Lei da Reforma Psiquiátrica, ainda em 2001, sendo considerada responsável pela consolidação da aliança entre a saúde mental e os direitos humanos². Mediante os resultados da pesquisa, conclui-se que mesmo diante do cumprimento quase integral da sentença pelo Estado brasileiro e consequente adoção de políticas públicas direcionadas aos que sofrem com transtornos mentais, o Estado brasileiro está longe de exaurir a necessidade de implantação de medidas eficazes na busca pela efetivação dos direitos básicos destas pessoas. A metodologia que está sendo utilizada é a lógico-dedutiva a partir de uma análise do caso concreto baseada na jurisprudência dos tribunais pátrios associada ao conteúdo acadêmico doutrinário disponível, bem como na análise de dados fornecidos pelas instituições da administração pública brasileira.

Palavras-chave: doenças mentais; proteção; direitos humanos; internacionalização; políticas públicas.

publication/256019407_The_Damiao_Ximenes_Lopes_Case_Changes_and_Challenges_Following_the_First_Ruling_Against_Brazil_in_the_Inter-American_Court_of_Human_Rights. Último acesso em 25 de maio de 2018.

² SILVA, Martinho Braga e. 2013. **Um caso entre a saúde mental e os direitos humanos:** as versões e a vítima. *Physis* [online]. Vol.23, n.4, pp.1257-1275. ISSN 0103-7331. Acessado em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312013000400012&script=sci_abstract&lng=pt. Último acesso em 25 de maio de 2018.

A VIRADA HERMENÊUTICA E O ENSINO JURÍDICO

MILENA MORAES LIMA*

RESUMO

É proposto no presente artigo científico um estudo sobre o fenômeno da virada hermenêutica e os seus efeitos sobre o ensino jurídico. As teorias do direito propostas por H. L. A. Hart e Ronald Dworkin constituem um marco teórico fundamental no campo da ciência do direito, sendo que as inovações trazidas por esses autores têm contribuído para uma nova forma de se enxergar, estudar e aplicar o direito. Verifica-se, contudo, que no âmbito do ensino jurídico tais teorias não tem produzido os resultados esperados. Assim, é de grande relevância uma proposta para repensar a forma de se ensinar o direito, adequando-o à essas inovações teóricas. Para atingir o objetivo proposto no estudo, os dados foram coletados através da metodologia da pesquisa bibliográfica. Inicialmente, foram apresentados no artigo as compreensões de diferentes filósofos sobre o conceito de direito e o seu objeto de estudo. Após, apresentou-se a forma predominante de ensino adotada nos cursos de direito do país, bem como a sua relação com a aplicação de modo equivocado da teoria de Ronald Dworkin. Ao final, foi apresentada uma proposta de readequação do ensino jurídico às inovações teórico-metodológicas trazidas pela virada hermenêutica. Foi possível concluir que é necessário acrescentar ao ensino jurídico o enfoque na formação humanística e não somente técnica do bacharel. Para que possa compreender e aplicar corretamente os aparatos metodológicos incluídos ao direito pela teoria dworkiniana, o acadêmico precisa que sua visão seja ampliada para além da normatividade. Necessário, portanto, que o operador do direito adquira a consciência do contexto social no qual ele está inserido, para que então possa analisar o direito também sobre o seu aspecto moral e, assim, chegar na melhor justificativa para a solução de uma demanda, nos moldes propostos por Dworkin.

Palavras-chave: Hart; Ronald Dworkin; metodologia; pesquisa; direito.

* Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) (Curitiba-PR, Brasil).

GRAVIDEZ E ADOÇÃO NO TRABALHO: DA AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO A LEGITIMAÇÃO DO RISCO NA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

MIRIAM OLIVIA KNOPIK FERRAZ*

AMANDA LUIZA DA S. OLIVEIRA PINTO**

RESUMO

O estudo tem por objetivo mapear a proteção a gravidez, adoção e amamentação no ambiente do trabalho. A análise se dá em três momentos e observando as mais diversas formações familiares: direito à licença-maternidade; a estabilidade; da reforma trabalhista quanto ao labor em ambiente insalubre e a amamentação sob acordo individual. A metodologia utilizada é a lógico-dedutivo na qual se realiza uma interpretação sistemática das normas voltadas à gravidez, adoção e amamentação no contexto da relação de trabalho. O estudo constatou que: i. o regime jurídico atual protege integralmente a mulher que passa pelo estado gravídico; ii. quanto a adoção de casal heterossexual permite-se a concessão da licença maternidade a somente um do casal, mas a estabilidade não é protegida por lei, somente através de interpretação extensiva; iii. ao adotante sozinho e ao casal homossexual (de homens ou de mulheres) é permitida a fruição da licença-maternidade somente a um dos adotantes e a estabilidade é somente por interpretação da jurisprudência que não está consolidada. iv. as mulheres possuem proteção maior (há mais dispositivos que tratam sobre elas). v. não há disposição legislativa e jurisprudencial no caso de pessoa

* Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Bolsista CAPES). Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental do PPGD da PUC-PR. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Secretária Executiva da Revista de Direito Econômico e Socioambiental da PUCPR. Membro do do Núcleo de Estudos Avançados em Direito do Trabalho e Socioeconômico, Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento. Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Comissão de Advogados Inicianes da OAB/PR. Conselheira Fiscal do Instituto política por.de para Mulheres. Advogada. Email: m.okf@hotmail.com.

** Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano, Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento. Advogada. Email: amandaglin@gmail.com.

transgênera que passe pelo estado gravídico, ou da pessoa trans que adota uma criança, caso em que dependerá da interpretação da jurisprudência, caso haja o ajuizamento. Dessa forma, constata-se a insuficiência da norma diante das reais famílias que vivenciam o processo gravídico e adotivo, a partir disso, demonstra-se a imposição da heteronormatividade, uma vez que o conceito de família pressupõe a coexistência de dois atores interpretando os papéis determinados de “mãe” e “pai”. Adentra-se nas alterações trazidas pela Lei nº. 12.467/2017 quanto a pessoa em estado gravídico e lactante: i. Anteriormente à reforma trabalhista a possibilidade de labor em ambiente insalubre era proibida; ii. a reforma traz a impossibilidade de que a gestante trabalhar em grau máximo, mas obriga o labor em grau médio e mínimo, possibilitando o afastamento com a apresentação e atestado; iii. para a lactante o labor é obrigatório em qualquer grau, exceto quando da apresentação de atestado; iv. MP 808/2017 (perdeu a vigência) inverte a lógica e dispõe que o labor da gestante em grau médio e mínimo só se dará mediante a apresentação do atestado; e da lactante, em qualquer grau de insalubridade, somente mediante o atestado; v. Poderá ser acordado com o empregador os horários da amamentação. Assim, buscou-se demonstrar a insuficiência da normativa existente para a proteção da pessoa em estado gravídico ou adoção durante o processo como após, inclusive submetendo a riscos à saúde e a sua própria gestão do trabalho, ampliando mais ainda a desigualdade, além de abrir mão da sua dignidade, principal fundamento do Estado brasileiro e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Para a concretização do ideal de igualdade, segurança laboral e melhor interesse do menor é necessária a reavaliação da licença-maternidade, da estabilidade (para abrangerem de forma igual os membros da família responsáveis pela criança) e a imediata revogação da norma laboral que permite a pessoa em estado gravídico laborar em ambiente insalubre e definir “horários de amamentação”.

Palavras-chave: gravidez; adoção; amamentação; relações de trabalho; heteronormatividade.

RAZÃO PRÁTICA, ARGUMENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

MÔNICA MICAELA DE PAULA*

RODRIGO CERQUEIRA CUNHA**

RESUMO

A investigação de Charles Taylor referente à era secular como caracterização dos tempos modernos abriu muitas possibilidades de pesquisa sobre os direitos humanos. Efetivamente, o que reconhecemos hoje como direitos humanos nasce simultaneamente com esta era caracterizada por Taylor. O problema central da pesquisa pode expresso nos seguintes termos: no processo de secularização das sociedades modernas, a retórica, entendida como teoria da argumentação que não pertence ao âmbito da religião, nem tampouco às verdades demonstráveis, tornou-se instrumento da razão prática para participação política nas sociedades democráticas atuais, especialmente na defesa dos direitos humanos. A metodologia adotada por Perelman em sua obra *Nova Retórica: Teoria da Argumentação* foi seguida pela nossa investigação, aliada ao uso da razão prática, e aplicada ao estudo das origens da defesa dos Direitos Humanos no século XX. Segundo Perelman, o razoável tem lógica própria, a lógica da argumentação. Os resultados da pesquisa fazem-nos reconhecer que elementos da teoria da argumentação, tais como o auditório universal e as técnicas discursivas, são os meios pelos quais se realizam a participação política na sociedade, onde se insere a defesa dos Direitos Humanos. O auditório universal, constituído por seres razoáveis, é a audiência própria das sociedades democráticas, pois todo aquele que o constitui está em situação de igualdade em relação ao processo de convencimento. Em outras palavras, o reconhecimento do auditório como fim da argumentação é o reconhecimento da razoabilidade de todos os partícipes da sociedade democrática. Pôde-se constatar ainda que documentos como a Declaração Universal do Direitos Humanos, em que se visou ao consenso entre povos e culturas distintas em torno de determinados direitos, são uma

* Mestranda em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Graduada em Direito na Faculdade Metodista Granbery. Email: monicamicaelaadv@gmail.com.

** Bacharelado em Direito na Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis-RJ, Brasil). Email: rodcerqueira@gmail.com.

ilustração do que propõe a teoria da argumentação. Verificou-se aí que, mesmo em temas de significativas divergências do ponto de vista da fundamentação teórica, se pode atingir o convencimento dos espíritos em prol dos direitos humanos, especialmente quando a teoria da argumentação é combinada com os princípios da razão prática como fonte imediata para o consenso democrático. Enfim, a história da elaboração daquele documento revela a via de consenso em que o convencimento foi atingido, mesmo quando as fundamentações teóricas eram inviáveis.

Palavras-chave: participação política; argumentação; auditório universal; razão prática; direitos humanos.

A BUSCA PELO RESPEITO E IGUALDADE DE OPORTUNIDADES DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DOS MIGRANTES E REFUGIADOS NO BRASIL

NICOLE MARIE TREVISAN*

RESUMO

Há um manifesto desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa do migrante e refugiado, de seus tratados e convenções aplicadas no direito internacional, ratificadas pelo Brasil. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966; além de outros tratados internacionais e regionais reconhecem que todas as pessoas, incluindo migrantes e refugiados, possuem direitos humanos. A Declaração Universal esclarece que, no trabalho, possuem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social (art.3, XXIII), e é proibido ser mantido na condição de escravidão ou servidão (art. IV). A presente pesquisa tem como objetivo analisar as condições dos migrantes e refugiados no país, abordando o tratamento normativo de defesa de seus direitos e evidenciar o grande número de violação de seus direitos humanos com específica atenção as condições análogas ao trabalho escravo. Tem como metodologia a pesquisa teórica documental com atenção a Convenção de 1990 sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias que define o termo “trabalhador migrante”; o artigo 11 da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1975 sobre Migrações em Condições Abusivas e Proteção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (n.143) e da Convenção da OIT de 1979 sobre Trabalhadores Migrantes (n.97) e

* Mestranda em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Graduada em Direito pela PUC-PR. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa NEADI (Núcleo de Estudos Avançados de Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável) da PUC-PR. Advogada. Email: nicatrevi@hotmail.com.

por fim a Constituição Federal Cidadã de 1988 nos seus artigos 1,III; 4, II; 5,III §2 e 7 (que garante aos trabalhadores as condições mínimas para o exercício do trabalho). O texto constitucional tem como principal escopo a liberdade e a igualdade dos seres humanos, sua dignidade, seu crescimento intelectual e evolução pessoal; ao migrante e o refugiado na busca de garantia de direitos humanos fundamentais, necessitam de proteção jurídica e social em situação evidente de vulnerabilidade. Na falta de políticas públicas de proteção no Brasil, ocorre graves violações de sua dignidade humana. Não são raras as denúncias de trabalhadores estrangeiros que, por permanecerem de forma irregular no país, ou por terem dificuldades com o idioma, acabam sendo obrigados a laborarem em condições análogas a de escravos em fábricas de tecidos ou de alimentos, construção civil ou no meio rural, por exemplo. O trabalho análogo ao de escravidão é crime, *tendo a pena aumentada se cometido contra criança ou adolescente ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem* (art.149 do Código Penal Brasileiro -DL 2.848/40). É necessário que o trabalho exercido seja digno e oferecer instrumentos necessários para a efetiva defesa dos seus direitos trabalhistas, quando forem violados. Portanto, as Convenções e Declarações devem articular uma devida receptividade por parte do Estado para a tutela de interesses mínimos dessas pessoas em condições de vulnerabilidade e indenizações imediatas quando constatadas violações, priorizando o respeito à dignidade humana e aos direitos sociais.

Palavras-chave: direitos humanos; direito internacional; direito fundamental ao trabalho; refugiados; migrantes.

O DIREITO À VIDA NAS COMUNIDADES PERIFÉRICAS DO RIO DE JANEIRO: UMA RELEITURA DO PLURALISMO JURÍDICO À LUZ DO CONCEITO DE EFETIVIDADE NORMATIVA

PABLO ADEMIR DE SOUZA*

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo a releitura do pluralismo jurídico a partir do conceito consequencialista de efetividade normativa, especificamente quanto ao direito fundamental à vida, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal da República do Brasil. Utilizar-se-á o método dedutivo, a partir de análise bibliográfica amparada por dados empíricos colhidos em pesquisas de campo. O recorte espacial será as comunidades periféricas da cidade do Rio de Janeiro – RJ. O problema que se busca responder é: Quão eficaz são as disposições constitucionais no contexto de pluralismo jurídico? Por se tratar de uma pergunta quantitativa, para fins exclusivamente didáticos, se utilizará a seguinte classificação: (a) eficazes; (b) pouco eficazes e (c) ineficazes. Sendo (a.1) eficazes normas que vigem unitariamente; (b.1) pouco eficazes aquelas que concorrem com outras ordens normativas e se aplicam de forma subsidiária; e (c.1) ineficazes são normas que, apesar de vigentes, não se aplicam à realidade social. As hipóteses levantadas são: I. Direito fundamental à vida é ineficaz quanto à realidade das periferias cariocas; II. Direito fundamental à vida é pouco eficaz quanto à realidade das periferias cariocas. Quanto ao objetivo, por “pluralismo jurídico” entende-se a teoria que defende a coexistência de diversas ordens normativas vigentes sobre a realidade social, sendo (i) “ordens normativas” todo conjunto de normas capazes de influenciar de fato a conduta dos seus destinatários, independentemente de sua fonte, seja estatal ou paraestatal; e (ii) “normas” todas aqueles comandos imperativos que visam influenciar o comportamento dos destinatários, respaldados pela possibilidade de sanção. Por “destinatário” entende-se aqueles indivíduos que estão sujeitos à sanção cominada por determinada norma. A “releitura do fenômeno” se fará através da “análise bibliográfica

* Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil).
Email: pablo.asouza@hotmail.com.

amparada por dados empíricos”; “dados empíricos” são os relatos antropológicos que descrevem as estruturas normativas que (i) regem a vida dos indivíduos que habitam o recorte espacial utilizado e (ii) cominam penas de morte fora das restritas hipóteses permitidas pelo ordenamento jurídico estatal brasileiro. O “conceito consequencialista de efetividade normativa” representa o recorte epistemológico utilizado para estruturar as premissas da presente pesquisa, sem prejuízo de outros possíveis recortes quanto ao conceito de efetividade normativa. Este conceito pode ser definido como a capacidade de as normas influenciarem de fato a tomada de decisão dos seus destinatários de forma com que seus preceitos, a partir de sua vigência, moldem o comportamento dos indivíduos. Na doutrina brasileira, não há consenso quanto ao conceito de efetividade, sendo comum a utilização de “eficácia social”, como sinônimo. Busca-se concluir pela ineficácia do direito fundamental à vida nas periferias regidas por um ordenamento jurídico paraestatal.

Palavras-chave: direito fundamentais; pluralismo jurídico; Rio de Janeiro; direito à vida; efetividade normativa.

A PARTICIPAÇÃO DA POPULAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA NO ÂMBITO DO PODER LEGISLATIVO DA CIDADE DE ARAUCÁRIA-PR

PAULA ALVES BARROS*

SILVANA VIDAL FERNANDES**

RESUMO

Esta produção tem como objetivo geral apropriar-se da realidade para melhor analisá-la e, posteriormente, produzir a discussão sobre os impactos das decisões na estruturação das políticas públicas municipais, levando em conta decisões do poder legislativo. Sua realização visa investigar as ações que incentivam a participação popular no Poder Legislativo do Município de Araucária-PR, levando em conta a decisão da mudança no dia das sessões legislativas da Câmara Municipal Legislativa, que antes ocorriam nas segundas-feiras no período noturno, às 19:00 horas, para as terças-feiras no período matutino às 09:00 horas, inibindo assim a participação popular nas sessões. Os procedimentos metodológicos se deram por pesquisa bibliográfica com diversos autores e a legislação na esfera Nacional e Municipal, análise quantitativa com o método de observação e análise quantitativa considerando as respostas de pesquisa com a população. Para fins de análise e construção teórica, o estudo foi estruturado em três principais partes: I) A democrática representativa e a soberania popular; II) A participação popular e o Poder Legislativo; III) O Legislativo Municipal de Araucária-PR e o exercício da participação popular local. Concluiu-se com esta pesquisa que a decisão de mudar as sessões foi um ato que não levou em conta a soberania popular, onde o presidente da Câmara, ao decidir mudar a sessão não levou em conta o interesse da população em participar das sessões e facilidade de sua participação no período noturno, deste modo, a população não contente com a decisão, obrigou-se a deixar de participar das sessões legislativas, esta decisão enfatiza que não há garantia de poderes

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Unifacear (Araucária-PR, Brasil). Email: paularnl@hotmail.com.

** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Unifacear (Araucária-PR, Brasil). Especialista em Gestão Estratégica. Graduada em Administração e Gestão de Pessoas. Gerente de Recursos Humanos. Email: silvfernandes@hotmail.com.

de discussão à sociedade e traz a tona ainda a necessidade da rediscussão do tema, para que a população local possa participar diretamente na elaboração das leis do município.

Palavras-chave: democracia representativa; soberania popular; interesse público, participação popular; poder legislativo municipal.

CECI N'EST PAS UNE PIPE: DA INADEQUAÇÃO SEMÂNTICA À EXTRAFISCALIDADE DAS ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS NO TEMPO NO IPTU (IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA)

PAULA TATYANE CARDOZO STEMBERG*

RESUMO

Este comunicado objetiva apresentar as primeiras conclusões do projeto de pesquisa de investigação da instituição no Município de Curitiba das alíquotas progressivas no tempo do IPTU, desenvolvidas do Núcleo de Pesquisa Pro Prolis, do Centro de Estudos da Constituição, da Universidade Federal do Paraná. Este modelo de alíquota encontra respaldo no artigo 182, §4º, inciso II, da Constituição Federal, e se condiciona ao não atendimento pelo sujeito passivo da relação jurídica tributária da função social da propriedade. O problema investigado surge, inicialmente, com: I. a problemática expressão “sob pena”, utilizada pelo constituinte na redação do §4º do artigo 182 da Constituição; II. a ausência de verificação de caráter mormente fiscal do tributo, já que há outra materialidade se comparado ao IPTU do artigo 156, inciso I, da Carta Magna, e; III. a impossibilidade de se ver cumprida a capacidade contributiva em eventual caráter extrafiscal do imposto. Os resultados parciais da interpretação sistemática do dispositivo, auferido pelo método hipotético-dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência pátrias, em analogia à traição das imagens às coisas que representam, retratada pelo artista plástico René Magritte, concluem: I. que o não cumprimento da função social da propriedade não é fato proibido, se não desestimulado pela aplicação do mandamento “pagar tributo”, auferindo-se a inadequação da escolha semântica do legislador; II. que o desestímulo de condutas emana um caráter extrafiscal ao tributo, objetivando, por um lado, a concretização da política urbana prevista no Capítulo II,

* Pesquisadora no Núcleo Pro Polis do Centro de Estudos da Constituição da Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário da Organização Paranaense de Ensino Técnico (OPET). Advogada. Email: paulastemberg@gmail.com.

Título VII da Constituição Federal, e de outro, a concretização da função social da propriedade, entendida como o atendimento às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas em seu plano diretor (art. 182, §2º, CF); III. que, em que pese o afastamento da incidência do cumprimento da capacidade contributiva, o princípio constitucional do qual origina, o da igualdade, não deve ser violado, e requer observância sob outro viés, o da proporcionalidade.

Palavras-chave: IPTU; extrafiscalidade; capacidade contributiva; proporcionalidade.

TRATAMENTO E PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E CRÍTICA

PEDRO HENRIQUE MACHADO DA LUZ*

RESUMO

O presente estudo objetiva investigar como o direito brasileiro tem tratado da questão atinente à proteção e tratamento de dados pessoais. Para tanto, parte-se do pressuposto de que a adequada guarda de tais dados relaciona-se com os direitos fundamentais de liberdade (art. 5º, caput, CF/88) e privacidade (art. 5º, X, CF/88). A reflexão se faz especialmente necessária diante de um novo paradigma tecnológico e sociológico cunhado por Manuel Castells como “sociedade informacional”, cuja principal característica é a centralidade da informação como matéria-prima do poder econômico e político. Assim, se informação é poder, os *players* que detêm os dados pessoais de seus usuários, como por exemplo o *Facebook* e o *Google*, despontam como os grandes influenciadores e controladores desse novo paradigma. Os efeitos práticos disso podem ser observados com a criação ou reformulação de temas tais como: pornografia de revanche (*revenge porn*), direito ao esquecimento, responsabilidade civil de robôs (inteligência artificial), direitos do consumidor na internet, *smart contracts*, *blockchain*, entre outros. Muito embora a sociedade informacional atue como potencial movimento de emancipação humana por intermédio da democratização do conhecimento, de outro modo ela também apresenta perigos de manipulação, desinformação (*fake news*) e lesão a direitos fundamentais historicamente conquistados, como de forma mais evidente a privacidade e a liberdade. Ao não se colocarem balizas para a proteção de dados pessoais, especialmente os dados sensíveis, deixando-os ao bel prazer da iniciativa privada e de agentes do Estado, o cidadão acaba em uma posição de vulnerabilidade semelhante a de Winston Smith na distopia “1984”, de George Orwell. Exemplos do potencial devastador do abuso de dados pessoais podem ser vistos com o caso *Cambridge Analytica* e com o recente *rating* dos cidadãos chineses. No Brasil, não há

* Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Pesquisador do Grupo de Estudos em Direito Autoral e Propriedade Intelectual (GEDAI). Email: pedrohmluz@gmail.com.

legislação que discipline o tratamento e proteção de dados pessoais, apenas um Projeto de Lei que se encontra parado há dois anos no Congresso Nacional (PL nº 5276/2016). Este estudo apresenta diferentes modelos de gestão de dados pessoais e coloca a necessidade de observância de alguns princípios no manejo de tais dados, como o respeito a sua finalidade, a garantia transparência e de segurança. Finalmente, na esteira do PL nº 5276/2016, defende-se um modelo democrático, dialógico e técnico de gestão, com efetiva participação da sociedade civil. A metodologia utilizada será a hipotético-dedutiva, com o aporte de autores e autoras do direito, da sociologia, da filosofia e da literatura.

Palavras-chave: dados pessoais; sociedade informacional; privacidade; *cambridge analytica*; projeto de lei nº 5276/2016.

CORRUPÇÃO NO REGIME MILITAR: PRINCIPAIS CASOS – REALIDADE E MITOS

PENÉLOPE COSTA E SILVA*

GABRIELLE SANTOS PESSOA**

RESUMO

Esta pesquisa trata-se de uma pesquisa oriunda de um projeto de iniciação científica, levada a efeito numa instituição de ensino superior em Minas Gerais, que objetiva analisar casos de corrupção política e empresarial durante o Regime Militar brasileiro, relacionando-os com a cultura patrimonialista presente no cenário político e cultural republicano. A metodologia utilizada para a realização da pesquisa teve como base teórica os ensinamentos de Starling “Ditadura Militar”, Sérgio Buarque de Holanda “Raízes do Brasil” e Raimundo Faoro “Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro”. Através da análise da bibliografia existente sobre corrupção no período do regime militar brasileiro foi possível perceber que não havia legislação específica que permitisse ao Congresso e aos Tribunais de Contas fiscalizarem os gastos dos superfaturamentos. Abusos empresariais, políticos, superfaturamento de obras públicas, militares, entre outros, podiam ser encobertos sob o manto da “segurança nacional”. Somente no ano de 1976, com o início da suspensão da censura, os escândalos começaram a serem revelados. A corrupção existente neste período, envolvendo grandes empreiteiras e representantes políticos contribuíram para o aumento da desigualdade social e comprometeu a efetivação dos direitos humanos de milhares de cidadãos brasileiros. No campo econômico verificou-se a implantação de medidas de caráter recessivo que contribuíram para deteriorar, ainda mais, a situação dos assalariados e dos trabalhadores pobres. Entre elas podemos citar o aumento do arrocho salarial, a livre entrada aos capitais estrangeiros, a liberação da remessa de lucros para o exterior, e a criação de artifícios legais que favoreciam os investimentos das grandes empresas nacionais e multinacionais. Os primeiros anos da década de 1970 marcaram o período de maior concentração de renda

* Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uma (Belo Horizonte-MG, Brasil). Email: costa26@hotmail.com.

** Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Uma (Belo Horizonte-MG, Brasil).
Email: gabrielpessoa@rocketmail.com.

do Regime Militar concomitante à intensificação da repressão e dos abusos cometidos pelos órgãos de segurança contra os direitos humanos dos cidadãos brasileiros.

Palavras-chave: corrupção; ditadura militar; história do Brasil; política; direitos humanos.

A OPERAÇÃO LAVA JATO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

PETERSON CUSTODIO JACON*

EDUARDO ALVES BORIN DE OLIVEIRA**

RESUMO

O presente estudo tem por escopo demonstrar a relevância e algumas características dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e como alguns desses direitos têm sofrido violações após a deflagração da denominada “Operação Lava Jato”, em 2014. A metodologia utilizada será a lógica-dedutiva, lastreada em levantamento bibliográfico. A Constituição Federal de 1988 atribuiu a determinados direitos a condição de fundamentais, os quais, em razão da importância, devem ser plenamente efetivados, sendo dotados, portanto, de eficácia plena, de acordo com Ingo SARLET. Na hipótese, todavia, de não haver a possibilidade da plena efetivação, quando, por exemplo, entram em conflito com outros direitos de mesma importância, devem ser assegurados na maior medida possível, respeitando, nessa ocasião, o núcleo essencial de tais direitos, que é corolário da dignidade da pessoa humana. Outra característica importante desses direitos, dentre tantas existentes, consiste no fato de que são contra majoritários ou *trunfos contra maioria*, nas palavras de Ronald DWORKIN. Isto é, mesmo se eventuais maiorias discordarem das garantias que asseguram, não devem ser abolidos e desrespeitados. Esse cuidado especial que o constituinte concedeu a tais direitos, é ainda mais nítido no art. 64, §4º, CF, que impossibilita reformas tendentes a abolir direitos e garantias individuais. No entanto, não obstante a importância e relevância desses direitos no ordenamento jurídico constitucional, após a deflagração da “Operação Lava Jato”, em 2014, que tem por fim precípua a investigação de corrupção, inicialmente em relação a empresa Petrobrás, com desdobramentos junto ao Poder Executivo e Legislativo, além de empreiteiras com contratos mantidos junto ao Governo Federal, diversas garantias individuais dos acusados e, conseqüentemente,

* Graduando em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) (Curitiba-PR, Brasil).
Email: peterson.jacon@outlook.com.

** Graduando em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil) (Curitiba-PR, Brasil).
Email: eduborin@hotmail.com.

em uma perspectiva objetiva, direitos fundamentais postos na Constituição, estão sendo sobremodo violados. Direitos como a condenação após o trânsito em julgado – assegurado pelo art. 5º, LVII, da CF/88, e o sigilo das interceptações telefônicas estão sendo fulminados por órgãos judiciais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, tribunal tido como guardião da Constituição. A influência de aspectos morais e o intenso clamor popular tem contribuído sobremaneira para tanto, deixando perceptível a fragilidade estrutural das instituições democráticas, que deveriam assegurar e respeitar direitos descritos na Constituição, sobretudo os fundamentais, não corromper o próprio sistema em nome do combate a corrupção. Sendo assim, conclui-se que os envolvidos em desvios de verbas públicas devem ser punidos e a corrupção deve ser reprimida, contudo os direitos e garantias fundamentais devem ser respeitados, pois, conforme trecho de nota publicada pela Associação Juizes para Democracia criticando a forma de atuação da Polícia Federal, dos Juizes e no Ministério Público na “Lava Jato”, “a ilegalidade não se combate com ilegalidade, e, em consequência, a defesa do Estado Democrático de Direito não pode se dar às custas dos direitos e garantias fundamentais”.

Palavras-chave: direitos fundamentais; constituição federal; operação lava jato; violação; ilegalidade.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO EFETIVA DO DIREITO À SAÚDE

PRISCILA BEPLER SANTOS*

RESUMO

A presente pesquisa tem por propósito discorrer sobre o direito à saúde, que tem status de direito fundamental garantido constitucionalmente. Nesse contexto, será realizado um estudo acerca da importância econômica e social da atividade profissional dos médicos, considerando as severas dificuldades enfrentadas na efetivação desse direito fundamental no Brasil. Esse estudo será realizado a partir do grande impacto humanitário e social que uma prestação efetiva do direito à saúde traz a sociedade como um todo e ao desenvolvimento nacional sustentável. Procurando contribuir com esse debate, objetiva-se, em ordem: (i) examinar o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais; (ii) analisar a importância uma prestação efetiva do direito à saúde, no atual contexto jurídico e econômico; (iii) confirmar se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas com vistas à concretização do direito à saúde, de modo a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Para cumprir esse desiderato, a investigação será focada no direito, porém ainda assim será transdisciplinar e buscará apresentar uma visão integrada, sistêmica e crítico-reflexiva dessa realidade pautada no método bibliográfico; portanto, no exame de artigos e de livros, notadamente jurídicos, médicos e econômicos. Analisa, assim, se é possível sustentar a necessidade-possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar esse cenário. Para a eficácia do trabalho desenvolvido é apresentado um panorama do direito à saúde no atual contexto jurídico e econômico, destacando sua relevância econômica e social, examinando o sentido, conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Assim foi realizado uma análise em amplo espectro das dificuldades enfrentadas na prestabilidade do direito a saúde, na implementação do sistema único de saúde (SUS), no exercício diário da profissão dos profissionais da saúde, no acesso aos tratamentos, dentre outros. No atual cenário de renovada crise econômica, a análise da importância do direito à saúde merece

* Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba) (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Membro-fundadora da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA). Email: pribeppler@hotmail.com.

reexame. Isto é, com o escasseamento dos recursos públicos e privados, faz-se necessário examinar se há e quais são as formas alternativas de atuação estatal no sentido de buscar manter a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Tendo em vista que o direito à saúde e o desenvolvimento nacional sustentável possuem uma ampla ligação e que a insuficiência de recursos públicos não pode ser utilizada como escusa para a carência na efetivação desse direito. Conclui-se que é de imensurável importância sustentar a necessidade possibilidade de uma efetiva implementação de políticas públicas visando melhorar o sistema de saúde brasileiro, de modo a dar mais efetividade ao direito a saúde. A necessidade de implementação de políticas públicas, contudo, não afasta a possibilidade de controle pelo judiciário, com a devida razoabilidade e proporcionalidade e respeitando o orçamento público. Assim, a efetiva implementação de políticas públicas se mostra como uma aliada à concretização do direito à saúde, garantindo assim, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Cabendo de modo supletivo, face a inércia do Poder público na implementação de políticas públicas efetivas, cabe ao Poder Judiciário, quando provocado, dar efetividade aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à saúde; desenvolvimento nacional sustentável; políticas públicas; inafastabilidade do judiciário.

DIREITOS FUNDAMENTAIS AO ACESSO À JUSTIÇA E À IGUALDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E INTEGRIDADE: O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO A PARTIR DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO

RAFAEL OSVALDO MACHADO MOURA*

GUSTAVO MARQUES KRELLING**

RESUMO

O presente comunicado científico tem como *objetivo* analisar a ideia da função institucional desempenhada pelo Ministério Público brasileiro, sobretudo no âmbito estadual, no tocante à interpretação e à aplicação dos tratados de direitos humanos interamericanos. Procura-se destacar a relevância do respeito ao princípio da igualdade e à integridade das decisões oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos na garantia do direito fundamental ao acesso à justiça. O *procedimento metodológico* utilizado foi o descritivo, oriundo sobretudo de pesquisas bibliográficas e, de forma mais sucinta, jurisprudenciais. Num primeiro momento, far-se-á breve explicação da estrutura jurídico-institucional do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, destacando o efeito que suas decisões possuem em relação aos Estados que reconheceram sua jurisdição. Assim, inicialmente expõe-se a dificuldade de acesso à jurisdição internacional pela vasta maioria da população com direitos fundamentais violados. Tendo como premissa a relevância do acesso à justiça,

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) (Curitiba-PR, Brasil). Mestre em Direito pela mesma instituição, na linha de pesquisa Justiça, Democracia e Direitos Humanos. Promotor de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná (CAOPJDH/MP-PR). Email: romoura@mppr.mp.br.

** Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER) (Curitiba-PR, Brasil). Pós-graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pós-graduado em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo UNINTER. Pesquisador do Núcleo de Direito Constitucional Comparado da mesma instituição e do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia do Centro de Estudos da Constituição do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR). Pesquisador colaborador para a área de constitucionalismo, internacionalização e cooperação do Centro Didático Euro-Americano Sobre Políticas Constitucionais (Università del Salento, Itália). Email: gmkrelling@gmail.com.

destaca-se o entendimento do efeito dos tratados internacionais de direitos humanos no plano doméstico dos Estados, de modo a serem considerados como meios balizadores de interpretação e aplicação da legislação pátria. Demonstra-se, num primeiro momento, a responsabilidade que o sistema de justiça nacional tem na proteção dos direitos humanos internacionais, com especial destaque ao papel institucional desempenhado pelo Ministério Público brasileiro na busca da eficácia do princípio da igualdade. Partindo-se dessa ideia, destaca-se a problemática oriunda da interpretação nacionalista dos tratados internacionais de direitos humanos e dos precedentes da Corte IDH. Ainda, demonstra-se a relevância de atenção não apenas aos dispositivos da legislação internacional quando do controle de convencionalidade, mas sobretudo dos precedentes emanados das instituições responsáveis por dar a correta interpretação aos tratados internacionais de direitos humanos, conforme jurisdição da própria Corte IDH. Nesse contexto, a busca pelo direito fundamental ao acesso à justiça perpassa uma ação integrada e estratégica do Ministério Público brasileiro na aplicação dos precedentes firmados pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, a partir de tal paradigma, demonstra-se o papel do Ministério Público brasileiro como meio institucional de acesso à justiça, ressaltando-se a interpretação *pro persona* como primeiro parâmetro a ser levado em consideração com vistas à aplicação do princípio da igualdade. Então, passa-se à argumentação referente ao protagonismo no Ministério Público Estadual. Isso porque a competência residual do sistema estadual de justiça acaba fazendo com que esta jurisdição seja a primeira a conhecer de tais casos, sendo a atuação do Ministério Público estadual, assim, o meio profícuo a garantir seu máximo aproveitamento. Ademais, menciona-se que a própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelece a atipicidade dos meios de controle de convencionalidade, legitimando a atuação do Ministério Público Estadual nessa seara enquanto instituição de garantia ao direito fundamental ao acesso à justiça. *Como resultado parcial*, é possível chegar-se à ideia de que o direito internacional dos direitos humanos, ao não suprimir a responsabilidade da jurisdição interna dos Estados na proteção de tais direitos, encontra maior efetividade quando da sua adequada aplicação dos precedentes internacionais no âmbito do sistema interno de justiça.

Palavras-chave: princípio da igualdade; direito internacional dos direitos humanos; precedentes judiciais interamericanos; ministério público brasileiro; direito fundamental ao acesso à justiça.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

RAFAELA SOUZA

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a eficácia que os direitos fundamentais, positivados na Constituição Federal do Brasil, possuem entre as relações privadas. Os direitos fundamentais são inerentes a todos, abrangendo cada um em sua necessidade particular, estes foram criados para que servisse como forma de proteção contra o poder Estatal, à medida que impõe limitações à atuação do Estado, perante as pessoas. Os direitos fundamentais foram criados para a proteção, mas não é somente o Estado quem pode atentar contra um direito, podem também os particulares, cidadãos e suas relações e negócios jurídicos privados. Há uma tese de que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, por isso, não carecem mediação legislativa para serem aplicados às relações entre privados. Desta forma é de entendimento, que o direito constitucional deve ser aplicado a relações de caráter privado, mesmo que nossa Constituição Federal seja omissa de como acontece esse emprego. Deste modo, temos a atuação, singela ainda, de tribunais superiores, em suas sumulas e acordãos fazendo o papel de delimitar em como se funcionará essa aplicação de direitos fundamentais em relações de cunho estritamente privado. A projeção dos direitos fundamentais a estas relações, nas quais os particulares se encontram em uma hipotética relação de coordenação (igualdade jurídica), vem sendo denominada de eficácia horizontal ou privada dos direitos fundamentais. Para que essa atuação não seja desmedida e irracional Marcelo Novelino diz que deve haver a preocupação em estabelecer parâmetros específicos de aplicação desses direitos às relações entre particulares para que a liberdade individual não seja subjugada. Dentro do contexto dos tribunais, o ramo onde mais se localiza o fato em questão são na área contratual, onde pode haver uma arbrietariedade na formulação, e um descuido, deixando a mercer direitos ue não poderiam estar desprotegidos. A lei e seus servidores atuam resguardando e cuidando para que não sejam quebrados, esquecidos ou violados os direitos fundamentais que estão positivados como normas irrevocáveis desde a criação da Constituição Federal em 1988.

Palavras-chave: direitos fundamentais; constituição; eficácia.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INCLUSIVA E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO: A ATUAÇÃO ESTATAL INTERVENTISTA PARA ALÉM DO MÍNIMO EXISTENCIAL NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO

RAFAELLA BRUSTOLIN*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar o ensino superior brasileiro, especialmente no que tange à necessidade de democratização de seu acesso ante ao seu status de direito fundamental social. Parte-se da premissa de que a Constituição brasileira de 1988 estabelece um modelo de Estado Social e Democrático de Direito que exige do Poder Público a realização dos direitos sociais em níveis máximos (e não mínimos), como meio para a promoção do desenvolvimento socioeconômico. Para tanto, através do método hipotético-dedutivo, serão analisados os objetivos da Administração Pública Inclusiva e seu papel na promoção dos direitos fundamentais sociais. Em seguida, será analisada a estrutura normativa e o regime de proteção do direito fundamental à educação. Na sequência, apresenta-se uma definição do direito ao mínimo existencial, identificando que a sua estrutura normativa é de regra, insuscetível ao sopesamento. Após, defende-se a postura interventiva do Estado no que se refere à promoção do direito à educação superior, por meio de ações universalizadas, que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial. Diante disso, buscar-se-á compreender as recentes tentativas do Estado em ampliar o acesso às instituições de ensino superior, seja por meio de ações afirmativas, tais como as cotas sociais, seja por meio de políticas públicas de inclusão, tais como o Prouni. Ao final, conclui-se que ao Estado não incumbe uma função subsidiária nessa seara, limitada a proporcionar uma igualdade de oportunidades entre os indivíduos como ponto de partida; pelo contrário, a ele compete

* Mestranda bolsista (CAPES/PROEX) em Direito Econômico e Desenvolvimento na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar Filho. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUC-PR). Advogada. Email: rafaellabrus@gmail.com.

a implementação de políticas públicas de modo planejado e efetivo, com vistas à redução das desigualdades de acesso entre as posições sociais existentes na realidade do ensino superior brasileiro.

Palavras-chave: administração pública inclusiva; direitos fundamentais sociais; ensino superior; intervenção estatal; políticas públicas.

O DESCASO ESTATAL COM A IGUALDADE MATERIAL DOS FILHOS ADOTIVOS REJEITADOS

RENATA CARVALHO KOBUS*

RESUMO

O ordenamento jurídico pátrio assegura às crianças e adolescentes a proteção integral, a prioridade absoluta e a supremacia dos seus interesses. Contudo, na prática, tais direitos são drasticamente desconsiderados pelo Poder Público e pela sociedade. Dentre esses vulneráveis, existem aqueles que possuem uma fragilidade potencializada, como é o caso dos que foram abandonados ou destituídos do poder familiar. Essa fragilidade é ainda mais extrema quando esta situação ocorreu tanto por parte da família biológica, quanto pela família adotiva. Em tais casos, o sofrimento desta dupla negação familiar é descomunal, pois o medo, a autodepreciação e a insegurança tendem a ser enraizados no psicológico do que foi novamente rejeitado, destruindo a sua autoestima. Em que pese o Estatuto da Criança e do Adolescente estabeleça que a adoção é medida irrevogável, na prática, adotados são devolvidos, mesmo após terem passado pelo estágio de convivência familiar e pela adoção propriamente dita. O estágio de convivência, medida preparatória para a adoção, em muitos casos não é apto para criação do vínculo afetivo entre o adotante e o adotado e nem para a conscientização da responsabilidade que a paternidade/maternidade acarreta. As visitas que ocorrem no estágio de convivência denotam um momento de alegria, brincadeiras, altas expectativas, não transmitindo as demais responsabilidades advindas da criação de um filho. Grande parte dos cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção fantasiam a adoção, idealizando-a como a solução para a solidão, infertilidade ou relacionamentos em crise. Os adotantes devem ser devidamente conscientizados de que a adoção é uma medida que prioriza a criança e o adolescente, os quais não nascem com a adoção, pois já carregam um histórico da família de origem, possuindo, em muitos casos, a vivência de maus-tra-

* Professora substituta da Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba – PR, Brasil). Doutoranda e mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba- PR, Brasil). Especialista pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná- FEMPAR. Pesquisadora integrante do Núcleo de Investigações Constitucionais- NINC da UFPR e do Centro de Estudos Constitucionais –CCONS da UFPR. Foi intercambista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e pesquisadora bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq. Advogada. E-mail: renatakobus@gmail.com

tos e uma visão diferenciada de família. A falta de preparo suficiente por parte do Estado e de políticas públicas efetivas para igualar os direitos, garantias e o tratamento desses hipervulneráveis acarreta, não raramente, na sua devolução às instituições de acolhimento. O sofrimento e a dor psíquica dos adotados devolvidos é incalculável. A construção da parentalidade é um procedimento contínuo, merecendo o apoio do Estado por meio de equipes multidisciplinares que façam o acompanhamento permanente, também após a adoção ser efetivada. Ademais, os pretendentes à adoção devem ser conscientizados de que adotar uma criança não é uma viagem despreziosa, mas, sim, a entrega permanente de investimento emocional, renúncias, inversão de prioridades e a tolerância a frustrações. O filho adotado não pode ser devolvido porque chorou muito, sujou a casa, quebrou algo ou porque não atende as expectativas dos adultos. Infelizmente, este problema é ocultado por parte do Poder Público, sendo, até hoje, impossível saber pelo Cadastro Nacional de Adoção qual a porcentagem da devolução dos filhos adotados e os seus motivos, o que impede a adoção de medidas específicas e efetivas para a prevenção e solução desta drástica situação. Infelizmente, a disposição da igualdade material e as demais garantias e direitos apenas no papel não é capaz de mudar esta triste realidade, que necessita urgentemente de enfrentamento.

Palavras-chave: igualdade matéria; filho adotivo devolvido; direito ao afeto; paternidade responsável; proteção integral e absoluta.

AS LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E O CONTROLE EXERCIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS

RENATA BRINDAROLI ZELINSKI*

RESUMO

O tema do artigo é o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas quanto às licitações sustentáveis, consideradas como aquelas que, simultaneamente à garantia da isonomia entre os licitantes e à seleção da proposta mais vantajosa, promovem o crescimento da economia nacional, bem como a preservação ambiental e a inclusão social. Os objetivos do trabalho são expor, de um lado, o conceito de sustentabilidade e o seu emprego às licitações, e demonstrar, de outro, que a Corte de Contas possui competência para controlá-las não apenas no que tange à legalidade, legitimidade e economicidade, dentre outros aspectos, mas, também, zelar a observância de princípios e direitos fundamentais, especialmente à luz do desenvolvimento nacional sustentável. Como método, o artigo utiliza a pesquisa bibliográfica e legislativa, buscando evidenciar a possibilidade de atuação do controle externo a partir da concepção das licitações sustentáveis como instrumento de políticas públicas que visam a garantia de direitos fundamentais sem, contudo, deixar de considerar a boa aplicação dos recursos públicos.

Palavras-chave: licitações sustentáveis; desenvolvimento sustentável; controle externo; tribunal de contas; direitos fundamentais.

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Internacional UNINTER (Curitiba-PR, Brasil). Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR (Curitiba-PR, Brasil). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Integrou a World Complexity Science Academy – WCSA (2017). Advogada. Assessora Jurídica do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E A SUA INFLUÊNCIA NA BUSCA DE UM TRABALHO DECENTE COMO FATOR DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

RODRIGO THOMAZINHO COMAR*

RESUMO

Os tratados internacionais produzidos pela Organização Internacional do Trabalho são importantes fontes e norteadores para os países que buscam o atendimento e cumprimento da agenda do trabalho decente. Além de sua tradicional importância, as referidas convenções ganham maior destaque em virtude dos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição Federal, sendo o trabalho um de seus integrantes, posto que consta do rol de tais direitos. Também merece destaque o fato de que a melhoria da condição social dos trabalhadores é fundamento da República, um dos pilares e que também abrange o equilíbrio entre a livre iniciativa e a função social da empresa. Desta maneira, visando analisar os efeitos do ingresso dos tratados internacionais de direito do trabalho na ordem jurídica interna na busca do atendimento da agenda do trabalho decente, adotada pela OIT do qual o Brasil é signatário, denota-se que tais instrumentos podem servir de instrumentos de concretização de direitos fundamentais tal qual a dignidade da pessoa humana do trabalhador. Assim, o presente trabalho visa demonstrar as influências de tais documentos internacionais na ordem jurídica interna na concretização de direitos e garantias fundamentais constantes da Carta Magna, sendo que tais se prestam a ser importante ferramenta para concretização da agenda do trabalho decente. O estudo baseou-se na técnica de pesquisa bibliográfica de doutrinas e julgados atinentes ao tema, bem assim da pesquisa relacionada ao estatuto e de convenções produzidas pelo organismo internacional para se chegar

* Mestrando vinculado ao Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Pós-graduado em Direito e Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba- PR, Brasil). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL (Londrina- PR, Brasil). E-mail: rodrigoadvoc@hotmail.com

a conclusão de sua viabilidade e importância para tal concretização, não só da referida agenda – que é tema central da OIT –, mas também do atendimento aos direitos e garantias constitucionais.

Palavras-chave: convenções Internacionais; OIT; trabalho decente.

A IGUALDADE COMO FUNDAMENTO PRECÍPUO NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA REFUGIADOS NO BRASIL

RODRIGO MACIEL CABRAL*

RESUMO

Objetivos: Estudo do princípio da igualdade como elemento norteador das normas de Direito Internacional e do Ordenamento Jurídico Brasileiro para a garantia de direitos fundamentais às pessoas que se encontram em situação de refúgio no Brasil. **Metodologia:** A análise passa por uma reflexão do tema, abordando o crescente número de refugiados no mundo e suas causas, posteriormente voltando-se a um estudo das normas, que é dividido entre os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos e leis do Direito brasileiro. No cenário internacional, foram analisadas a Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Declaração de Princípios do MERCOSUL sobre a Proteção Internacional de Refugiados e o Protocolo de 1967. Já em relação ao ordenamento jurídico interno, o estudo teve enfoque na Lei nº 9.474/1997, Lei nº 13.445/2017 e Constituição da República. Por fim, analisou-se o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e sua incidência nas referidas normas internacionais e nacionais. **Resultados:** Uma crescente onda de problemas étnicos, culturais, religiosos, dentre outras instabilidades, acarretou o surgimento de novas dispersões de pessoas que sofrem com as violações dos direitos humanos. Essas transgressões fazem com que muitos se mudem a outros países, onde são reconhecidos como refugiados. Diante dessa situação, é possível observar que os diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos estabelecem patamares mínimos de direitos a serem garantidos para pessoas em situação de refúgio. Tais diplomas, por vezes exigem uma tratativa igualitária para nacionais e refugiados – como por exemplo a aplicação de legislação trabalhista –, enquanto outras vezes garante tratamento minimamente igual ao concedido aos estrangeiros em geral. Por sua vez, a legislação interna adota uma proteção mais abrangente aos

* Mestrando em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba- PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba- PR, Brasil). Pesquisador do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano NUPED. E-mail: rmacielcabral@gmail.com

migrantes forçados. A Lei nº 9.474/1997 define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, definindo o procedimento para solicitação de refúgio e outras proteções, enquanto a Lei de Migrações de nº 13.445/2017 abarca os direitos dos migrantes em geral, aplicando-se aos refugiados. Já a Constituição, prevendo a igualdade no caput do art. 5º, assegura o extenso rol de direitos fundamentais, bem como os direitos sociais previstos nos artigos subsequentes, aos estrangeiros residentes no país, incluindo os refugiados. **Conclusão:** Tanto os mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos quanto as Leis brasileiras garantem amplo rol de direitos fundamentais aos refugiados. Ressalte-se ainda que o princípio da igualdade é o ponto convergente destes institutos, haja vista que as normas neles constantes têm o objetivo de suprimir desigualdades experimentadas pelos migrantes forçados. Deste modo, ao estabelecer uma rede específica de proteção para os refugiados, o ordenamento jurídico elege fatores positivos de *descri-men*, inclusive podendo exigir do Estado a implementação de políticas públicas específicas à essa classe e destinadas à diminuição de uma disparidade pré-existente. Tanto para a eliminação das desigualdades quanto para a efetiva garantia de direitos fundamentais, a igualdade demonstra-se como elemento imprescindível, de modo que só com sua observância é possível atingir a reinserção social dos refugiados no Brasil.

Palavras-chave: refugiados; direitos fundamentais; igualdade; políticas públicas.

LIMITAÇÕES A DISCRICIONARIEDADE NA JURISDIÇÃO CRIMINAL BRASILEIRA: O DIREITO COMO INTEGRIDADE E AS *SENTENCES GUIDELINES* COMO FONTE DE PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA

SAMUEL EBEL BRAGA RAMOS*

RESUMO

Este artigo tem o foco de discorrer sobre a possibilidade de limitação da ampla discricionariedade judicial no Brasil, através da doutrina do *direito como integridade* e *romance em cadeia* propostos por Ronald Dworkin, bem como apresentar uma análise sobre as *sentencing guidelines* na jurisdição criminal no sistema *common law*. Diante tais possibilidades, tem-se a propositura de hipóteses para o maior balizamento das sentenças em matéria criminal, com ênfase na coerência, respeito aos precedentes e transparência na aplicação de pena. O objetivo a ser buscado é levantar o questionamento se a segurança jurídica emanada da jurisdição criminal tem seus reflexos na sociedade através do respeito ao sistema judiciário, emergindo no cidadão a certeza da justa retribuição do Estado perante o injusto e da aplicação proporcional da consequente penalidade, em respeito ao precedente outrora pacificado. No presente estudo, há a pretensão do alerta para o fato da insegurança jurídica ser um fator decisivo na conduta do agente criminoso, o qual detém a certeza que as decisões emanadas da jurisdição criminal não possuem coerência e previsibilidade e, neste passo, tem a possibilidade de trabalhar com risco da incerteza, ou seja, jogar com a sorte no cometimento do crime, amparado por decisões que não transparecem uma voz uníssonas oriundas do poder judiciário. Através do método dedutivo, será feita a revisão literária sobre o tema. Como conclusão, tem-se que as *sentencing guidelines* demonstram promover parâmetros para aplicação da pena, gerando a transparência e confiabilidade, bem

* Mestrando em Direito pelo PPGD do UNINTER (Curitiba- PR, Brasil). Pós-graduado em Direito Tributário. Extensão em Direito Penal e Processual Alemão, Europeu e Internacional pela Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Advogado. E-mail: samuel@ebelbattu.adv.br

como que a previsibilidade poderá, como hipótese, incutir no agente criminoso a dissuasão da prática delituosa. Por uma limitação da discricionariedade judicial como segurança e previsibilidade jurídica, mostra-se plausível que os magistrados da jurisdição criminal brasileira adotem o binômio “*coerência – precedentes*”, em plena consonância ao direito como integridade, assistindo ao jurisdicionado a segurança jurídica e previsibilidade das sentenças proferidas.

Palavras-chave: direito penal; segurança jurídica; discricionariedade da jurisdição.

A FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA ANTROPOLOGIA DO SUJEITO CAPAZ DE PAUL RICOEUR

SERGIO DE SOUZA SALLES*

JOÃO ANTÔNIO JOHAS MARQUES DA SILVEIRA LEÃO**

RESUMO

A pesquisa busca compreender o caminho percorrido pelo filósofo Paul Ricoeur na sua fundamentação dos direitos e, mais especificamente, dos direitos humanos. Em alguns de seus escritos, como o percurso do reconhecimento e o si-mesmo como outro, percebemos que para realizar a tarefa de fundamentar o direito e a justiça, Ricoeur não parte da pergunta o que é o direito, mas da pergunta por quem é o sujeito de direitos. Aprofundando um pouco mais, o filósofo chega à questão que versa sobre a dignidade desse sujeito. Ao fazer isso, Ricoeur pretende fundamentar em sua antropologia filosófica a questão dos direitos humanos. O conceito fundamental da antropologia de Ricoeur é o de sujeito capaz. Esse conceito permite o autor fazer uma importante distinção: Antes de ser um sujeito digno de direitos por pertencer a uma sociedade particular com seus costumes, leis e tradições, o sujeito deve ser reconhecido como capaz, independente de qualquer instituição ou cultura concreta. Além disso, é sempre por meio dessas instituições que o sujeito capaz se torna um sujeito um sujeito de direitos. A metodologia para a abordagem desse tema consistiu em considerar a concepção da identidade do sujeito capaz sob três vértices. No primeiro deles encontra-se o eu, que é capaz em primeiro lugar de se estimar a si mesmo como um outro, reconhecer suas capacidades de agir, narrar a própria história, responsabilizar-se. No segundo vértice estaria o “tu”, que é um outro próximo com o qual se percebe todas as relações pessoais. Reconhece-se no outro próximo um si mesmo. Nessa relação do

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis – RJ, Brasil). Doutor em Filosofia, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro PURJ (Rio de Janeiro- RJ, Brasil). E-mail: sergio.salles@ucp.br

** Licenciando em Filosofia, Universidade Católica de Petrópolis (Petrópolis- RJ, Brasil). E-mail: joaoantoniojohas@gmail.com

si mesmo com o outro próximo descobrimos a insubstituibilidade das pessoas pelo reconhecimento mútuo entre elas de que são sujeitos capazes e dignos de estima, respeito e, portanto, direitos. Para terminar, no terceiro vértice encontramos o outro-distante, que caracteriza as relações impessoais das instituições, do plano jurídico. Os resultados da pesquisa nos permitem dizer que Ricoeur entende as instituições, especialmente o Estado, como distribuidor de direitos, deveres, papéis na sociedade, vantagens e desvantagens em uma percepção de justiça como justiça distributiva já presente desde Aristóteles até Rawls. Aliado a essa ideia, a noção de sujeito capaz que se estima a si mesmo como um outro e o outro como um si mesmo descobre, então, no respeito pelo outro e na capacidade de se responsabilizar de suas ações a base de qualquer sistema distribuidor de direitos.

Palavras-chave: ricoeur; antropologia; sujeito capaz; direitos; instituições.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO MERCADO DE TRABALHO E DIREITO

SILVIA REGINA SOUZA*

RESUMO

O presente trabalho analisa as origens e fundamentos da discriminação racial do negro nas relações de trabalho, por conseguinte, seu desenvolvimento legislativo para que consente um maior entendimento da realidade atual, visto, estar o racismo entranhado na sociedade. Inseridos num contexto de mercado de trabalho capitalista, faz-se necessário pensar quanto a inclusão do negro mercado de trabalho e isso se adere a finalidade do tema e pesquisa. A literatura especializada tem enfatizado muito precariamente no âmbito desse quadro a relevância da história do trabalhador negro, motivo de não ser demais sinalizar sua trajetória. Dessa forma, percebe-se ao longo da história o escopo ao uso do negro unicamente como classe proletária, quando das desigualdades no mercado de trabalho, onde seu crescimento, quando existente, é lento e desigual aos cidadãos de cor branca, sobretudo em um sistema capitalista. O desenvolvimento histórico do Brasil se estende em indiferenças raciais que são interpretadas por desigualdade de direitos sociais, onde as características de um cidadão branco são concebidas com domínio, ao tempo que a do negro veste-se de submisso. Para Vieira¹, “a cidadania assumiu historicamente várias formas em função dos diferentes contextos culturais em que esteve inserida”. Nesta ótica, Camargo e Ferreira², afirmam que “a pessoa negra traz do passado a negação da tradição africana, a condição de escravo, o estigma de ser um objeto de uso como instrumento de trabalho e tem de lidar, no presente, com a constante discriminação racial e, mesmo sob tais circunstâncias, tem a tarefa de construir um futuro promissor”. Sobre o termo

* Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania - Obrigações e Contratos Empresariais: responsabilidade social e efetividade - Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Especialista em Direito Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - Faculdade CESUSC (Florianópolis- SC, Brasil) Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brusque - UNIFEBE - (2008).

¹ VIEIRA, Liszt. Cidadania e controle social. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não-estatal na reforma do estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p. 213.

² FERREIRA, Ricardo; CAMARGO, Amilton. Preconceito, exclusão e identidade do afrodescendente. In: **Processo de exclusão na sociedade contemporânea**. São Luís: EDUFMA, 2013. P. 174.

Cidadania, Ferreira³ diz que “é mais que a prática dos direitos e deveres de uma pessoa, esses direitos e deveres devem caminhar juntos”. O conceito de cidadania se reconstrói ante as transformações sociais e do contexto histórico vivenciado por cada sociedade. A cidadania da antiguidade não é a mesma da atualidade. Neste sentido, o papel do Direito é fundamental e desafiador no reconhecimento e aplicação da legislações concernentes ao tema, racismo. Seja em âmbito da esfera pública e/ou privada, na busca do equilíbrio das condutas humanas, qual seja, a cidadania calçada na igualdade e respeito pelo próximo.

Palavras-chave: discriminação racial; mercado de trabalho; cidadania; direito; igualdade.

³ FERREIRA, A. B. H. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. Ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1986.p.403.

A TERCEIRIZAÇÃO IRRESTRITA E A VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA IGUALDADE E DA JUSTIÇA SOCIAL

SORAIA PAULINO MARCHI*

CARINA PESCAROLO**

RESUMO

O presente trabalho visa analisar em que medida a legalização da terceirização de atividade irrestrita reflete na efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e justiça social. Através da pesquisa bibliográfica, e com utilização do método dedutivo, busca-se uma compreensão conceitual da terceirização e sua construção jurisprudencial no cenário jurídico brasileiro, traçando um panorama sobre as vantagens econômicas da normatização da terceirização irrestrita na ordem econômica, atendendo ao apelo do empresariado, com a edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, abordando o princípio da justiça social sob o viés da valoração do trabalho humano em face da legalização da terceirização irrestrita. O trabalho terceirizado é parte integrante da economia moderna. A terceirização, como processo técnico de gestão administrativa e operacional, muito comum em países industrialmente competitivos, originou-se nos Estados Unidos, depois da eclosão da Segunda Guerra Mundial, modelo o qual, foi inserido no Brasil num período em que o mercado estava cada vez mais restrito, e com isso, as oportunidades diminuía. Isso fez com que fosse necessário encontrar novas abordagens buscando a minimização de perdas, o favorecimento da economia de mercado, otimização dos serviços e aumento da competitividade. Todavia, durante algumas décadas, a atividade de terceirização man-

* Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Membro do Grupo de Pesquisa “Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial - os efeitos limitadores na constituição da prova judiciária”, junto ao CNPq. Advogada.
E-mail: adv.marchi@yahoo.com.br

** Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Membro do Grupo de Pesquisa “Tutela dos direitos da personalidade na atividade empresarial - os efeitos limitadores na constituição da prova judiciária”, junto ao CNPq. Advogada.
E-mail: carinapescarolo@gmail.com

teve-se alicerçada apenas na jurisprudência trabalhista (Súmula 331 do TST), que por sua vez, colocou restrições às empresas no tocante a sua liberdade de contratar, limitando o regime apenas para as atividades consideradas não essenciais à empresa (atividade meio). Assim, ao longo dos anos, o empresariado clamou pela legalização da terceirização com a liberdade de contratar para qualquer atividade que atendesse aos seus interesses econômicos. A resposta legislativa foi atendida em 2017, com a publicação das Leis 13.329/2017 e 13.467/2017, que tiveram como seus principais pilares os pressupostos de preservação da livre iniciativa empresarial e retomada do crescimento econômico do País. Todavia, conclui-se com a pesquisa, que a legalização da terceirização das atividades de forma irrestrita, previstas nas Leis nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, recentemente editadas, violam o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da justiça social, eis que enaltecem o desenvolvimento econômico e a geração de riqueza em detrimento da valorização do trabalho humano, violando assim, direito fundamental e social. Em que pese, hodiernamente, exista no ordenamento jurídico pátrio uma Lei que regule o instituto da terceirização e autorize a contratação de forma irrestrita (atividade fim e meio), esta norma fere diretamente o princípio da justiça social eis que favorece a produção de bens, em detrimento da dignidade da pessoa humana e da igualdade, direitos fundamentais previstos no art. 1º, III, e 5º, *caput*, da CF/88. A ordem econômica brasileira não se deve pautar tão-somente na produção de riquezas. Cumpre a ela desenvolver-se de forma que tal produção seja voltada à valorização do trabalho, garantindo a todos uma vida com dignidade.

Palavras-chave: terceirização; atividade irrestrita; direito fundamental; dignidade da pessoa humana; justiça social.

A VOZ FEMININA PERANTE O DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - IMBRICAÇÕES DE CLASSE E RAÇA.

THAÍS HELENA DOS REIS MOURA*

RESUMO

O mercado de trabalho em sua disposição reproduz e explora as construções sociais fazendo com que tal problemática impulse a marginalização da força de trabalho feminina e, concomitantemente, a ideia da marginalização social das mulheres. As alterações na Reforma Trabalhista, munida de um aparato ideológico patronal e masculinizado, contribui para precarização do trabalho de maneira abrangente, porém reverbera, principalmente, nos grupos mais vulneráveis como a luta feminina. O presente trabalho tem o objetivo de impulsionar uma perspectiva dos direitos femininos trabalhistas sob o discurso da mulher. Através do levantamento bibliográfico e da análise de dados estatístico procura-se dar voz à luta feminina, para isso, o primeiro tópico tratará sobre o histórico de conquistas feministas alcançadas e suas lacunas mais problemáticas. Seguido um panorama do direito social conquistado pelas mulheres na contemporaneidade, principalmente com a constituição de 1988, seus desafios latentes. Almeja-se uma visão geral do cenário do direito social ao trabalho, dentro do universo feminino do Brasil, depois Constituição Cidadã. Por fim, tem como pretensão mostrar que os desafios de gênero caminham conjuntamente a outras opressões sociais, como a classe e a raça, de maneira articulada e sobreposta. Os dados da pesquisa comprovam que a precarização do trabalho tem gênero e tem cor. Enfim, o Fórum Econômico Mundial constatou depois de décadas um aumento nas diferenças entre os sexos e assinala que em relação ao mercado de trabalho serão necessários 217 anos para auferir a igualdade entre os sexos. A saída articulada baseia-se no processo emancipatório que encontra como horizonte a conjugação da consciência de gênero, consciência de classe e consciência raça. Sendo essas compreensões desenvolvidas individual e coletivamente.

Palavras-chave: mulher; trabalho; direitos fundamentais; classe e raça.

* Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (Curitiba, Paraná, Brasil).
E-mail: thaishelenamoura92@gmail.com

IGUALDADE, IMPACTO DESPROPORCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ANÁLISE TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL

THIMOTIE ARAGON HEEMANN*

VICTOR HUGO ANYZEWSKI DOS SANTOS**

RESUMO

O resumo tem como objetivo estudar a violação do princípio da igualdade por conta de discriminações indiretas e o enfrentamento da temática pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sob a ótica da teoria do impacto desproporcional. O procedimento metodológico utilizado foi o descritivo, tanto por meio de pesquisas bibliográficas sobre o princípio da igualdade e seus desdobramentos quanto por análise jurisprudencial. Realizar-se-á estudo acerca das dimensões teóricas do princípio da igualdade e seus desdobramentos jurídicos, bem como análise crítica dos casos em que a teoria do impacto desproporcional foi aplicada em casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O princípio da igualdade, analisado em suas três dimensões, quais sejam, formal, material, e como reconhecimento, será demonstrado não só como balizador dos processos de criação e interpretação legislativa, mas também vinculante em relação a atividade estatal, na medida em que exige, além da proteção, a promoção da igualdade social. Assim, além da vedação a atos e mandamentos legais explicitamente discriminatórios e da promoção da igualdade por meio de intervenções estatais, entende-se que também cabe atenção ao impacto que determinadas normas pretensamente neutras possuem em recortes sociais específicos. Nesse sentido,

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (Curitiba- PR, Brasil). Bacharel em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Rio Grande do Sul – FMP. Integrante do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná - CAOPJDH/MP-PR. Autor de obras jurídicas. E-mail: taheemann@mppr.mp.br

** Acadêmico de Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR Curitiba- PR, Brasil). Pesquisador em Direitos e Garantias Constitucionais. Estagiário de Graduação no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná - CAOPJDH/MP-PR. E-mail: victoranyzewski@gmail.com

conclui-se pela maior exposição a que grupos vulneráveis estão submetidos em relação a discriminações perpetradas de forma indireta, na medida em que o uso mecanicista e descontextualizado do princípio da igualdade, ao dar margem à existência de situações jurídicas que contribuem para um cenário de desigualdade, impacta de forma mais contundente nesse segmento populacional. Pontua-se, complementarmente, o fenômeno da discriminação múltipla como fator demandante de políticas públicas integralizadas na promoção da igualdade social. Subsidiando a argumentação, far-se-á análise da teoria do impacto desproporcional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, expondo criticamente as causas que levaram os casos até a apreciação da Corte e a forma de enfrentamento da temática pela mesma. Ainda, seguindo os mesmos parâmetros, analisa-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que consiste em instituição importante na implementação e interpretação dos direitos humanos como um todo. Diante dos casos concretos analisados, em que a discriminação indireta atingiu, sobretudo, grupos vulneráveis da população, como mulheres, afrodescendentes, população LGBT e povos indígenas, a principal conclusão do estudo é a maior sujeição a situações de discriminação indireta que grupos vulneráveis possuem, na medida em que o uso do princípio da igualdade de forma mecanicista e puramente formal contribui para a manutenção de situações de desigualdade social historicamente construídas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; princípio da igualdade; impacto desproporcional; supremo tribunal federal; corte interamericana de direitos humanos.

AUTONOMIA PRIVADA E A NÃO SUBMISSÃO À TRATAMENTO DE SAÚDE: O CASO DA NÃO ADMISSÃO DE TRANSFUSÃO DE SANGUE PELAS TESTEMUNHAS DE JEOVÁ A PARTIR DA LITERATURA E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VINÍCIUS RAFAEL PRESENTE*

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é tratar da incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e de que modo a autonomia da vontade, em especial com relação à livre manifestação religiosa, deve limitar a intervenção estatal, particularmente do Poder Judiciário, especialmente no caso das Testemunhas de Jeová que, por razões religiosas, não aceitam serem submetidos ao procedimento de transfusão de sangue. Utilizou-se como paradigma a obra literária *A Balada de Adam Henry*, do escritor inglês Ian McEwan e o julgamento do habeas corpus 268.459/SP pelo Superior Tribunal de Justiça. A pesquisa foi empreendida utilizando-se o método dedutivo dialético, que parte da oposição entre as fontes bibliográficas pesquisadas. Buscou-se comparar como a controvérsia é abortada pela literatura, pela doutrina especializada e precedentes das cortes superiores brasileira. A literatura tem sido cada vez mais utilizada como instrumento de investigação do direito, em especial em razão da interdisciplinaridade que proporciona. A pesquisa de vale de uma obra de ficção para fomentar o debate, em especial quanto as consequências da intervenção estatal em oposição à autonomia privada. Na obra literária utilizada como paradigma a protagonista, Fiona Maye, é uma juíza do Tribunal Superior inglês que se vê incumbida de julgar o caso do jovem Adam Henry, que tem quase 18 (dezoito) anos e professa a

* Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar e bacharel em Direito pela Universidade Positivo. Procurador do Tribunal de Justiça Desportiva do Paraná e Advogado em Curitiba – PR. E-mail: v.r.presente@gmail.com

religião dos Testemunhas de Jeová. O processo foi aforado pelo hospital em que o jovem estava internado, pois os médicos constataram que ele sofria de leucemia e necessitava de tratamento urgente, para o qual era necessária transfusão de sangue. Em razão de sua crença religiosa nem o jovem, nem seus pais, autorizam o procedimento de transfusão o que enseja a propositura da ação por parte do hospital, que pede que o judiciário permita que a transfusão seja realizada, mesmo sem o consentimento, para que a vida de Adam seja salva. A defesa argumenta que autorizar a transfusão de sangue seria uma grave violação aos direitos fundamentais de Adam. A magistrada determina que a transfusão seja realizada e esta decisão tem impactos profundos na personalidade e na vida de Henry, que posteriormente retorna ao hospital em razão do agravamento da doença e falece. A respeito da jurisprudência do STJ, tem-se como paradigma o habeas corpus 268.459/SP, no qual se reconheceu a atipicidade da conduta dos pais de uma menina que faleceu aos 13 (treze) anos de idade, pois eles não autorizaram a realização de transfusão de sangue, em razão de suas convicções religiosas. Dentro em breve o Supremo Tribunal Federal deve se manifestar sobre o tema, pois em junho de 2017, foi reconhecida a repercussão geral em recurso extraordinário da necessidade de o sistema público de saúde arcar com tratamento diferenciado em razão de convicção religiosa (RE 979742). Apesar de reconhecer a importância da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, a intervenção estatal deve ter um limite na autonomia privada, a fim de que suas decisões não neutralizem a personalidade dos indivíduos, gerando consequência drásticas para sua vida privada, como sugere a obra literária abordada.

Palavras-chave: direitos fundamentais; autonomia privada; direito e literatura; testemunhas de jeová; transfusão de sangue.

EFETIVIDADE AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA DO “COMITÊ DE OLHO NA TRANSPARÊNCIA”

VIVIANE DUARTE COUTO DE CRISTO*

RESUMO

Um dos princípios norteadores da Administração Pública, consagrado pela Constituição Federal no caput do art. 37, é o princípio da publicidade, que exige a transparência dos atos públicos, baluarte do Estado Democrático de Direito. Decorre de tal princípio, o direito fundamental de acesso à informação, concretizado por meio da Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação - LAI), que regulamenta referido dispositivo. Ainda é especificamente exigido pela Lei Complementar nº 131/2009 (Lei da Transparência), que os entes públicos disponibilizem na rede mundial de computadores (internet), em tempo real, as informações contábeis das receitas e despesas nos seus portais de transparência. Visando avaliar a efetividade e o aprimoramento destes portais, mediante ato cooperativo, foi criado no ano de 2015 o “Comitê de Olho na Transparência” (COT), com representantes da Ordem dos Advogados do Brasil Subseção Paraná (OAB-PR), do Conselho Regional de Economia-PR (Corecon), do Conselho Regional de Contabilidade (CRCPR) e do Sindicato das Empresas de Serviços Contábeis e das Empresas de Assessoramento, Perícias Informações e Pesquisas do Paraná (SESCAP-PR). O objetivo do presente estudo é avaliar em que medida os portais de transparência dos municípios do Paraná efetivamente possibilitam aos cidadãos a acessibilidade às suas informações contábeis, de forma clara e simples, para que seja possível o exercício do direito fundamental de acesso à informação, e para que o controle social se estabeleça. Para tanto utilizar-se-á do método dedutivo-dialético, com análise de dados empíricos obtidos pelo “Comitê de Olho da Transparência” e também mediante

* Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA (Curitiba- PR, Brasil). Especialista em Administração Pública pela UNIBRASIL. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Membro do Grupo de Pesquisa em *Compliance* do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Membro da Comissão de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração da OAB-PR. Advogada. E-mail: viviane@duartecristo.com.br

revisão bibliográfica dos temas tratados. A pesquisa encontra-se em fase inicial, com a coleta de informações, por este motivo ainda não apresenta resultados. Ainda assim, conclui-se nesta oportunidade que é premente o monitoramento constante das informações disponibilizadas pelos entes públicos aos cidadãos, seja através da internet, nas audiências públicas ou mesmo através de requerimentos, para que efetivamente se possibilite o controle social e o exercício do direito fundamental de acesso à informação pública, sendo relevantes iniciativas como do COT e de outros organismos com esta finalidade.

Palavras-chave: lei de acesso à informação; princípio da publicidade; transparência da administração pública; controle social; comitê de olho na transparência.

Coordenadores

DANIEL WUNDER HACHEM

Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da graduação, mestrado e doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná. Membro da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

DAVID CAPITANT

Doutor em Direito Público pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Professor de Direito Público da Escola de Direito da Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Diretor da Escola Doutoral de Direito da Sorbonne. Ex-Presidente da Université Franco-Allemande.

O presente livro reúne artigos de autores do Brasil e da França, apresentados e debatidos no [Congresso Franco-Brasileiro de Direitos Fundamentais e Igualdade](#), realizado na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) em homenagem à Professora Jacqueline Morand-Deviller, com o propósito de lançar o Convênio de Cooperação Científica entre a Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e a PUC/PR. Os capítulos foram organizados em cinco eixos temáticos: (i) direitos fundamentais e igualdade no direito francês; (ii) direitos sociais, igualdade e controle judicial de políticas públicas; (iii) direitos fundamentais, igualdade e administração pública; (iv) direitos fundamentais, cultura e democracia; (v) artigos vencedores do concurso de artigos jurídicos; (vi) resumos dos comunicados científicos apresentados.

