

**QUESTÕES E DESAFIOS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E AO JUDICIÁRIO NA
SOCIEDADE DIGITAL: homenagem ao
desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira**

Organizadores

Robison Tramontina e Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos

**QUESTÕES E DESAFIOS AOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E AO JUDICIÁRIO NA
SOCIEDADE DIGITAL:** homenagem ao
desembargador **Paulo Sérgio Velten Pereira**

QUESTÕES E DESAFIOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AO JUDICIÁRIO NA SOCIEDADE DIGITAL:

homenagem ao desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira

ORGANIZADORES

Robison Tramontina e José Jorge Figueiredo dos Anjos

AUTORAS E AUTORES

Amália Patrícia Cobos Campos
Anderson Marcos dos Santos
Arnaldo Rizzardo Filho
Carlos Luiz Strapazon
Cássio Alberto Arend
Cristhian Magnus de Marco
Darci Guimarães Ribeiro
Darléa Carine Palma Mattiello
Gabriela Samrslá Möller
Irenice Tressoldi
Janaína Reckziegel
Jean Vilbert
Karla Andrea Santos Lauletta
Natália Vailatti
Paulo Junior Trindade dos Santos
Regina Stela Corrêa Vieira
Riva Sobrado de Freitas
Robison Tramontina
Rogério Luiz Nery da Silva
Thaís Janaina Wenczenovicz
Vinícius Almada Mozetic
Viviane Lemes da Rosa
Wilson Antônio Steinmetz



São Luís
2023

Copyright © 2023 by Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. Paulo Sérgio Velten Pereira

Presidente

Ricardo Tadeu Bugarim Duailibe

Vice – Presidente

José de Ribamar Froz Sobrinho

Corregedor – Geral da Justiça

ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO MARANHÃO

Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos

Diretor

Des. Josemar Lopes Santos

Vice-Diretor

Osman Aguiar Bacellar Neto

Secretário – Geral

Railander Quintão Figueiredo

Programa de Pós-Graduação e Pesquisa –
ESMAM

Robison Tramontina

Programa de Pós-Graduação em Direito –
UNOESC

Holídice Cantanhede Barros

Presidente da Associação dos Magistrados do
Maranhão – AMMA

Assessoria Editorial

Jakelina Maria das Dores Portugal Fosséca CRB13/519

Joseane Cantanhede dos Santos CRB13/493

Manoelle Moraes dos Santos CRB 13/921

Capa / Diagramação

Carlos E. Sales

Assessoria de Comunicação do Estado do Maranhão(TJMA)

Revisão Textual

Adeilson de Abreu Marques

As publicações **Edições Esmam** estão disponíveis para download gratuito no formato PDF.

Q5 Questões e desafios aos Direitos Fundamentais e ao Judiciário na Sociedade Digital : homenagem ao Desembargador Paulo Sérgio Pereira Velten [recurso eletrônico] / Organizadores : Robison Tramontina e José Jorge Figueiredo dos Anjos. - São Luís: ESMAM, 2023. 326 p.; PDF

Vários Autores.

Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/bibliotecas/esmam/obras/303>

ISBN 978 - 85 - 60757- 23 - 7

e-ISBN 978 - 85 -60757- 24 – 4

DOI 10.55339/9788560757244

1. Poder Judiciário. 2. Direitos Fundamentais. 3. Justiça. 4. Direito – Filosofia. 5. Sociedade Digital. I. Tramontina, Robison. II. Anjos, José Jorge Figueiredo dos. III. Título.

CDDir 341.274

CDU 342.7 : 004

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Jakelina Maria das Dores Portugal Fosséca - CRB 13/519
É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial. ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA CREATIVE COMMONS



APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Unoesc (Mestrado e Doutorado) em parceria com o Tribunal de Justiça do Maranhão (TJMA), com a Escola Superior da Magistratura do Maranhão (Esmam) e com a Associação dos Magistrados do Maranhão (AMMA) tem a honra e a satisfação de trazer a lume mais uma obra no âmbito da cooperação acadêmico-científica entre as instituições iniciadas em 2021.

A presente obra, intitulada “Questões e desafios aos Direitos Fundamentais e ao Judiciário na Sociedade Digital: homenagem ao Desembargador Paulo Sérgio Pereira Velten, está composta por quatorze artigos produzidos por docentes e discentes nos Grupos de Estudos do PPGD da Unoesc. A mola propulsora das reflexões aqui apresentadas é pensar com rigor e criticamente temas, problemas e os obstáculos enfrentados pela Ciência Jurídica e pelo Judiciário para concretizar os Direitos Fundamentais.

O primeiro artigo da Coletânea, de Carlos Luiz Strapazon e Anderson Marcos dos Santos, “**O direito da sociedade digital e sustentável**”, discute e analisa a relação complexa entre o direito ao desenvolvimento sustentável e os avanços tecnológicos. Nas conclusões, os autores apresentam uma agenda mínima de pesquisas jurídicas para fazer face a esse cenário de integração entre direito, sociedades digitais e desenvolvimento.

Na sequência, Karla Andrea Santos Lauletta e Thaís Janaina Wenczenovicz analisam a “**Política Nacional de atenção às pessoas egressas do sistema prisional do Conselho Nacional de Justiça: perspectivas desde o Maranhão**”. De acordo com as autoras, o sistema prisional e socioeducativo do Brasil apresentou algumas melhorias a partir de janeiro de 2019, quando o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a liderar um programa ampliado para a construção de alternativas possíveis à cultura do encarceramento. Os impactos e as mudanças que ela provocou no Estado do Maranhão são retratados no artigo.

“A Razão Pública como meio de conferir legitimidade social às decisões proferidas por Tribunais Constitucionais”, de Robison Tramontina e Irenice Tressoldi, é o título do terceiro artigo dessa obra. Nele é abordada a formação da razão pública da teoria da Justiça como equidade de John Rawls como meio de conferir legitimidade social às decisões judiciais que avaliam a constitucionalidade de leis e atos normativos. Como conclusão, os autores constatam que, ao formar a razão pública, o tribunal deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis em suas decisões. Em outros termos, ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da Constituição, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas escolhas, a exemplo da realização de audiências públicas que empregam o instituto do *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil.

Na continuação, Cássio Alberto Arend e Wilson Antônio Steinmetz no texto **“O Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental e o Direito como Integridade”** demonstram que o mandamento da proibição de retrocesso ambiental também pode ser analisado desde a teoria do direito como integridade. Para exemplificarem a tese central defendida, analisam as decisões do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram por objeto o Código Florestal brasileiro.

Dois artigos têm como pano de fundo o tema da democracia. Cristhian Magnus de Marco e Gabriela Samrslá Möller, em “As deficiências percebidas na democracia brasileira e as contribuições de Jürgen Habermas”, discutem as deficiências da democracia brasileira a partir da teoria filosófica de Jürgen Habermas e sustentam que essa pode ser utilizada para fundamentar e efetivar o Estado Democrático de Direito. Em continuação, Robison Tramontina e Viviane Lemes da Rosa estudam a desobediência civil, ou seja, em que momentos e como a cidadania de uma sociedade democrática podem questionar leis injustas quando esgotados todos os mecanismos institucionais estabelecidos. Em “Desobediência Civil: cinco olhares e cinco convergências” os autores comparam as concepções de desobediência civil em cinco autores: Henry Thoreau, Hannah Arendt, John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Jean Vilbert e Vinícius Almada Mozetic, em **“Os direitos Humanos com alcance universal: uma realidade tangível ou uma utopia inalcançável?”**, estudam a possibilidade de uma fundamentação universal dos Direitos Humanos. Os autores sustentam que uma noção ética que norteia o conceito sobre direitos humanos, se utilizada em paralelo a uma ideia de dignidade humana dúplice

(dimensão básica e cultural), permite que se estenda substantivamente a efetividade de ações práticas, incluindo reconhecimento universal, somados a uma legislação vigente e eventuais intervenções para garantir sua implementação.

O agravamento das vulnerabilidades sociais das trabalhadoras do cuidado com o uso das novas tecnologias é o tema central do artigo “**Trabalho do cuidado, novas tecnologias e vulnerabilidade social**” de Regina Stela Corrêa Vieira e Natálie Vailatti. Para as autoras, o cuidado deve ser considerado não apenas como um setor do mercado de trabalho com limites na aplicação de ferramentas tecnológicas, mas também deve ser referência para a elaboração de normas e políticas públicas que foquem o bem-estar coletivo, a igualdade de gênero e o trabalho decente.

Rogério Luiz Nery da Silva e Darléa Carine Palma Mattiello, em “Índice de bem-estar urbano: análise de efetivação do direito à cidade para pessoas com deficiência”, analisam os fatores determinantes para averiguar os critérios de efetivação dos direitos sociais às pessoas com deficiência nas cidades a partir da apuração do índice de bem-estar urbano. Em conclusão, o trabalho aponta que parâmetros como mobilidade e infraestrutura são alicerces para a aferição da efetividade de direitos às pessoas com deficiência nas cidades.

O trabalho intitulado “**Aspectos do direito à privacidade decisória e suas implicações no direito de morrer com dignidade pessoal**”, de Riva Sobrado de Freitas, defende duas ideias importantes: a) a necessidade da existência de simetria nas relações entre médicos e pacientes para a tomada de uma decisão responsável quanto ao procedimento de morte, e b) necessária a legalização da eutanásia como forma de estabelecer parâmetros claros de comportamento para profissionais da medicina, hospitais, sistemas de saúde (privados e públicos) e pacientes, de modo a evitar procedimentos como “morte roubada” ou distanásia, que não contam com a anuência do doente.

Em continuidade, a discussão volta-se para o tema da confiança nos contratos. Em “**Confiança nas redes contratuais: um ensaio sobre o Direito, organização e congruência de sentidos**”, os autores Arnaldo Rizzardo Filho e Paulo Junior Trindade dos Santos, destacam a necessidade de compreender o princípio da confiança nos negócios tanto na dimensão jurídica como na organizacional. Ao pensá-lo nas duas dimensões, o entendimento e prática sobre a temática são alteradas.

O Direito fundamental ao justo processo é o tema de dois artigos “**Do debate processual e desenvolvimento do processo: o contraditório como direito**

fundamental ao justo processo”, de Darci Guimarães Ribeiro, Paulo Junior Trindade dos Santos (Unoesc) e Gabriela Samrsla Möller (Unoesc) e **“A filosofia do Direito Processual Civil e o direito fundamental ao processo justo: justiça pelo processo civil”**, de Cristhian Magnus de Marco, Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Samrsla Möller. No primeiro, o texto explora formas/possibilidades de o processo civil servir como espaço democrático de participação e construção do direito a partir de uma análise crítica de sua arquitetura (objeto, dispositivo, contraditório), pois a constitucionalização do processo traz ao centro o processo justo, em que o contraditório processual (debate processual) possibilita que o processo seja canal de abertura contextual para o direito e realizando a tutela efetiva. No segundo, os autores objetivam mostrar que o processo civil justo é o principal meio de se atingir um direito justo, evidenciando, assim, a intrínseca conexão entre processo e direito.

Para fechar a obra, o texto **“México: un estudio basado en la licitud en la toma de muestras corporales del imputado”**, de Amalia Patricia Cobos Campos e Janaína Reckziegel. As autoras examinam as discussões a respeito e a maneira de como os operadores jurídicos entendem a licitude das provas nos casos em que há coleta de material genético dos imputados. Concluem que inexistem uniformidade de critérios judiciais a respeito e há uma oscilação deles e isso gera insegurança jurídica em diversas ordens jurídicas.

SUMÁRIO

O DIREITO DA SOCIEDADE DIGITAL E SUSTENTÁVEL 13

Carlos Luiz Strapazzon

Anderson Marcos dos Santos

DOI10.55339/9788560757244001

POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO ÀS PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: PERSPECTIVAS DESDE O MARANHÃO 31

Karla Andrea Santos Lauletta

Thaís Janaina Wenczenovicz

DOI10.55339/9788560757244002

A RAZÃO PÚBLICA DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS COMO MEIO DE CONFERIR LEGITIMIDADE SOCIAL ÀS DECISÕES PROFERIDAS POR TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS 49

Robison Tramontina

Irenice Tressoldi

DOI10.55339/9788560757244003

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL E O DIREITO COMO INTEGRIDADE 67

Cássio Alberto Arend

Wilson Antônio Steinmetz

DOI10.55339/9788560757244004

AS DEFICIÊNCIAS PERCEBIDAS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA E AS CONTRIBUIÇÕES DE JÜRGEN HABERMAS: UMA PROPOSTA PARA SE REPENSAR A DEMOCRACIA 83

Cristhian Magnus de Marco

Gabriela Samrsla Möller

DOI10.55339/9788560757244005

DESOBEDIÊNCIA CIVIL: CINCO OLHARES E CINCO CONVERGÊNCIAS 105

Viviane Lemes da Rosa

Robison Tramontina

DOI10.55339/9788560757244006

OS DIREITOS HUMANOS COM ALCANCE UNIVERSAL: UMA REALIDADE TANGÍVEL OU UMA UTOPIA INALCANÇÁVEL? 131

Jean Vilbert

Vinícius Almada Mozetic

DOI10.55339/9788560757244007

TRABALHO DO CUIDADO, NOVAS TECNOLOGIAS E VULNERABILIDADE SOCIAL	157
<i>Regina Stela Corrêa Vieira</i> <i>Natália Vailatti</i> DOI10.55339/9788560757244008	
ÍNDICE DE BEM-ESTAR URBANO: ANÁLISE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	175
<i>Rogério Luiz Nery da Silva</i> <i>Darléa Carine Palma Mattiello</i> DOI10.55339/9788560757244009	
ASPECTOS DO DIREITO À PRIVACIDADE DECISÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE PESSOAL	199
<i>Riva Sobrado de Freitas</i> DOI10.55339/9788560757244010	
A CONFIANÇA NAS REDES CONTRATUAIS: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, ORGANIZAÇÃO E CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS	215
<i>Arnaldo Rizzardo Filho</i> <i>Paulo Júnior Trindade dos Santos</i> DOI10.55339/9788560757244011	
DO DEBATE PROCESSUAL E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO: O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO JUSTO PROCESSO	241
<i>Darci Guimarães Ribeiro</i> <i>Paulo Júnior Trindade dos Santos</i> <i>Gabriela Samrsla Möller</i> DOI10.55339/9788560757244012	
A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL	269
<i>Cristhian Magnus De Marco</i> <i>Paulo Junior Trindade dos Santos</i> <i>Gabriela Samrsla Möller</i> DOI10.55339/9788560757244013	
MÉXICO: UN ESTUDIO BASADO EN LA LICITUD EN LA TOMA DE MUESTRAS CORPORALES DEL IMPUTADO	285
<i>Amalia Patricia Cobos Campos</i> <i>Janaina Reckziegel</i> DOI10.55339/9788560757244014	
SOBRE AS AUTORAS E AUTORES	317

O DIREITO DA SOCIEDADE DIGITAL E SUSTENTÁVEL

DOI10.55339/9788560757244001

Carlos Luiz Strapazzon
Anderson Marcos dos Santos

A todos — indivíduos, governos, organizações não governamentais (ONG), empresas, dirigentes políticos, organizações multilaterais — corresponde um papel na transformação da potencialidade dos recursos mundiais e a promessa da tecnologia, dos conhecimentos e a formação de redes em práticas sociais que fomentem autenticamente as liberdades fundamentais em todas as partes.

(PNUD. Informe sobre el desarrollo humano, 2000, p.1)

1 INTRODUÇÃO

A correlação entre *direito*, *tecnologia* e os objetivos do *desenvolvimento sustentável* tem recebido pouca atenção da pesquisa jurídica, seja da pesquisa de revisão teórica, seja da pesquisa doutrinária mais orientada para a aplicação profissional. Não devia ser assim. Quer pela relevância do tema, quer porque a teoria e a prática do direito têm uma longa história de atenção para as questões levantadas pela inovação tecnológica e pelos ideais de desenvolvimento e de progresso.

No século XIX, o conceito de progresso foi associado a inovações técnicas baseadas em conhecimento científico, que depois foram associados à modernização e mais tarde ao desenvolvimento. Casos implicados com máquinas a vapor, eletricidade, telégrafo, impressão gráfica, propriedade intelectual e *design* de objetos são apenas alguns exemplos que podem ser colhidos da jurisprudência dos Estados Unidos, a partir do final do século XIX até o início do século XX. A análise empreendida por Mandel (2007, p.3-10) e também por Moses e Nolan (2016) sobre como esses casos movimentaram a teoria e a prática dos tribunais dos Estados Unidos indicam bem o quanto essas questões foram importantes para o direito.

Por outro lado, é importante sublinhar que os tribunais, nesses casos, orientavam-se pela busca de analogias e, assim, que a temporalidade do direito se orientava pelo passado, pelos precedentes. Queriam saber, essencialmente, se a tecnologia *sub judice* era, ou não, semelhante ao estado da arte anterior já regulada pelo direito. O ponto de partida das discussões jurídicas era saber se a nova tecnologia poderia, e em

que medida, ser regida por regras vigentes para objetos de funcionalidades análogas.

A partir da segunda metade do século XIX, os efeitos dessas transformações foram se assentando e as relações entre direito, ciência e tecnologia geraram um novo modo de vida, baseado na cultura do consumo de bens industriais, particularmente na Europa ocidental e nos países sob sua influência direta.

O fato novo que move as preocupações deste trabalho são as transformações das últimas décadas no campo técnico e como devem ser absorvidas pela agenda inovadora do desenvolvimento sustentável. As inovações tecnológicas produziram um cenário novo de relação humana com objetos técnicos. Produziram também um grau novo, mais avançado de aceleração, acumulação e de intervenção em todas as esferas da vida humana e do ambiente natural. Este trabalho explora os impactos dessas inovações para uma cultura de direitos fundamentais forjada na centralidade do humano, e indaga sobre os caminhos novos que se impõem ao direito para conciliar a agenda do desenvolvimento sustentável com a nova onda de tecnologias.

Este trabalho explora o sentido, o alcance, os riscos e as oportunidades da aceleração tecnocientífica e desenvolve uma avaliação crítica sobre os fundamentos do *desenvolvimento tecnocientífico* e do *desenvolvimento humano* no século XXI a fim de: 1) sustentar que esses dois temas se encontram, atualmente, numa encruzilhada decisiva; 2) que o resultado das tensões entre ambos produzirá efeitos novos na dinâmica e na estrutura da ordem jurídica e, assim, nos rumos da teoria dos direitos fundamentais; 3) que tais efeitos tendem a ser mais graves e perigosos para países com baixo grau de desenvolvimento tecnológico e subdesenvolvimento democrático.

A pesquisa foi realizada a partir de ampla revisão da literatura sobre tecnologia, desenvolvimento sustentável e direito, com especial assento na abordagem de Gilbert Simondon para o tema do humanismo tecnocientífico, bem como de ampla revisão de documentos normativos nacionais e internacionais pertinentes.

Na parte 2, o texto revisa e atualiza o conceito de humanismo tecnocientífico e o modo pelo qual o direito protegeu e se beneficiou do desenvolvimento desse fenômeno. Depois, nas partes 3 e 4, o texto discute as principais mudanças da atualidade no campo tecnológico e os desafios que se apresentam para a regulação do desenvolvimento humano e sustentável, nos marcos dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, discutindo, inclusive, os compromissos jurídicos assumidos pelo Brasil. Nas conclusões, apresenta uma agenda mínima de pesquisas jurídicas para fazer face a esse cenário de integração entre direito, sociedades digitais e de-

envolvimento.

2 A TEORIA DO DIREITO NA PRIMEIRA FASE DO HUMANISMO TECNOCIENTÍFICO

Desde o último terço do século XX, bem no contexto da imersão das sociedades tecnológicas avançadas, uma nova versão do ideário clássico humanista passou a ser protegida pelo direito: trata-se do que chamarei de *humanismo tecnocientífico*. A despeito de muitos formadores de opinião (HERN, A. *The Guardian*, 2017) advertirem para novos riscos associados ao avançado estado da inovação tecnológica no século XXI, há um aspecto desse cenário que precisa ser considerado: a crescente confiança no revigoramento das capacidades humanas por meio de objetos técnicos.

Essa conexão entre humanismo e objetos técnicos já foi bem identificada e discutida no seio da teoria social, particularmente por Gilbert Simondon (2014, 2001). O tema continua, porém, escassamente discutido pela teoria do direito. Entretanto, a proteção jurídica das inovações técnicas que instrumentalizam, ampliam e recriam capacidades humanas em objetos técnicos pode ser notada por indicadores muito significativos. É realmente intrigante a coincidência existente entre a explosão demográfica iniciada a partir da segunda metade do século XX e o reconhecimento solene da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos universais a partir de 1948¹. Associado ao primeiro, é notável também que nesse mesmo período a tecnologia serviu para amplificar as funcionalidades do próprio corpo humano, particularmente atuando na qualidade e quantidade de alimentação e de medicação. Um dos resultados associados a isso foi a melhoria das condições de saúde e, assim, dos indicadores de longevidade. Também a partir de 1950, a taxa de sobrevivência global, isto é, para toda a humanidade, subiu de modo ímpar a uma média de 3 anos por década e acelerou ainda mais a partir dos anos 2000 para algumas regiões, onde se viu uma evolução média de 5 anos por década (WHO 2016, p. 7). Algumas inovações tecnocientíficas caíram rapidamente no domínio

1 Dados das Nações Unidas evidenciam o aumento populacional significativo – e único na história da humanidade depois da entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em 1900, a população humana no planeta foi estimada em 1,7 bilhões de pessoas. Cinquenta anos depois aumentou em 800 milhões, alcançando o total de 2,5 bilhões de habitantes. Contudo, os 50 anos seguintes que iniciam em 1950 apresentam o impressionante acréscimo de 3,5 bilhões, totalizando 6 bilhões de pessoas em 2000. Considere agora que só nos primeiros 17 anos do século XXI a população humana aumentou a mesma quantidade dos 50 anos iniciais do século XX (7,5 bilhões, 2017). Ver World Population Prospects 2017, Key Findings and Advance Tables, Tabela S2, p. 29. Disponível em: https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf, acesso em 30.04.2018, ver também o box The world at six billion: highlights, disponível em www.un.org/esa/population/publications/sixbillion/sixbilpart1.pdf

comum porque se tornaram objetos de consumo. Economizam tempo e aumentam o conforto dos afazeres rotineiros. Basta ver a paisagem interna das residências de todas as classes sociais. Estão plenas de objetos eletroeletrônicos e mecânicos de todos os gêneros. Outras inovações oferecem novas soluções para diagnósticos de saúde. Desde equipamentos pessoais até os de uso clínico e hospitalar. Também há as que aumentaram as formas de armazenamento de energia beneficiando o desempenho de automóveis e de uma variedade imensa de objetos eletrônicos móveis, tais como máquinas industriais, domésticas e de uso comercial; e há, sobretudo, as que ampliaram as condições de comunicação e de armazenamento de dados.

Os resultados acumulados até agora pelas inovações tecnocientíficas parecem suficientes para afastar de cena muitas das bem assentadas convicções precedentes, baseadas em saberes tradicionais, sobre a condição humana, as condições de produção e consumo, sobre a dinâmica social, bem como sobre costumes pessoais, familiares e vida doméstica. As sociedades ocidentais tecnologicamente avançadas converteram-se em sociedades de humanos em interação com objetos técnicos produzidos pela aplicação da ciência. Esta era de humanismo tecnocientífico redefiniu o significado da sociabilidade, agora densamente mediada por objetos técnicos, e vem influenciando decididamente nos rumos do desenvolvimento humano e social. O novo estágio do *humanismo tecnocientífico*, se por um lado apresenta riscos de voltar-se contra a própria existência humana (BOSTROM 2014, p.115; MOUSOUTZANIS 2014, 185) por outro também diminui distâncias e amplia a eficiência das ações humanas individuais e coletivas, em todos os domínios.

O humanismo *tecnocientífico* tem sido protegido juridicamente. É longa a história dessa proteção. Tanto a era dos direitos liberais quanto a dos direitos socioeconômicos e suas inovadoras garantias das inovações e de suas interações com liberdades individuais, direitos civis e políticos, passando por direitos econômicos, sociais e culturais (LUCCHI, N. 1916, p. 4; BENNETT MOSES 2015). A revolução na produção de objetos técnicos móveis e imóveis que aceleram a mobilidade e o deslocamento humano e de bens, que revolucionaram o cultivo, estocagem e transformação de produtos agrícolas, o tratamento da saúde humana e de outros animais, as formas de comunicação e de entretenimento, como também de armazenamento e difusão de informações, tudo isso recebeu decisivo apoio da ciência do direito e das profissões jurídicas. Os benefícios dessas inovações também alcançaram a teoria e a prática do direito, não só pela ampla revisão das formas de regulação da vida social, como também pela ampliação da escala de conflitos derivados de novas questões jurídicas implicadas com esse desenvolvimento. Também

pelo aumento da eficiência na prestação de serviços jurídicos, tanto de escritórios, quanto de órgãos judiciais e de administração pública. A proteção jurídica das liberdades individuais e empresariais foi decisiva para o florescimento desse ambiente inovador. A canalização dos conflitos para dentro da arena estatal prestou enorme serviço a esse ambiente de liberdades e de inovação tecnocientífica.

Já no século XX, e pela primeira vez, o caráter potencialmente destrutivo da espécie humana desse novo estágio tecnológico se materializou de modo inequívoco. O teatro das sucessivas revoluções tecnocientíficas teve um capítulo especial no século XX, entre duas guerras mundiais. Governos autoritários apoiaram-se em inovações bélicas que conduziram a corrida armamentista ao desenvolvimento de armas nucleares capazes de destruir todas as formas de vida sobre a terra. Pela primeira vez a ciência e os objetos técnicos igualaram o poder dos homens à fúria de deuses mitológicos. Um objeto técnico “tornou-se a morte: a destruidora de mundos”, como asseverou em 1945 seu idealizador, o físico J. Robert Oppenheimer, então diretor do Projeto Manhattan, durante os testes no deserto do Novo México, em referência ao texto do épico hindu *Bhagavad Gita* (BANCO 2016, p.21). Entretanto, esse feito também poderia ser associado aos rituais pagãos antigos de holocausto de animais. Agora a tecnologia poderia realizar o *holocausto total*. A nova escala do humanismo tecnocientífico, dessa interação homem-tecnologia foi protegida pelo direito tradicional, mas também suscitou o redesenho de instituições jurídicas, principalmente políticas de governança global, da regulação de material nuclear e de armamentos.

3 O DIREITO E O DESENVOLVIMENTO PRESSIONADOS PELO TEMPO E ESPAÇO DIGITAL

Na década de 80 do século XX, veio o reconhecimento de que a efetivação de direitos fundamentais dependeria menos de garantias jurisdicionais clássicas e mais, muito mais, de uma concepção integrada de desenvolvimento humano e sustentável de abrangência global. A proclamação solene da dignidade da pessoa humana, como princípio universal, deu um novo frescor à compreensão das liberdades individuais, aos direitos civis, políticos, econômicos e sociais e à busca da tolerância, ordem e paz internacional. A promulgação da Declaração do Direito ao Desenvolvimento, pelas Nações Unidas (1986), o fim da Guerra Fria (1989), a invenção da *World Wide Web* – WWW (1989) pelo Conselho Europeu de Pesquisa Nuclear – CERN, e o lançamento do Programa das Nações Unidas para o Desen-

volvimento – PNUD (1990) são marcos decisivos desse novo momento.

Tanto as instituições de Justiça, quanto governos, setor produtivo e sociedade civil começaram a se reordenar para o início de uma *era global, de direito, desenvolvimento e tecnologia*. O final do século XX é, por isso, um momento de mudanças profundas no modo de vida ocidental e, conseqüentemente, na cultura jurídica orientada pelos pressupostos contratuais e individualistas de sociedades capitalistas e industriais.

Um novo estágio da competência destrutiva também se apresentou a partir desse último quartil do século XX. Muito embora as novas conexões entre riscos e oportunidades da tecnociência tenham propiciado inegáveis mudanças qualitativas para ressignificar as relações humanas, as instituições, o direito e suas funções associadas às condições de desenvolvimento da personalidade humana, à longevidade, à interação social, à paz e ao conhecimento — ainda que muito assimétricas em termos geográficos e de classes sociais.

A tecnologia de segurança militar, por exemplo, deixou de ser monopólio estatal e resvalou para fora das paredes militares oficiais. O uso em larga escala das redes sociais privadas e criptografadas revolucionou as relações interpessoais de comunicação e, ao mesmo tempo, abriu caminho para novas tecnologias de disciplina e de vigilância em escala global. O poder de vigilância, controle e destruição em larga escala tornou-se também um tema privado e difuso, tão importante quanto o tema da estratégia estatal de segurança pública durante o século XX. A tecnologia de produção industrial, que hierarquizou nações segundo o grau de domínio técnico e que reconfigurou as relações entre capital e trabalho, entrou numa etapa acelerada de desterritorialização, fragmentação das cadeias produtivas em escala global, de refinamento de sua capacidade de automação — e, por conseguinte, de cristalização do desemprego estrutural. As democracias mais estáveis adotaram políticas de transferência da força de trabalho humano para o setor de serviços. A tecnologia para explorar recursos naturais como a água, a terra, combustíveis fósseis, a madeira, animais, o ar, viram seu contraponto na força destrutiva do ambiente natural, à medida que, de um lado, bens de produção aperfeiçoaram a capacidade de exploração da natureza e, de outro, bens de consumo não degradáveis se tornaram utilidades domésticas. A tecnologia dos sistemas de informação e de armazenamento de dados, que abriu as portas para a sociedade do conhecimento, também abriu caminho para inéditas formas de invadir a privacidade de empresas, famílias e indivíduos, e até mesmo de Estados considerados invulneráveis (como Estados Unidos). Uma batalha cibernética com *hackers* que agem por motivos políticos bem definidos, ou

por curiosidade banal, passou a fazer parte da agenda de graves preocupações.

Por outro lado, a concentração da tecnologia de armazenamento de megabases de dados por algumas corporações criou novas formas, muito sutis, de dirigir preferências de consumo, de valores morais, de crenças religiosas, de opinião política e de estilos de vida descolados de tradições culturais locais. Quer dizer, demonstram enorme capacidade de modificar convenções muito estabelecidas sobre fontes de conhecimento, de crença e de pressupostos sobre a verdade. A tecnologia de hiperconexão urbana (*smart cities*) que, se por um lado, deve tornar as cidades mais eficientes, também dá mostras de ameaçar os processos democráticos à medida que a Inteligência Artificial navega em megabases de dados sobre preferências humanas e aumenta de modo descomunal sua capacidade preditiva para formular políticas públicas (BOSTROM 2017, 72).

O fato cada vez mais claro é que as sociedades impactadas pelos desenvolvimentos tecnocientíficos do capitalismo ocidental entraram numa nova lógica de inovação. Essa nova fase reúne, em poucos nichos, competência científica para compreender megadados, competência produtiva ultraveloz, leve, miniaturizada, inteligente, conectada à internet e potencializadora do desemprego estrutural. Esse processo, por outro lado, gerou capacidade de intervenção política, econômica e ambiental de múltiplos atores e de modo jamais visto. Associada a isso se amplia extraordinariamente a força da homogeneização da cultura (ou a homogeneização à força das culturas) pela assimilação de valores, hábitos, preferências.

Essas recentes transformações tecnológicas são o produto da virada cibernética (WIENER 1965, p.65). A disseminação da teoria da informação em quase todos os campos da ciência e da técnica, que resultou em um movimento comum desses campos, a partir da primazia da informação, alterando a lógica operatória da razão tecnocientífica. Agora é possível ter acesso total ao controle instrumental pela reciprocidade informacional que permeia a matéria inerte, o ser vivo e o objeto técnico. Ultraveloz, essa fase é de aceleração da aceleração tecnocientífica e se desprende, em certo aspecto, das fronteiras dicotômicas tradicionais da ciência e da tecnologia modernas: humano-animal, humano-máquina. Tudo se passa, atualmente, como se o mundo todo fosse concebido como estoque de informação. E de informação sujeita à manipulação, reprogramação e recombinação. Essa reconfiguração informacional do mundo, por outro lado, adquire um sentido preciso ao transformar tudo em matéria-prima com potencial de criação de valor econômico.

Sob outra perspectiva, a propagação de conceitos e discursos que orbitam em torno da informação alcançam todos os campos do conhecimento científico, in-

clusive das ciências sociais e humanidades. As tecnologias da informação acabam por determinar a forma de se conceber os diversos campos do saber científico e tornam-se, com isso, uma verdadeira metatecnologia. Além de espriar-se para a linguagem comum criando uma nova cultura, a cultura cibernética, que não se limita à simples digitalização ou tradução ou transposição para o digital. Ela constitui outros referenciais com uma cientificidade própria e uma nova lógica operatória, tanto para a noção de cultura, quanto para a noção de conhecimento.

A partir disso, o estágio atual das relações entre conhecimento científico e tecnológico se apresenta de um modo muito peculiar para a teoria e prática do direito. Inicialmente porque, pela primeira vez, tudo se passa como se a tradição, os precedentes e as experiências — portanto o passado — pouco orientassem a compreensão dos horizontes de expectativas de direitos. O que há pouco tempo era uma questão de ajustar o direito privado e o direito público para preservar uma tradição, vai se convertendo em mudanças normativas profundas para moldar o presente às inovações tecnológicas. O cálculo atuarial do futuro assume um papel notável na determinação do direito em áreas cada vez mais especializadas. Já perceptível a repercussão das inovações nas formas de saber, de comunicar, de produzir e transferir bens econômicos, no campo da cultura, da sociabilidade e do direito. São fenômenos cuja dinâmica se pauta crescentemente pela mineração de gigantescas bases de dados (*big data*) operadas por inteligência artificial (IA) mediados pela hiperconexão à internet.

Na realidade, nem todas as inovações tecnológicas são iguais. Algumas podem ser evolutivas, outras podem até ser revolucionárias. Poucas, no entanto, podem criar mudanças tão abrangentes a ponto de mudar um setor inteiro da economia ou formas bem estabelecidas de ser e estar no mundo. Mais raras ainda são as mudanças capazes inovar, simultaneamente, esses dois. Estas últimas são as inovações disruptivas. E é isso que está ocorrendo.

Já não é difícil ver, por exemplo, que as mudanças na forma de saber, decidir e agir mudaram os rumos na competitividade industrial, impactada pelas possibilidades do *design* de nanomateriais, pelas soluções de armazenamento energético e pela robótica associada à produção inteligente de objetos (Internet das Coisas – IoT). A competitividade do setor financeiro está movendo os agentes econômicos para operar com inteligência artificial e ampliar a escala de clientes com serviços inteligentes e personalizados, segmentar agressivamente a clientela, inovar nos serviços de pagamentos e avaliação de riscos e, atuar na inteligência corporativa. Mais ainda, a revolução nos meios de pagamento, pois a tecnologia *blockchain* abriu

caminho para o uso de *bitcoins* para transações de valor; a vigilância, a segurança, o reconhecimento espacial e a mobilidade humana monitorada por micro e nano-satélites; as amplas possibilidades de aplicações práticas, tanto na indústria, ambiente natural, agricultura, quanto na saúde humana, da revolução biotecnológica que se apoia na engenharia genética, na neurotecnologia e na biologia sintética.

4 O DIREITO ORIENTADO PELO TEMPO FUTURO

A orientação atual pelo tempo futuro não é mais força de expressão. É agenda oficial. Pode ser observada nas preocupações com o desenvolvimento econômico, ampla e solenemente difundida nas premissas político-econômicas de Estados parte da OCDE. Os casos mais emblemáticos são a estratégia industrial da Alemanha para 2020, oficialmente denominada de *Smart Manufacturing for the Future – Industry 4.0*, que corresponde a um plano nacional de plena integração da produção industrial à internet, apelidada de IoT, ou “Internet das Coisas”; o plano *The OECD Innovation Strategy: Getting a Head Start on Tomorrow* (2010), a *Strategy for American Innovation*, dos EUA (2015); o plano *I-Japan Strategy 2015: Striving to Create a Citizen-Driven, Reassuring & Vibrant Digital Society* (2015). O Brasil também, mais recentemente, adotou essa agenda via Confederação Nacional da Indústria, por meio do projeto indústria 2027 (IEL/CNI 2018).

Na agenda política de países, vê-se o surgimento de projetos inovadores de urbanização, o caso das *smart cities*, como o plano *Smart Cities Mission*, da Índia, de estabelecer 100 cidades inteligentes para 95 milhões de pessoas. A agenda para o futuro também é visível nas mudanças táticas dos movimentos sociais instrumentalizados por redes sociais de larga escala e com agendas muito variadas, desde questões universais tais como o Clima, o Crime Organizado e o Acesso Aberto à Internet (*Open Access Movement*), até questões regionais, como a *Primavera Árabe*, ou experiências de *crowdfunding* nos Estados Unidos e no Brasil. Nas artes, tanto no cinema, quanto na música, na literatura, como também nas artes gráficas e no senso estético marcado pela digitalização, leveza, velocidade, interação, intuição e criação; nas escolas, universidades e nas associações científicas, que se orientam pelos desafios de ensinar crianças e adultos numa sociedade da informação e pelos desafios de pesquisar com intensivo uso da mineração de dados e de objetos digitais e pela desafiadora atividade de captar tendências para as profissões, proteger o saber e de distribuí-lo em forma digital.

O que é atual acaba sendo ultrapassado, e “tudo o que é ... já era”. A antecipação

do futuro torna-se o teatro de guerra onde se travam as batalhas entre as potências positivas e negativas do futuro do humano e do próprio planeta. A revolução tecnológica é mais rápida, abrangente e não será acompanhada por economias capitalistas periféricas. Liderar as fronteiras do conhecimento tecnológico sempre foi uma vantagem comparativa. Agora é um poder colossal. Estacionar, agora, é morrer.

Esses prognósticos já são admitidos por estudos e documentos de organismos internacionais. A Declaração de Genebra para a Sociedade da Informação, por exemplo, reconheceu, em 2003, não só o imenso impacto da tecnologia em todos os aspectos da vida humana, mas também a plena consciência do fenômeno da Desigualdade Digital (*Digital Divide*) entre países desenvolvidos e os demais (Item 8) e também a necessidade de criar um ambiente global de segurança digital (Princípios n. 5 e 6). A crescente desigualdade digital foi reconhecida, novamente, em 2005, na Agenda de Tunis para a Sociedade da Informação (item 7), que também reconheceu a insuficiência do investimento público para superar a desigualdade crescente (Item 13). Por outro lado, enfatizou a necessidade de não deixar que as forças de mercado regulem o tema, pois não podem garantir a plena participação das sociedades em desenvolvimento (Item 18). Essa Declaração também enfatizou a necessidade de haver governança global da internet.

Em 2012, a desigualdade digital foi, mais uma vez, reconhecida pela Res. 66/288, 11.09.2012 (Rio+20) denominada “The Future We Want”. Reconheceu explicitamente o *technological gap* entre países desenvolvidos e não desenvolvidos, além de apontar para a tendência de aumento de dependência tecnológica entre esses polos (58, III). Além disso, e mais uma vez, a necessidade de transferência tecnológica dos países desenvolvidos para os demais (58,f).

Em setembro de 2015, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Agenda para o Desenvolvimento Sustentável com vistas ao ano de 2030. A preocupação com o equilíbrio entre avanços tecnológicos e desenvolvimento econômico, social e natural foi estabelecida já como questão preambular. É um princípio que, de acordo com o documento, deve guiar o ideal de prosperidade para o século XXI. A Agenda 2030 ambiciona que o desenvolvimento tecnológico seja sensível aos riscos climáticos, respeite a biodiversidade e promova a resiliência (§ 9º. e § 32). Precisa atuar para reduzir a desigualdade digital (§ 15 e §41), e para mudar o modo de produzir e de consumir bens e serviços (§ 28). Por isso o acesso universal a novas tecnologias foi colocado como meta (1.4) para realizar o objetivo de eliminar a pobreza multidimensional; por isso o desenvolvimento tecnológico foi estabelecido como meta (2.4) do objetivo de eliminar a fome e garantir a segurança alimentar,

a nutrição e a agricultura sustentável; por isso também a difusão da educação técnica e tecnológica foi eleita como prioridade para os objetivos da educação (4.3, 4.b), por isso o desenvolvimento de soluções tecnológicas foi eleito como meio adequado para empoderar meninas e mulheres (5.b) e, assim, realizar o objetivo de igualdade de gênero; por isso a tecnologia de reutilização da água precisa ser desenvolvida e difundida, pois é considerada essencial para o objetivo da gestão sustentável e da disponibilidade da água e do saneamento básico (6.a) e da energia limpa (7.a), o desenvolvimento tecnológico foi eleito também como meta para o crescimento econômico, como ferramenta dos ganhos de produtividade (8.2) e de qualificação da produção industrial (9.4), por isso também a meta de aumentar o número de trabalhadores nos setores de pesquisa e desenvolvimento tecnológico das indústrias (9.5, 9.b, 9.c) como meta para ter infraestrutura resiliente, industrialização e padrões de consumo sustentáveis (12.a).

Em dezembro de 2015, o Resultado do encontro de Cúpula das Nações Unidas para revisar a implementação da Declaração de Genebra e da Agenda de Tunis para a Sociedade da Informação reconheceu a penetração da tecnologia em todos os cantos do planeta. Mais que isso, reafirmou a ainda significativa desigualdade digital (item 6 e 21) e afirmou a necessidade de integrar os objetivos do desenvolvimento sustentável: 2030 às diretrizes da sociedade da informação. Para isso, adotou uma linguagem nova. Afirma que os direitos havidos *off line* devem ser os mesmos *on line*. Isso porque reconhece que, em 2015, aproximadamente a metade da população mundial estaria já conectada (3,2 bilhões de pessoas). Mas o documento revela muita preocupação nesse campo, particularmente, a falta de solidariedade para constituir o fundo para o desenvolvimento digital (item 40). Esse mesmo documento reconheceu (item 44) o avanço de sérias ameaças a liberdade de expressão e pluralidade de informação, além de restrições ao trabalho jornalístico. Também manifesta particular preocupação com o crescimento do uso da tecnologia por grupos terroristas, o surgimento de novas formas de *cybercrimes*, além de novas formas de ataques a Estados, instituições, empresas ou indivíduos por meio digital (item 52).

Os próximos 20 anos de experiência humana criarão mais dependentes da revolução tecnológica do que em qualquer outro momento da história. Comparado aos cenários do século XVIII, XIX e meados do século XX, esse início do século XXI apresenta riscos e possibilidades muito diferentes, tanto em função do tempo, quanto de tipo e de escala. Desenham-se, velozmente, formas novas de ser, estar, saber, sentir, sobreviver, conviver, não só de produzir e consumir. Isso foi reconhe-

cido em 2015, no resultado do encontro de Cúpula das Nações Unidas para revisar a implementação da Declaração de Genebra e da agenda de Tunis para a sociedade da informação (item 17).

Para lidar com esse cenário complexo, como diz o Relatório da ONU para o desenvolvimento humano (2001), não basta legislação, não basta Estado. O modelo de responsabilidade centrado no Estado deve ampliar-se para incluir obrigações de atores não estatais e para que as obrigações de Estado transcendam as fronteiras nacionais. A força das políticas nacionais é muito limitada para compensar as assimetrias do mercado.

Muitos países estão decididamente empenhados em se capacitar para inovar, adaptar e regular a tecnologia de modo a atender seus interesses. Estão negociando acordos internacionais, desenvolvendo projetos abrangentes e regulando o campo da ciência e tecnologia, incentivando o desenvolvimento de uma massiva atividade empresarial para gerar riquezas. Muitos países, no entanto, estão falhando gravemente (PNUD, 2001, p. 5). Uma nova forma de desigualdade, de natureza tecnológica, está emergindo e tende a aprofundar as desigualdades de renda já existentes.

Mas o desenvolvimento humano é mais do que uma questão de renda. Diz respeito ao acesso das condições amplas que favoreçam as escolhas humanas, de modo que sejam removidos impedimentos de natureza social, política, econômica e ambiental. O desenvolvimento é um conceito operacional criado para dar efetividade a direitos humanos e articula-se com direitos humanos.

5 A DIALÉTICA ENTRE A AGENDA JURÍDICA DA ONU PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO E SUSTENTÁVEL E RUMOS DO DESENVOLVIMENTO TECNOCIENTÍFICO

Como se vê, a correlação entre *desenvolvimento tecnocientífico* e *desenvolvimento humano* chegou a uma encruzilhada decisiva, com reflexos diretos sobre os rumos da teoria do direito e da ordem jurídica. Os riscos e oportunidades nunca foram mais intensos e explícitos. E não é exagero dizer que os próximos 30 anos serão cruciais para todo o resto do século XXI.

Por um lado, tudo indica que mudanças radicais continuarão a afetar não só o ecossistema natural, mas também as formas produtivas de conhecimento, de bens e de poder político. O mesmo se aplica para as formas de convivência, de trabalho, de consumo, de controle e até de religiosidade. Muito embora o impacto da tecnologia na vida humana sempre tenha gerado revoluções produtivas e orga-

nizacionais, a experiência ensinou que se o mercado é um mecanismo poderoso de inovação, é incapaz de distribuir adequadamente a inovação de modo a gerar os benefícios necessários para todos. Escolhas econômicas não coincidem sempre com as possibilidades e necessidades de desenvolvimento sustentável.

A desigualdade, portanto, é uma marca forte e bastante evidente desse novo momento: o das sociedades da informação e dos objetos digitais.

O que agora está em andamento é uma combinação única entre capitalismo global e revolução cognitiva: pela primeira vez, a força inovadora do mercado ameaça a própria centralidade da condição humana nas funções criativas, produtivas e que exigem decisões complexas. Não é exagero dizer que formas inéditas de desigualdades econômicas, culturais, sociais, biológicas e ambientais são a nova ameaça ao Estado de Direito, aos sistemas de justiça, à democracia, à competitividade e à paz (LAAS 2016, 100).

São bem visíveis e bem documentadas por organizamos nacionais e internacionais. O domínio privado e economicamente concentrado da informação, da *big Science*, da técnica de produção de objetos inteligentes, da produção de alimentos e de medicamentos, de energia, de armas justificam pessimistas previsões para a competitividade de sociedades subdesenvolvidas como o Brasil, que lidam com problemas clássicos do século passado (e antes), como analfabetismo funcional, baixa capacidade de transferência de tecnologia de universidades para setor produtivo, degradação ambiental, baixa mobilidade de trabalhadores, violência estatal e corrupção, violência urbana e problemas de mobilidade, trabalho em condições indecentes, discriminação de gênero, pobreza, insegurança alimentar, déficit habitacional, de saneamento básico e de atenção médica. O tema perpassa todos os âmbitos da vida privada e da vida em comum. E o choque tende a ser mais grave nas sociedades subdesenvolvidas e não desenvolvidas.

Por outro lado, nunca foi possível estar mais otimista quanto às possibilidades de uso do conhecimento disponível para lidar com a complexidade do novo cenário, superar desigualdades e proteger a condição humana. Não poderia ser mais exato dizer, portanto, que uma revolução sistêmica está em marcha. Por um ângulo, movida pela conexão inédita entre capitalismo global e tecnociência, por outro, pela agenda global do desenvolvimento humano e sustentável e o compromisso assumido por mais de 100 países de implementar medidas de encorajamento da inovação, de acesso ao desenvolvimento e de competências avançadas.

O Brasil, por exemplo, assinou o compromisso com o Desenvolvimento Sustentável em 2015. Em 2016, como principal mecanismo institucional para

a implementação da Agenda 2030, o Brasil criou a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, por meio do Decreto nº 8.892, de 27 de outubro de 2016. Elaborou também seu plano de ação voluntário para a implementação da Agenda 2030 (BRASIL 2017). Essa Comissão, que tem o IBGE e o IPEA como órgãos de assessoramento permanente, deve propor estratégias, instrumentos, ações e programas para a implementação dos ODS; acompanhar e monitorar o desenvolvimento dos ODS e elaborar relatórios periódicos; elaborar subsídios para discussões sobre o desenvolvimento sustentável em fóruns nacionais e internacionais; identificar, sistematizar e divulgar boas práticas e iniciativas que colaborem para o alcance dos ODS; promover a articulação com os órgãos e entidades públicas das Unidades da Federação, para disseminação e implementação dos ODS nos níveis estadual, distrital e municipal. Dele participam 27 Federações Estaduais das Indústrias e 536 empresas representadas pela Confederação Nacional da Indústria (CNI) e pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social (ETHOS); também fazem parte 2.294 entidades representadas pela Fundação Abrinq pelos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Fundação ABRINQ), Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), União Geral dos Trabalhadores (UGT), Visão Mundial e Conselho Nacional das Populações Extrativistas (CNS); Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes). É importante ressaltar que outros atores governamentais e da sociedade civil poderão participar como colaboradores da Comissão Nacional, em especial por meio das Câmaras Temáticas. Com a finalidade de elaborar estudos e propostas para implementação dos ODS, as Câmaras Temáticas ampliarão a participação e a representatividade da Comissão Nacional.

Isso coloca em cena questões inéditas para a regulação da vida privada e da vida em comum, seja para a definição e proteção de bens econômicos, sociais e políticos. As formas conhecidas de proteção das condições básicas para o livre desenvolvimento da pessoa humana e para o desenvolvimento social, econômico e ambiental estão sendo desafiados por problemas de complexidade inédita, que agora reclamam respostas inéditas.

6 CONCLUSÃO

A dialética entre a agenda normativa da ONU para o desenvolvimento humano e sustentável e os rumos do desenvolvimento tecnocientífico é uma chave de preocupações relevantes para a pesquisa aplicada ao campo do direito. Não só pela

necessidade de proteção em face das ameaças, mas também por causa das oportunidades sociais, econômicas e negociais. Essa dialética explicita um conflito novo que precisa ser devidamente abordado pelos profissionais do direito: a institucionalização, regulação e coordenação de estratégias adequadas para que Estado, setor privado e organizações da sociedade civil possam: a) convergir o desenvolvimento tecnológico para os objetivos e metas do desenvolvimento sustentável; b) proteger os direitos humanos e fundamentais das ameaças da sociedade da informação.

Toda a pesquisa normativa nesse eixo reclama abordagens interdisciplinares atualizadas pela teoria contemporânea da economia, da sociedade e do ambiente natural, abundante pesquisa de dados e sólidas parcerias em grupos e redes de pesquisa. Deve ser guiada por projetos concentrados em compreender os riscos inéditos de sujeição e de substituição de seres humanos por tecnologias que imitam a vida e as características humanas, e pelas oportunidades que a tecnologia oferece para o desenvolvimento humano e sustentável dos sistemas sociais, econômicos e naturais.

REFERÊNCIAS

BANCO, Michael. *The Meanings of J. Robert Oppenheimer*. Iowa City: University of Iowa Press, 2016.

BENNETT MOSES, Lyria and Gollan, Nicola. *The illusion of newness: the importance of history in understanding the law-technology interface*. UNSW Law Research Paper n.. 2015-71.

BOSTROM, Nick. *Superintelligence: paths, dangers, strategies*: OUP, 2014.

BRASIL. *Relatório nacional voluntário sobre os objetivos de desenvolvimento sustentável*. Presidência da República do Brasil, 2017.

CHANNEL, David. *A history of technoscience: erasing the boundaries between science and technology*. Routledge, 2017.

HERN, Alex. *Elon Musk says AI could lead to third world war*. *The Guardian*, 4 Set. 2017 Disponível em: www.theguardian.com/technology/2017/sep/04/elon-musk-ai-third-world-war-vladimir-putin. Acesso em: 3 mar. 2018.

IEL/CNI. Projeto indústria 2027: riscos e oportunidades para o Brasil diante de inovações disruptivas, Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/cni/canais/industria-2027>. Acesso em: 3 mar. 2018.

LUCCHI, Nicola. The impact of science and technology on the rights of the individual: Springer, 2016.

LAAS-MIKKO, Katrin; SUTROP, Margit. How Do Violations of Privacy and Moral Autonomy Threaten the Basis of Our Democracy? In. DELGADO, Ana (Ed). Technoscience and Citizenship: Ethics and Governance in the Digital Society: Springer, 2016.

MANDEL G. History lessons for a general theory of law and technology. MINN. J.L. SCI. & TECH. 2007;8(2):551-570.

MOUSOUTZANIS, Aris. Fin-de-Siècle Fictions, 1890s/1990s: Apocalypse, Technoscience, Empire: Palgrave Macmillan, 2014.

OECD. The OECD Innovation Strategy: Getting a Head Start on Tomorrow, 2010.

SIMONDON, Gilbert. Du modo d'existence des objets techniques. Edition augmenté: Aubier, 1989.

SIMONDON, Gilbert. Sur la technique (1953-1983): Presses Universitaires de France, 2014.

UN. World population prospects 2017: key findings and advance tables, 2017.

UN. World Health Organization. World Health Statistics 2016: Monitoring health for the SDGs, 2016.

UNDP Annual Report. Partnerships to Fight Poverty, 2001.

USA. Strategy for American Innovation, 2015.

JAPAN. I-Japan Strategy 2015: Striving to Create a Citizen-Driven, Reassuring & Vibrant Digital Society, 2015.

WIENER, Norbert. *Cybernetics: or the Control and Communication in the Animal and the Machine*: MIT, 1965.

POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO ÀS PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: PERSPECTIVAS DESDE O MARANHÃO

DOI10.55339/9788560757244002

Karla Andrea Santos Lauletta
Thaís Janaina Wenczenovicz

1 INTRODUÇÃO

O estudo sobre políticas públicas no Brasil é tema recorrente em diversas áreas do conhecimento e temática muito discutida em espaços públicos como um ponto de inflexão para a crítica aos governos de posição, que ao largo das intencionalidades de críticas, tem o consenso de tratar-se de tema complexo e importante. Complexo por ser contextualizado numa sociedade contemporânea, em que há finitude de bens visto viver numa sociedade globalizada e capitalista. Sabe-se que a ausência de políticas públicas pode encaminhar o caos nas sociedades.

As políticas públicas são mecanismos através dos quais tenta-se administrar os conflitos de uma sociedade caracterizada por grandes diferenças sociais. Indica a seu turno diversas mediações, articulações e coalizões de forças e interesses sociais em disputa nessa sociedade e que perpassam necessariamente em torno da política econômica.

Assim, conforme esclarece Rúa (2014), a política é um conjunto de ações formais e informais (contemplam arcabouços jurídicos e institucionais) que expressam relações de poder (contradições típicas existentes numa sociedade de classes) e que se destinam à resolução pacífica dos conflitos quanto aos bens públicos (inseridas as necessidades sociais coletivas e o exercício de direitos fundamentais).

A relação entre política e Estado encontra-se em sua natureza. As políticas são públicas (e não privadas) e isso quer dizer que o público não se relaciona com a sua abrangência (se atende a universalidade ou se é focada em determinadas frações de classe), mas sim, e necessariamente, com sua natureza imperativa, na medida que é uma característica central da atividade política, para a qual o Estado, ficticiamente fora criado, estando as decisões e ações revestidas de soberania do poder público (RUA, 2014).

O presente capítulo de livro objetiva analisar a Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional proposto pelo Conselho Nacional de Jus-

tiça como exemplo de política pública cujo pressuposto ou fundamento dialoga com as perspectivas de que a responsabilidade social não é um atributo exclusivo do Poder Executivo ou mesmo do Estado, e sim, uma responsabilidade social de todos, conforme previsão contida no parágrafo único do art. 193, da Constituição Federal de 1988.

A primeira parte aborda a necessária (re)centralidade do Estado enquanto planejador e (re)estruturador de suas instituições para que haja desenvolvimento econômico com inclusão social dos cidadãos, o que efetivamente se alcança com a amplitude das políticas públicas que em regimes democráticos necessitam cada vez mais de práticas jurídicas efetivas e democraticamente institucionalizadas.

A segunda traz, ainda que de forma reduzida, um panorama do desenho da política escolhida com a identificação dos planos macro, micro e mesoinstitucional ali encartados.

A terceira e última parte abordará elementos da diretriz específica da Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional no que se refere ao acesso ao mercado de trabalho, através da qualificação profissional, a partir do viés teórico crítico do Estado capitalista gerido por uma ideologia neoliberal e sobre a fundamentalidade do trabalho

Enquanto procedimento metodológico utiliza-se do bibliográfico-investigativo, com assente em leituras que se afluam ao materialismo histórico dialético – parte do concreto pensado (realidade social) para reconhecer a interdependência dos fenômenos sociais que compreende a centralidade das categorias Estado e trabalho.

2 POLÍTICA PÚBLICA E O ESTADO PLANEJADOR DE UM “NOVO DESENVOLVIMENTISMO”

Dentre os diversos debates sobre a etimologia e conceito do termo ‘política e política pública’, assinala-se que o conceito de *policy*, *politics* e de *polity* são entendidas pela Ciência Política como dimensões das Políticas Públicas. De acordo com Frey (2000), para a ilustração dessas dimensões tem-se adotado o emprego dos conceitos em inglês de *polity*, para denominar as instituições políticas; *politics* para os processos políticos e, por fim, *policy*, para os conteúdos da política.

Sendo assim, a dimensão institucional *polity* se refere à ordem do sistema político delineada pelo sistema jurídico e a estrutura institucional do sistema político-administrativo; no quadro da dimensão processual ‘politics’ se tem em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à

imposição de objetivos, aos conteúdos e as decisões de distribuição; a dimensão material ‘policy’ por sua vez, concerne-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas. A política social é, ao seu turno, uma modalidade de política pública e pode ser compreendida como:

[...] ações concretas do Estado direcionadas para a produção ou distribuição de bens e serviços sociais e que estão voltadas para a reprodução do trabalhador. Através das Políticas Sociais o trabalhador repõe certos desgastes de sua força de trabalho; obtém: benefícios ou serviços que contribuem para a sua reprodução e da sua família, elas ajudam à manutenção do trabalhador quando este está fora do mercado de trabalho, seja por desemprego, doença ou ainda por aposentadoria. Portanto, as Políticas Sociais surgem para cobrir os riscos ou contingências inerentes à vida e para corrigir as falhas do mercado. É pelo reconhecimento de que a relação capital X trabalho é: desigual, conflituosa, gera riqueza, pobreza e insegurança que elas se tornam necessárias. Daí porque se diz que as Políticas Sociais são mecanismos voltados para a reprodução da força de trabalho, reprodução que se inscreve nas relações sociais de produção privada do trabalho (PEREIRA, 2006, p. 2).

A partir desses conceitos, pode-se afirmar que a política social é um instrumento através do qual o Estado assegura (ou deve assegurar) o acesso a direitos expressos na forma de bens ou serviços, a todo e qualquer cidadão. Sobretudo, àqueles que estejam sofrendo privações, podendo então assumir o formato de ações transitórias ou definitivas. As definitivas podem ser identificadas como ações direcionadas às pessoas que sofrem uma redução ou perda de sua renda, como no caso de invalidez; as transitórias, quando se voltam para o atendimento de situações decorrentes de incapacidade temporária, como doença (circunstância individual) ou recessões econômicas (circunstância coletiva).

Assim, pode-se inferir a fundamentalidade das políticas públicas para essas sociedades, sendo mais que um conteúdo de decisões políticas, afigurando-se como uma espécie de “direito coletivo instrumental”, o que traz a problemática de se pensar em uma teoria jurídica das políticas públicas.

No Brasil tem se desenvolvido a ideia de identificar e descrever problemas de

políticas públicas a partir da análise de estruturação jurídica dos programas de ação governamental em seu contexto político-institucional. A questão sobre o desenvolvimentismo – seu conteúdo – está associada ao desenvolvimento de um país². Primeiramente analisado como suposto processo de “não desenvolvimento” de países latino-americanos, essa categoria se dissociaria do conteúdo estudado em “países centrais” – desenvolvidos.

Ao contrário do que ocorre nesses países, o “não desenvolvimento” dos países latinos não está associado a momentos de crise, mas sim, a uma “falta de progressividade” na economia. Trata-se da constatação da diferença estrutural na ordem econômica internacional que leva à concepção de que os países da América Latina vivenciam um “atraso” em relação aos países centrais.

Surgem assim, em especial a partir de 1950, vastos estudos e autores com dedicação sobre o tema. Pode-se destacar, dentre muitos, os estudos de Celso Furtado³ sobre o desenvolvimento de países da América Latina e sua interpretação sobre o papel do Estado, que orientaram a forma de pensar a economia e sociedade brasileiras. Sua teoria de intervenção do Estado em moldes keynesianos influenciou na ideologia do desenvolvimento, servindo de referência para o plano de metas de Juscelino Kubitschek. Para ele, o desenvolvimentismo seria uma resposta ao que ele próprio nominou de subdesenvolvimento do país. Para Oliveira (1997), Furtado considerava que a industrialização completaria o projeto nacional sob o raciocínio de que:

A existência de Estados nacionais não é indiferente às relações com o imperialismo, e que essas relações não são avenidas de mão única. Isto é, havia possibilidade para uma inserção autônoma nos quadros da divisão internacional do trabalho capitalista, justamente o cavalo-de-batalha em torno do qual começou a erigir-se o edifício cepalino, com sua denúncia de deteriorização dos termos de intercâmbio como sugadora dos excedentes produzidos pelos países produtores

2 Por sua vez, para fins do estudo do desenvolvimento econômico, uma economia nacional engloba um *sistema político*, isto, é centro de decisão política com certo grau de autonomia, e um *sistema econômico*, isto é, um conjunto de atividades econômicas formando um todo com certo grau de coerência (FURTADO, 2008, p.31).

3 Celso Furtado foi economista, construtor da teoria do subdesenvolvimento, como uma forma específica de desenvolvimento capitalista; Diretor da Divisão de Desenvolvimento da CEPAL(1949-57), Diretor do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (BNDE) (1958-59); No Governo de Juscelino Kubitschek, elaborou o Plano de Desenvolvimento do Nordeste, que deu lugar à criação da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE), órgão que dirigiu por cinco anos (1959-64); no Governo João Goulart, foi o primeiro titular do Ministério do Planejamento (1962-63); Embaixador do Brasil junto à Comunidade Econômica Europeia (1985-86), em Bruxelas, e Ministro da Cultura do Governo Sarney (1986-88).

de matérias-primas, que retiravam permanentemente essa dependência. A industrialização teria o condão de romper com o círculo vicioso (OLIVEIRA, 1997, p.18).

Contudo, a história brasileira demonstrou que o patamar de desenvolvimento econômico e social não pode ser conquistado ao arrepio das condições democráticas e sem os necessários limites que todo e qualquer poder deve ter.

O regime de legalidade no exercício do poder é indispensável à implantação de uma democracia, onde aquele deve ser exercido por vários atores/instituições, incluindo a sociedade.

Para Bucci (2013), o “novo desenvolvimento” está sendo demandado com as conquistas sociais que tem reclamado maior eficiência das políticas sociais sendo imprescindível uma reestruturação das instituições.

Segundo a autora, “A demanda pelo Estado, nos países em desenvolvimento, é mais específica, reclamando um governo coeso e em condições de articular a ação requerida para a modificação das estruturas que reproduzem o atraso e a desigualdade”. (BUCCI, 2013, p.33).

Partindo de uma análise das condições materiais da sociedade brasileira, a autora reconhece que:

[...] as demandas por proteção aos direitos e aos valores da cidadania, da democracia e da sustentabilidade social passou a reclamar a integração das dimensões política e jurídica no interior do aparelho do Estado, combinando as esferas da Administração Pública e do governo; a política imbricada com a técnica, a gestão pública institucionalizada e regrada pelo direito. A face política do governo vai se revestindo cada vez mais de uma tecitura jurídica.” (BUCCI, 2013, p.34)

Sob a ideia da sociedade em desenvolvimento, a autora aposta na inovação governamental, na necessidade de compreender o funcionamento do governo como condutor dos processos de transformação, da necessidade de arranjos institucionais para o atendimento de direitos de forma direta ou por meio iniciativas coordenadas pelo Poder Público.

Para fins de instrumentalizar sua teoria, a autora segmenta a análise da política pública em três planos de aproximação: macro, micro e mesoinstitucional, tendo como hipótese necessária a relação entre a política como força originária que se

exterioriza no governo e em sua forma institucionalizada pelo direito, o qual se reconhece no Estado com suas estruturas e funcionalidades. (BUCCI, 2013, p. 37)

Em apertada síntese, o *plano macroinstitucional* se identifica com o governo na tensão entre política e políticas públicas, destacando a função do Estado como impulsionador das políticas públicas, estas como o Estado em movimento sob a compreensão de que em democracias maduras a relação entre política e gestão encontra-se mediada pelo direito.

O plano micro-institucional identifica-se como programa de ação governamental. Seria a processualidade, onde os agentes públicos e privados se movimentam para obter a decisão e a execução das políticas. Inseridos nesses processos, a autora identifica a existência de processos estruturantes de atuação do Poder Público, que são a organização interna da atividade administrativa (processo administrativo), a defesa judicial das demandas por realização e implementação de políticas públicas (processo judicial), a participação do governo na elaboração das leis (processo legislativo) e a alocação de meios para as políticas públicas (processos orçamentários e de planejamento). (BUCCI, 2013, p.40)

O plano mesoinstitucional se identifica com os arranjos institucionais, *locus* de análise em que aparece a importância das normas, eis que estas definem a identidade entre o ordenamento jurídico e a instituição e de onde se expressa a noção de objetivação. Para a autora, essa noção de objetivação é importante porque se combina com a identificação do papel das subjetividades, as quais confere a produção de inovações institucionais que respondem às demandas de identificação de um problema social e as alternativas para sua superação. (BUCCI, 2013, p.41)

Observa-se, assim, que dentro da teoria jurídica das políticas públicas a figura do Estado é indispensável, em momentos em que predomina sua função e outros em que predomina seu papel, mas sempre identificado como um Estado planejador, reestruturador, catalisador de atores, weberiano, a quem se deve atribuir o desenho da política pública.

Nessa teoria não há nada de novo, exceto o enfoque para sedimentar a sustentabilidade jurídico-política que sempre foi necessária para a existência de toda e qualquer política pública. A insistência nesse enfoque serve, para fins desse ensaio, para institucionalizar a atuação do Poder Judiciário em sua dimensão atípica de atuação, através das chamadas políticas judiciárias, o que não pode estar isento de análise crítica.

3 POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO ÀS PESSOAS EGRESSAS DO SISTEMA PRISIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado através da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, como órgão de controle externo da Magistratura com a criação de ouvidorias para o recebimento de reclamações (arts. 52, II; 92, I-A, e § 1.º; 102, I, “r”; 103-B, e art. 5.º da EC n. 45/2004).

Em paralelo a essa competência constitucional, o CNJ tem desenvolvido e se destacado na promoção de políticas públicas, as chamadas políticas judiciárias, sinalizando para uma judicialização das políticas públicas. A noção do Poder Judiciário atuando exclusivamente em sua atividade judicante não encontra mais respaldo nas democracias contemporâneas, vez que cada vez mais o protagonismo do Poder Judiciário tem direcionado a implementação de políticas públicas em todos os campos da tecitura social.

O CNJ tem se consolidado como órgão central de planejamento e coordenação de políticas judiciárias nacionais que visam uniformizar, racionalizar e automatizar procedimentos e processos necessários ao aprimoramento da prestação jurisdicional, como também ampliar o acesso à justiça e contribuir para a efetivação de direitos, a pacificação social e o desenvolvimento do país. (CNJ, 2021)

A definição de política judiciária encontra-se encartada nos diversos documentos produzidos pelo CNJ, a saber,

[...] entende-se por política judiciária nacional, a política instituída pelo CNJ, de caráter contínuo ou de vigência determinada, que impulse o desenvolvimento pelos órgãos do Poder Judiciário de programas, projetos ou ações voltadas à efetivação da Estratégia Nacional do Poder Judiciário. (CNJ, 2021, p. 3)

Em regra, a atuação do Poder Judiciário ocorre diante de uma lacuna legislativa ou mudança de paradigma e interpretação das normas jurídicas para fins de efetivar a justiça ao caso concreto, a exemplo da possibilidade de casamento entre pessoas não binárias; a utilização do nome social a pessoas trans, travestis e transexuais usuárias dos serviços judiciários; dentre outros temas.

Contudo, o CNJ tem expandido sua atuação para identificar o que, dentro da sua própria “processualidade interna” chamou de “janelas de oportunidade”, como sendo as circunstâncias internas ou externas, que chamam atenção para uma

dada questão-problema e, assim, permitem ou facilitam o ingresso de um assunto na agenda do órgão. (CNJ, 2021, p.7)

Para fins dessa reflexão, escolheu-se a Política de Atenção às Pessoas Egressas, por ser um caso típico de protagonismo do Poder Judiciário em um tema exaustivamente regulamentado, discutido e pensado pelos demais Poderes Legislativo e Executivo e pela sociedade civil.

A Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional brasileiro é fruto de parcerias importantes com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, o Sistema de Justiça brasileiro, Estados e Municípios e redes parceiras. Subsidiado por vasta normas jurídicas, desde Convenções e Tratados internacionais, Constituição Federal, Lei de Execução Penal, Código Penal, até atos administrativos importantes como Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Programa Nacional de Direitos Humanos e Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, apresenta um desenho próprio com diretrizes e princípios específicos direcionados à pessoa egressa e metodologia em que se prioriza a articulação com entidades da chamada rede de atendimento, através de Termos de Cooperação, o que, em tese, poder-se-ia identificar como espécies de arranjos institucionais.

Pensada no ideário ético de reconhecimento dos diferentes processos de construção da desigualdade social e da universalidade dos direitos socialmente construídos, a Política Nacional de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional do CNJ admite a seletividade do sistema de justiça penal e se orienta pelos seguintes princípios: *liberdade como valor ético presente em todo o processo de atendimento da pessoa egressa; interdependência e transversalidade dos direitos; autonomia dos/las usuá-rios/las e de seu protagonismo na definição e condução de seu projeto de vida e respeito à diversidade.*

Citada Política prevê arranjos institucionais através da participação de todos os setores do sistema de justiça penal, das políticas sociais e da sociedade civil orientados pelos princípios da *inserção, participação e articulação nos espaços de controle social e nas lutas coletivas; responsabilidade compartilhada entre os entes federativos e Intersetorialidade das políticas públicas e sociais; centralidade de execução no âmbito do município; sociedade civil como partícipe, intervenção fundamentada no respeito à singularidade das pessoas e comprometida com a ampliação de direitos e perspectiva interdisciplinar no conhecimento e na intervenção da realidade.*

Como toda política pública, há uma clara definição da responsabilidade do Estado, compartilhada entre as três esferas do Poder Público com previsão detalhada

de um programa que se inicia nos últimos 6 (seis) meses de custódia do pré-egresso com a indicação das atribuições no âmbito federal, estadual e municipal e seus respectivos aparelhos para que os serviços sejam executados.

Dentre esses serviços, encontram-se ações afirmativas para a inclusão produtiva e geração de trabalho e renda para as pessoas egressas, nos termos da Diretriz 16^a:

16º Diretriz. Deverão ser implementadas ações afirmativas para inclusão produtiva e geração de trabalho e renda para pessoas egressas, especialmente por meio da reserva de percentuais mínimos de vagas para egressos nas concessões de serviços públicos para a iniciativa privada, na execução de obras e serviços públicos por empresas particulares, nas Parcerias Público-Privadas e nos contratos de prestação de serviços de empresas particulares para os Poderes Públicos. (CNJ, 2021, p. 71)

A implementação e execução dessas ações impescindem da articulação de iniciativas populares de geração de renda e redes formais de apoio ao trabalho e qualificação profissional visando o encaminhamento para vagas de trabalho e diante da ausência de formação profissional, a Política prevê arranjos institucionais com as Secretarias de Educação Profissional e Tecnológica do Ministério da Educação; com o Sistema “S”, através do Departamento Penitenciário Nacional, por meio de convênio e outras formas de fomento; e a Rede Federal de Educação Profissional, composta pelos Institutos Federais para a população de baixa escolarização e de baixa aprendizagem profissional. Além dessas ações há a possibilidade de fomento nos campos da economia solidária, do microcrédito e do empreendedorismo, a exemplo de Cooperativas sociais.

Assim, observa-se que na Política de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional brasileiro o plano macroinstitucional pode ser aferido na preocupação do Estado brasileiro no crescimento contínuo da população carcerária e reincidência, bem como as consequências do processo de encarceramento, onde se observa que a segregação traz como consequências o adoecimento do corpo, da mente e a discriminação/etiquetamento que acompanha o egresso por toda a vida. Fruto desse etiquetamento, destaca-se a exclusão do egresso ao mercado de trabalho, objeto da principal crítica neste ensaio.

O plano microinstitucional na Política de Atenção identifica-se com o programa apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça o qual detalha os atores e suas

respectivas atribuições e processos. Desde a identificação das “janelas de oportunidade”, dos atores que comporão a rede de apoio e os respectivos instrumentos.

O plano mesoinstitucional é expresso pelos arranjos institucionais citadas no respectivo Plano e que visa à regulação das condutas dos atores dessa política, dando-lhes a legitimidade, através das normas jurídicas e Termos de Cooperação entre os atores envolvidos.

A execução dessa Política vai se materializar através das redes de apoio onde, como já mencionado, oferecerão, conforme escolhido neste ensaio, qualificação profissional para o acesso ao mercado de trabalho pelos egressos do sistema.

No Complexo Penitenciário de São Luís, no Estado do Maranhão (Pedrinhas), a Lei nº. 10.182/2014 institui a Política Estadual de Inserção de Egressos no Sistema Prisional no Mercado de Trabalho, nominada “Começar de novo”, que prevê cotas de contratação de egressos pelas empresas em contratar com o Estado do Maranhão.

Os cursos de capacitação oferecidos são fábrica de móveis em mdf, fábrica de reforma de conjuntos escolares, lavanderia, fábrica de estofados, malharia e serigrafia, padaria e panificação, corte e costura industrial, artesanato, artefatos de concreto, blocos e tijolos, etc.

Registre-se nesse ensaio a dificuldade de acesso a dados quanto à quantidade de vagas, percentagem de sucesso dos egressos ao mercado de trabalho como consequência dos cursos finalizados, eis que no sítio eletrônico da Secretaria de Penitenciária do Maranhão e da própria Unidade de Monitoramento do Sistema Carcerário não disponibilizam citados dados.

Dessa forma buscaram-se eventuais dados constantes de estudos sobre a matéria, que em regra, analisa a qualificação da mão de obra ou educação para o trabalho e empreendedorismo dos egressos do Sistema Penitenciário no Maranhão sob um ponto de vista pontual, com a escolha de um programa específico.

Essa foi a hipótese do Projeto Social de Certificação Profissional que ofereceu o curso de educação profissional na modalidade de Formação Inicial e Continuada de Trabalhadores, estruturado com os seguintes temas: Higiene e Segurança do Trabalho, Relações Humanas, Empreendedorismo, Ética, Conhecimentos básicos em agricultura, Conhecimentos básicos em zootecnia, Conhecimentos básicos em indústrias rurais e Gestão Agropecuária. (BRAGA, 2020).

A metodologia aplicada neste projeto foram ações de: acompanhamento, monitoramento, execução das atividades de capacitação e avaliação. Os alunos foram distribuídos nas Unidades de Ensino e Produção (UEP), de forma que cada um

passasse um período compreendido de 60 dias necessários e suficientes para o devido aprendizado. Esses procedimentos se deram até que todos tivessem passados por todas as Unidades de Ensino da Instituição. Ao concluir o curso a pessoa deixa de ser egressa do sistema prisional e passa a ser egressa da educação profissional. (BRAGA, 2020)

Na exposição de seus resultados, o projeto executado no Maranhão foi exitoso em seus objetivos, porém sem apoio financeiro e político não houve abertura de novas turmas. Quanto à inserção dos ex-egressos no mercado de trabalho no Maranhão em relação a esta capacitação, dos oito que terminaram o curso, cinco foram contratados por empresas que prestavam serviços para a Instituição, sendo que um deles ainda trabalha na escola. (BRAGA, 2020).

Em análise ao Relatório apresentado pelo Departamento Penitenciário no período de julho a dezembro de 2021, o mais atualizado e disponível traz dados de pessoas privadas de liberdade em atividades laborais sem, contudo, assinalar que estas vagas foram precedidas de curso de profissionalização.

Tabela 1 – Dados de Pessoas Privadas de Liberdade e Laboralidade

População carcerária no Maranhão				13.098
Pessoas privadas de liberdade em atividades laborais	Homens	Mulheres	Total	
Quantidade de pessoas em vagas obtidas por meios próprios e/ou sem intervenção do sistema prisional	181	2	183	
Quantidade de pessoas em vagas disponibilizadas pela administração prisional em parceria com a iniciativa privada	167	29	196	
Quantidade de pessoas em vagas disponibilizadas pela administração prisional em parceria com outros órgãos públicos	6342	221	6.563	
Quantidade de pessoas em vagas disponibilizadas pela administração prisional em parceria com entidade ou organizações não governamentais sem fins lucrativos	-	23	23	
Quantidade de pessoas em vagas disponibilizadas pela administração prisional como apoio ao próprio estabelecimento (alimentação, limpeza, etc.) Total (trabalho interno)	1102	55	1.157	
Total de pessoas do sistema em atividades laborais				8.122

Fonte: Departamento Penitenciário Nacional – 11º Ciclo – INFOPEN, 2021

A análise dos dados acima informa que há uma tendência de descontinuidade

de cursos de aprendizagem ainda que estes deem resultados positivos e que mais da metade da mão de obra da população carcerária encontrava-se em dezembro de 2021, ocupada, seja na iniciativa privada como na esfera pública.

Percebe-se ainda que dos cursos oferecidos todos são cursos que, pela baixa escolaridade e por estarem à margem dos sistemas produtivos, não inserem os egressos em vagas de trabalho que lhes possibilite uma melhor remuneração, ou mesmo, acesso ao mercado de trabalho.

Referido fenômeno reafirma a reprodução da escola dualista que, em que pese a aparência unitária e unificadora, é uma escola dividida em duas, correspondente à divisão da sociedade capitalista em duas classes fundamentais: o proletariado e a burguesia. O aparelho ideológico escolar representa, assim, “uma unidade contraditória de duas redes de escolarização” em que o papel da escola é impedir o desenvolvimento da ideologia do proletariado e a luta revolucionária. Dessa forma, não cabe dizer que a escola qualifica diferentemente o trabalho intelectual e o manual e sim que ela qualifica o trabalho intelectual e desqualifica o trabalho manual, na medida em que sujeita o proletariado à ideologia burguesa sob um disfarce de pequeno-burguês (SAVIANI, 2012).

Constata-se, portanto, uma seletividade que sequer integra a necessidade da lógica do capital, mas sim, para a informalidade, para o empreendedorismo, sendo, portanto, questionável o discurso da qualificação e a garantia de acesso ao mercado de trabalho que asseguraria a não reincidência no crime.

Entende-se, pois, que se, conforme afirmam Rusche e Kirchheimer (2004, p. 18-20), há uma relação histórica entre o sistema punitivo, as condições sociais e a estrutura do mercado de trabalho, há, também, uma reciprocidade entre as formas punitivas e as relações de produção desenvolvidas a partir da colonização imposta pelo capitalismo mundial, que articulou em torno do si todas as formas de controle e exploração do trabalho.

4 DIREITO AO TRABALHO NO ESTADO CAPITALISTA

O sentido do trabalho precisa ser resgatado, para que haja reflexão sobre sua essência e necessidade nos tempos atuais, face as profundas transformações, tanto no aspecto material quanto na subjetividade das relações que transitam na forma de *ser* e de *existir* da condição humana.

Segundo Lukács (2013, p. 41), a categoria trabalho tem *status* de centralidade na ontologia do ser social, na medida em que este é um fenômeno originário, como

protoforma do ser social e que, embora surja simultaneamente com a sociabilidade, a primeira divisão do trabalho e a linguagem, estes, encontram sua origem no próprio ato laborativo. Para o autor húngaro, o ser humano busca a produção e reprodução da sua vida societal através do trabalho. Nota-se, na análise desses grandes autores, que o trabalho para o ser humano é o instrumento que o possibilita se reproduzir socialmente. Parte-se de uma noção primitiva e limitada, segundo a qual “por meio do ato laborativo, objetos naturais são transformados em coisas úteis” (ANTUNES, 2009, p. 139) e que evolui para a compreensão de que o trabalho se apresenta como mediação na práxis social.

É “o homem como ser vivo, não só biológico, mas ao mesmo tempo membro trabalhador de um grupo social” (LUKÁCS, 2013, p.44), reagindo ativamente ao meio ambiente e às mudanças do mundo exterior ao invés de adaptar-se a elas, passivamente.

Assim, Lukács (2013, p. 47) demonstra que é fundamental não somente compreender o papel ontológico do trabalho, mas apreender também sua função na constituição do ser social, como ser dotado de autonomia, como modelo da práxis social. Por essa nova dimensão do pôr teleológico, perpassa outras questões como a linguagem, a liberdade, a divisão do trabalho e a carga valorativa desse ser social inserido numa sociedade.

Lukács (2013), em aprofundamento teórico sobre a categoria trabalho pontua que:

O trabalho e as relações materiais de produção social da existência, independente da forma histórica que assumem, são fundantes da especificidade humana, na medida em que é pelo trabalho que a espécie humana se reproduz. O sujeito humano se contrapõe e se afirma como sujeito, num movimento realizado para dominar a realidade objetiva: modifica o mundo e se modifica a si mesmo. Produz objetos e, paralelamente, altera sua própria maneira de estar na realidade objetiva e de percebê-la. E o que é fundamental – faz a sua própria história (LUKÁCS, 2013, p. 427).

É através do trabalho que se oportuniza ao homem criar para si uma forma nova de ser, bem específica, que é a sociabilidade. Pode-se afirmar que “o homem que se tornou social é o único ser existente que – em proporção crescente – produz e aprimora ele mesmo as condições de interação com o seu meio ambiente”

(LUKÁCS, 2013, p. 431).

Ao perceber a importância do trabalho na construção da sociabilidade, passa-se a visualizar o homem, não sob um aspecto individualizado, e sim, compreendendo sua importância enquanto sujeito histórico e social, em que sua natureza e também sua individualidade “são tecidas pela materialidade concreta do conjunto de relações sociais historicamente possíveis” (FRIGOTTO, 1992, p. 102).

A divisão social do trabalho no sistema de produção capitalista é marcada por um sistema de valoração objetiva do trabalho, que desconsidera o trabalho como categoria ontológico-fundante do ser social, e na expressão que lhe é conferida, promove o estranhamento do homem com o seu próprio trabalho.

No âmbito jurídico, a Constituição Federal de 1988 coloca a categoria trabalho numa matriz ideológica social, emprestando-lhe um caráter civilizatório da nação brasileira. Não por acaso, o art. 1º elenca como fundamento “os valores sociais do trabalho”. Contudo, nos países periféricos ao núcleo orgânico do capital, a gestão estatal da força de trabalho se expressa de múltiplas formas: através das políticas públicas de profissionalização alinhadas ao apelo ideológico da empregabilidade consubstanciada na “teoria do capital humano” (SCHULTZ, 1973; MINCER, 1975; BECKER, 1993) como expressão da teoria das capacidades e meritocracia.

Como consequência da governabilidade neoliberal, o Estado de forma intencional, atua nas relações mercantis, sendo essencial para a reprodução capitalista. É nesse cenário que a política de profissionalização brasileira reproduz a força de trabalho através da disciplina do trabalho e da insegurança do emprego, oferecendo cursos ou capacitação que os capacitam para empregos mal remunerados ou os capacitam para o empreendedorismo e a responsabilidade social de indivíduos e empresas.

De acordo com Antunes (2013), o novo modelo produtivo passa pela maior integração entre trabalho vivo e trabalho morto, assumindo como consequência os seguintes contornos: a) a convergência de trabalho vivo em trabalho morto; b) a redução do trabalho chamado improdutivo, relacionado às atividades de gerência e supervisão; c) a redução dos tempos improdutivos no processo de trabalho; e d) a ampliação do trabalho imaterial, este dotado de maior dimensão intelectual nos setores produtivos e de serviços. Essas tendências se dão de forma diferenciada em função da divisão capitalista do trabalho que assume um caráter desigualmente combinado.

Nesse contexto, ao analisarem as políticas de qualificação profissional, autores como Frigotto (2010) e Oliveira (2003) destacam que no Brasil ocorreu o fenôme-

no da “desqualificação”, fruto da exigência de adequação às mudanças ocorridas no âmbito do capitalismo global (mudanças no setor produtivo e globalização econômica), em detrimento de uma educação profissional na perspectiva de formação da classe trabalhadora. Sendo essa consequência, na realidade, a essência do capitalismo atual: a funcionalidade do trabalhador desqualificado, ou seja, a busca pela produtividade da escola improdutiva (FRIGOTTO, 2010, p. 250).

Para o Banco Mundial (BM), o melhor avaliador e orientador dos recursos humanos para o desenvolvimento econômico é o próprio empresariado. Argumenta ser obsoleta a intervenção estatal na formação profissionalizante, em virtude de direcionar seu processo de formação alheio às necessidades reais do mercado. Desta forma, a melhor maneira de estimular e garantir que a formação de recursos humanos seja apropriada aos interesses do empresariado é assegurar-lhes o controle da formação de novos trabalhadores (OLIVEIRA, 2003). Como consequência lógica, o BM propõe que educação profissional tenha uma estrutura modular (de curta duração), permitindo aos estudantes uma inserção imediata no mercado de trabalho para que estes possam, aos poucos, aprimorar este processo formativo, ou seja, naturaliza-se a fragmentação da educação profissional.

No caso da Política de Atenção aos Egressos no Maranhão, em relação à qualificação profissional, restou demonstrado que os cursos oferecidos não capacitam os egressos ao mercado de trabalho de forma satisfatória. Em verdade, pode-se afirmar que precariza a mão de obra que comporá o exército de reserva e dificilmente cumprirá com o seu propósito de ressocialização do apenado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente capítulo trata de uma aproximação sobre a Política de Atenção aos Egressos do Sistema Penitenciário no Estado do Maranhão contendo algumas preocupações iniciais: o fato de ter sido promovido e elaborado como uma política pública do Conselho Nacional de Justiça e ter dentre suas diretrizes a qualificação profissional para os egressos e, conseqüentemente, a natureza dos cursos ofertados e o nível de aderência entre estes cursos e o acesso ao mercado de trabalho.

À luz de uma teoria jurídica das Políticas Públicas, observou-se que a Política objeto do presente estudo, em uma primeira análise, apresenta os planos macro, micro e mesoinstitucionais bem definidos e que a iniciativa desta por um órgão que compõe o Poder Judiciário, ainda que atuando de forma atípica, não descaracteriza a Política Pública, a uma, porque a própria Constituição Federal no

parágrafo único do art. 193, afirma expressamente que o Estado exercerá a função de planejamento das políticas públicas, não sendo exclusividade do Poder Executivo; a duas, porque trata-se de uma política judiciária direcionada a pessoas egressas que estão e estiveram sob a custódia do Poder Judiciário.

Identificados os planos acima referenciados, observou-se que o plano meso-institucional é o que expressa os arranjos institucionais, que na presente política prevê uma rede de apoio e no caso específico da 16ª Diretriz, referente à qualificação profissional, conta com a participação de instituições de ensino e escolas de profissionalização das redes pública e privada.

Antes de detalhar a natureza dos cursos ofertados, o presente capítulo destacou a importância da categoria trabalho para o ser humano, para fins de reconhecer que a escolha dos gestores da política por cursos profissionalizantes direcionados para o mercado de trabalho ou mesmo para uma autonomia, entendida como empreendedorismo, atende muito mais à lógica do capitalismo do que, necessariamente, a dar condições concretas de mudança real na vida dessas pessoas.

Contudo, ao analisar os dados apreendidos da execução do Projeto Social de Certificação Profissional que ofereceu o curso de educação profissional na modalidade de Formação Inicial e Continuada de Trabalhadores, estruturado com os seguintes temas: Higiene e Segurança do Trabalho, Relações Humanas, Empreendedorismo, Ética, Conhecimentos básicos em agricultura, Conhecimentos básicos em zootecnia, Conhecimentos básicos em indústrias rurais e Gestão Agropecuária.

Observou-se, ainda, que o curso de formação possa ter dado resultados favoráveis, pelo empenho dos egressos e pelo ingresso destes no mercado de trabalho, entretanto, não houve continuidade no citado Programa por falta de interesse do gestor público. Acrescenta-se, ainda, em relação aos dados mais recentes de acesso a vagas de trabalho em relação ao Sistema Penitenciário no Maranhão, que os cursos oferecidos são, em regra, cursos que requerem baixa escolaridade e são destinados ao empreendedorismo, como por exemplo, marcenaria, fabricação de blocos de concreto, artesanato, corte e costura, padaria e confeitaria, que sequer atende aos interesses do mercado de trabalho, ainda que seja para acesso a empregos com carteira de trabalho precários.

Assim, em que pese o discurso de ressocialização e inclusão social, denota-se que há, em verdade, uma precária capacitação de mão de obra que vai compor a massa de reserva numa sociedade capitalista, agravando o viés do ensino dualista (aprendizagem diferenciada para as classes sociais), sendo funcional e reprodutor da lógica capitalista.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **Infoproletários**: degração real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009.
- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2013.
- BECKER, Gary Stanley. **Human Capital**: A Theoretical and Empirical Analysis, with Special Reference to Education (English Edition). London: The University Of Chicago Press, 1993.
- BRAGA, Valter Marjonny Lima. **A inclusão social e os egressos do sistema prisional**: experiências na Rede Federal de Educação Profissional e Tecnológica. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-graduação em Educação Profissional e Tecnológica do Instituto Federal do Espírito Santo. Vitória, 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. Saraiva, São Paulo, 2013.
- FRIGOTTO, Gaudêncio. Trabalho, não trabalho, desemprego: problemas na formação do sujeito. **Perspectiva**, Florianópolis, v. 10, n. 18, p.95-106, 1992. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/perspectiva/issue/view/577/showToc>. Acesso em: 10 set. 2022.
- _____. **A produtividade da escola improdutiva**: um (re)exame das relações entre educação e estrutura econômico-social capitalista. São Paulo: Cortez, 2010.
- FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria (Orgs.). Educar o trabalhador cidadão produtivo ou o ser humano emancipado? *In*: FRIGOTTO, Gaudêncio; CIAVATTA, Maria (orgs.). **A formação do cidadão produtivo**: a cultura de mercado no ensino médio e técnico. Brasília: Inep, 2006. p. 55-68.
- FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

LUKÁCS, George. **Para uma ontologia do ser social**. Livro II. Trad. Nélcio Schneider, Ivo Tonet, Ronaldo Vielmi Fortes. São Paulo: Boitempo, 2013.

MINCER, Jacob. **Education, Experience, and the Distribution of Earnings and Employment: An Overview**. [S.l.]: F. Thomas Juster, 1975. p. 71-94.

OLIVEIRA, Ramon de. O Banco Mundial e a Educação Profissional. **Informativo SENAC**, [s.d]. Disponível em: <http://www.senac.br/informativo/BTS/272/boltec272c.htm>. Acesso em: 14 set. 2022.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **(Des)qualificação da educação profissional brasileira**. São Paulo: Cortez, 2003.

PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Política social: temas e questões**. Editora Cortez, 2006.

RUA, Mara das Graças. **Políticas públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004

SCHULTZ, Theodore William. **O capital humano – investimentos em educação e pesquisa**. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

A RAZÃO PÚBLICA DA TEORIA DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE DE JOHN RAWLS COMO MEIO DE CONFERIR LEGITIMIDADE SOCIAL ÀS DECISÕES PROFERIDAS POR TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS⁴

DOI10.55339/9788560757244003

Robison Tramontina
Irenice Tressoldi

1 INTRODUÇÃO

O filósofo americano John Rawls iniciou o processo de reflexão acerca dos elementos da sua teoria social nos anos 50, que desencadeou na publicação do livro “*A Theory of Justice*” em 1971. A teoria da justiça como equidade é, portanto, uma teoria moderna de justiça, formulada para representar um contraponto ao utilitarismo que até então vinha sendo amplamente desenvolvido e difundido nos campos filosófico, sociológico e jurídico. A ideia geral da teoria da justiça como equidade, desenvolve-se a partir da escolha de princípios por pessoas livres e iguais que serão aplicados à estrutura básica da sociedade, firmando-se, assim, na ideia da sociedade como um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais ao longo do tempo, passando de uma geração para outra.

Rawls propõe que, em uma posição original equitativa, os cidadãos representativos, por trás de um véu da ignorância, escolham os princípios fundamentais aplicáveis à estrutura básica da sociedade. Depois de escolhidos os princípios fundamentais, os cidadãos representativos passam a escolher a constituição política da sociedade e as leis que regem a vida social, levantando-se paulatinamente o véu da ignorância. Ao cabo, chega-se ao exercício da jurisdição, quando o véu da ignorância já está completamente removido.

No exercício da jurisdição, as decisões judiciais, especialmente as oriundas da análise de conformação constitucional, devem seguir uma razão pública de justificação, baseada nas escolhas dos cidadãos na posição original e na vida política pública do Estado. Devem, portanto, ser independentes de doutrinas filosóficas, religiosas e morais professadas na vida privada.

⁴ Este artigo foi publicado no e-book “Pensando a justiça com Aristóteles, Martha Nussbaum, John Rawls”, organizadores Robison Tramontina, Irenice Tressoldi, Izabelle Epifânio. Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.

As decisões de um tribunal, especialmente daqueles que analisam a conformidade constitucional das leis e atos normativos do Estado, por fazerem parte do debate político público, devem ser desenvolvidas a partir de uma razão pública firmada em uma concepção política de justiça compartilhada, amplamente aceita pelos cidadãos ou a eles acessíveis. Assim, em decisões de tribunais, não há espaço para que os magistrados debatam em termos públicos –voltado à análise dos interesses e dos anseios da coletividade, no intuito de promover o bem comum –, com base em doutrinas filosóficas, morais ou religiosas particulares.

Contudo, um tribunal constitucional deve estar atento aos anseios da sociedade, consideradas as suas peculiaridades históricas e culturais. Essas peculiaridades são encontradas na cultura de fundo da sociedade, em instituições da sociedade civil, que podem fornecer parâmetros de doutrinas razoáveis abrangentes para que o tribunal interprete a constituição política da melhor forma possível.

Assim, ao mesmo tempo em que deve apoiar suas decisões em uma razão pública, um tribunal constitucional deve considerar as doutrinas razoáveis abrangentes, encontradas em uma razão não pública compartilhada por grupos sociais, para promover um debate público e plural. Com isso, identifica-se o exercício da jurisdição por um tribunal constitucional como o destino da cultura de fundo da sociedade civil, ao mesmo tempo em que é a fonte exemplar de produção da razão pública nos termos propostos pela teoria da justiça como equidade. A depender dos mecanismos nos quais o tribunal apoiar a solução dos conflitos judicializados, a razão pública da sua decisão será mais ou menos legitimada pelo consenso sobreposto da cultura de fundo da sociedade civil.

Com a temática proposta, extrai-se o seguinte problema de pesquisa: considerando o tribunal constitucional como um local propício para o debate de doutrinas abrangentes da cultura de fundo da sociedade civil, nos termos propostos por John Rawls, como se constituiria uma base adequada para formar a razão pública de um tribunal para atender o ideal de justiça?

Para investigar o tema proposto, será utilizada como estratégia argumentativa a reconstrução das ideias de posição original, doutrinas abrangentes, formação do consenso sobreposto e da razão pública na teoria da justiça como equidade. Em seguida, investigar-se-á quais as circunstâncias necessárias para que as decisões de um supremo tribunal constitucional possam ser entendidas como fonte de produção e de destino da razão pública, nos termos propostos pela teoria da justiça como equidade de John Rawls.

Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-á o método dedutivo, com investigação

qualitativa para análise de conceitos e premissas da literatura científica acerca dos temas pesquisados, especialmente nas obras “Uma teoria da justiça” e “O Liberalismo Político”, ambos de autoria de John Rawls. Pretende-se, assim, estudar os conceitos propostos pelo autor e pensar como a jurisdição constitucional brasileira poderia aproveitá-los para proferir decisões legítimas e conformes com os interesses da coletividade.

Ao final, constata-se que, ao formar a razão pública, o tribunal constitucional deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis em suas decisões, sendo, portanto, um local para discussão da razão não pública da cultura de fundo da sociedade. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas escolhas políticas. Um exemplo desse modelo de atuação na jurisdição constitucional brasileira pode ser identificado nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal que empregam o instituto do *amicus curiae*, previsto no artigo 138 do Código de Processo Civil.

2 A POSIÇÃO ORIGINAL E OS DOIS PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Antes de John Rawls formular a teoria da justiça como equidade, predominavam no pensamento filosófico anglo-saxão as teorias utilitaristas de justiça. Desenvolvidas a partir da metade do século XVIII, elas têm como principais representantes os trabalhos de David Hume (1711-1776) e de Jeremy Bentham (1748-1832). Johnston (2018) aponta que, ao longo do tempo, as teorias utilitaristas de justiça desdobraram-se em diversas vertentes, as quais, de um modo genérico, são permeadas pela ideia de que a noção do bem independe e precede a ideia de justiça, com a qual buscam promover o bem-estar do maior número de pessoas, mesmo que isso represente sacrifícios por parte de setores menos representativos. Esse viés acabou provocando questionamentos acerca da efetiva promoção de justiça na sua aplicação, relacionados, principalmente, às renúncias que deveriam ser feitas por grupos sociais menos representativos para maximização do bem-estar de uma parcela maior da sociedade. Evidentemente, o utilitarismo contribuiu significativamente para a evolução do pensamento social, filosófico e jurídico da época, notadamente quando pensado na forma de oposição ao estado totalitário e à grande concentração de poder.

A evolução do pensamento social decorrente dos arranjos filosóficos constru-

idos ao longo do tempo, passando por Kant (1724-1804), Adam Smith (1723-1790), Karl Marx (1818-1883), J.S.Mill (1806-1873), aliado às próprias revoluções sociais e econômicas do século XIX, firmaram as bases de uma ideia de justiça social, cujas dificuldades de efetiva distribuição de justiça serviram de pano de fundo para a elaboração da teoria da justiça como equidade por John Rawls, a qual, desde então, vem estimulando os debates acerca da esfera da justiça mais do que em qualquer outra teoria da justiça social do século XX (JOHNSTON, 2018).

A teoria da justiça como equidade de John Rawls pode ser caracterizada como uma concepção liberal, na medida em que protege e dá prioridade a certas liberdades básicas iguais, permitindo aos indivíduos o exercício livre de seus valores, consciências, crenças e modo de vida, bem como apoia o livre mercado nas relações econômicas e fornece o mínimo social para os membros menos favorecidos da sociedade. É, também, democrática porque prevê direitos políticos iguais e procura estabelecer oportunidades iguais de escolhas educacionais e profissionais. É igualitária na proporção em que procura manter o valor justo das liberdades políticas, estabelece a igualdade justa de oportunidades e determina o mínimo social visando ao máximo de benefícios aos membros menos favorecidos da sociedade (FREEMAN, 2007).

Outrossim, a estrutura fundamental da teoria da justiça como equidade de John Rawls cerca-se da ideia de que a sociedade é um sistema justo de cooperação social entre pessoas livres e iguais ao longo do tempo, que passa de uma geração para outra.

O ponto de partida da formulação da teoria da justiça como equidade é a criação de uma posição original igualitária, que se relaciona com o ponto de partida do contrato social de Rawls e caracteriza-a como uma teoria contratualista. A posição original é uma posição hipotética representativa e a-histórica, destinada a apresentar a melhor opção em assuntos como a distribuição de direitos e deveres e a divisão das vantagens da cooperação social justa.

Ao tratá-la como uma concepção política de justiça, Rawls (2011) aponta que a justiça como equidade e sua posição original representam uma concepção de justiça firmada com base em um acordo político racional, bem-informado, voluntário e público compartilhado pelos cidadãos. Essa razão compartilhada de justiça deve ser independente de doutrinas filosóficas e religiosas incomensuráveis e conflitantes professadas pelos cidadãos, no intuito de atingir-se uma situação na qual se conquiste o apoio de um consenso sobreposto de doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis.

Uma concepção política de justiça possui três características principais: (a) é

uma concepção moral de justiça, elaborada para se aplicar à estrutura básica da sociedade, ou seja, destinada a instituições políticas, sociais e econômicas, em um sistema de cooperação de uma geração até a seguinte; (b) é uma visão autossustentada, de modo que significa que não pressupõe uma doutrina abrangente específica aplicável à estrutura básica da sociedade, mas representa uma parte constitutiva essencial que se adequa a várias doutrinas abrangentes razoáveis existentes na sociedade regulada por ela, razão pela qual pode conquistar o apoio destas doutrinas; e (c) seu conteúdo é expresso por ideias fundamentais, às quais Rawls chama de cultura de fundo da sociedade civil, implícitas na cultura política pública de uma sociedade democrática, que compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação, bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento geral, relacionada à vida cotidiana das diversas associações sociais, como igrejas e universidades, sociedades de eruditos e cientistas, clubes e times (RAWLS, 2011).

Na teoria da justiça como equidade, o aspecto de distribuição de justiça fundamenta-se na previsão dos dois princípios de justiça, que constituem o objeto do acordo original. Os dois princípios de justiça são escolhidos apoiados em doutrinas razoáveis abrangentes, que formam um consenso sobreposto, e aplicam-se à estrutura básica da sociedade, a qual compreende suas principais instituições sociais, tais como a constituição política, as estruturas econômicas fundamentais e as principais organizações sociais, no intuito de formar uma sociedade bem ordenada.

Referidos princípios são aqueles que “[...] pessoas livres e racionais, interessadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma situação inicial de igualdade como definidores das condições fundamentais de uma associação” (RAWLS, 2008, p. 14-15). Os princípios devem ser escolhidos por trás de um véu de ignorância, o que significa que as pessoas na posição original desconhecem sua posição na sociedade, classe, *status* social ou sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, inteligência, força etc., a fim de evitar que alguém seja favorecido ou desfavorecido pelas circunstâncias pessoais. Nisso se apoia denominação de “justiça como equidade”, tendo em vista que “[...] os princípios da justiça são definidos por acordo em uma situação inicial que é equitativa” (RAWLS, 2008, p. 14-15).

Rawls acredita que as pessoas na posição original, sob o véu da ignorância, não optariam pelo utilitarismo, diante da possibilidade de estarem no grupo oprimido, caso isso maximizasse os benefícios da maioria. Consoante se extrai de Sandel (2011, p. 177), Rawls “[...] argumenta que a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em

uma situação inicial de equidade”.

Com essas premissas, Rawls acredita que as pessoas livres e iguais na posição original, em situação de igualdade e equidade, sob o véu da ignorância, escolheriam dois princípios de justiça: o primeiro trata de liberdades básicas iguais para todos os cidadãos e o segundo relaciona-se à equidade social e econômica, transmitida por meio da igualdade equitativa de oportunidades e do princípio da diferença.

Por meio do primeiro princípio conferem-se iguais liberdades para os cidadãos. De acordo com a teoria de Rawls, deve-se estabelecer um sistema de iguais liberdades para todos, compatível com os direitos e as liberdades dos outros indivíduos. Nesse arranjo, não devem ser privilegiadas circunstâncias naturais (habilidades naturais) ou fatores que independem dos agentes, como condições sociais e familiares privilegiadas. As diferenças produzidas por esses fatores devem ser equilibradas com a aplicação do primeiro princípio nas instituições básicas da sociedade.

Nesse passo, Rawls (2008) aponta como liberdades básicas integrantes do primeiro princípio, que devem ser iguais a todos: a liberdade política, consistente no direito ao voto e a exercer cargo público e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação, relacionadas à integridade da pessoa; o direito à propriedade pessoal; e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito.

A dimensão das liberdades básicas aplicada à estrutura fundante das instituições, implica em condições para fortalecer liberdades jurídicas efetivas nas bases sociais. Uma vez garantidas, as liberdades básicas fornecem uma estrutura sólida para desenvolvimento dos poderes morais e da dignidade dos cidadãos, o que os torna efetivamente livres.

Ao tratar do segundo princípio, Rawls (2008, p. 74) define que “[...] se aplica, em primeira análise, à distribuição da renda e riqueza e à estruturação de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e responsabilidade. Embora a distribuição de riqueza e renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos”.

Nesse viés, o segundo princípio da justiça como equidade divide-se em duas partes: a igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença, assim definidos por Rawls (2008, p. 376):

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto:

- a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de pou-

pança justa, como

b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades (ver formulação liberalismo político.

A igualdade equitativa de oportunidades que Rawls propõe vai além da igualdade formal de oportunidades do liberalismo clássico de posições sociais abertas para fixar uma igualdade mais substantiva, corrigindo desvantagens sociais decorrentes das diferenças de classes. Em “Uma Teoria da Justiça”, Rawls menciona dois requisitos impostos pela igualdade equitativa de oportunidades (embora ele implique que há mais), quais sejam, evitar acumulações excessivas de propriedade e riqueza e manter iguais oportunidades de educação a todos (FREEMAN, 2007).

A aplicação desse princípio se relaciona com a justiça procedimental pura, na qual uma justa distribuição de renda, riquezas, poderes e posições de autoridade (índice de bens primários) será resultante da conformidade com as instituições de base. Nesse passo,

[...] as distribuições das vantagens não são julgadas em primeira instância, confrontando-se um estoque de benefícios disponíveis com desejos e necessidades de dados indivíduos conhecidos. A distribuição dos itens produzidos se realiza de acordo com o sistema público de normas, e esse sistema define o que produzir, quando produzir e por quais meios (RAWLS, 2008, p. 106).

Em complemento à igualdade equitativa de oportunidades, o princípio da diferença, segunda parte do segundo princípio, pressupõe que as desigualdades econômicas e sociais devem ser empregadas de modo que sejam vantajosas para todos, especialmente para os grupos que estão em pior situação.

Nesse viés, convém destacar que o princípio da diferença não estabelece o sistema econômico de modo a permitir que os benefícios cheguem aos pobres, como um reflexo tardio da distribuição. Pelo contrário, o princípio da diferença se concentra primeiro nas expectativas dos menos favorecidos em determinar o sistema de propriedade pessoal e controle, produção e troca. Logo, um sistema econômico justo sob o princípio da diferença faz os menos favorecidos da sociedade melhores do que os menos favorecidos em qualquer outro sistema econômico, desde que seja compatível com as liberdades básicas e a igualdade equitativa de oportunidades

(FREEMAN, 2007).

Portanto, na teoria da justiça como equidade de Rawls a maximização dos benefícios dos menos favorecidos da sociedade pelo princípio da diferença, conforme apontado acima, não pode violar liberdades básicas, nem a igualdade equitativa de oportunidades. Assim, desigualdades em renda e riqueza são permitidas desde que resultem em benefício de todos, especialmente da parcela menos favorecidos da sociedade, mas também com a condição de que essas desigualdades não ofendam a igualdade equitativa de oportunidades, ou o igual valor das liberdades básicas dos demais membros da sociedade ou mesmo daqueles menos favorecidos.

Rawls (2008) destaca que o primeiro princípio tem prioridade lexical sobre o segundo princípio, de modo que somente se atinge o debate acerca da igualdade depois que as liberdades básicas estiverem devidamente satisfeitas. Do mesmo modo, a igualdade equitativa de oportunidades – primeira parte do segundo princípio – tem prioridade lexical sobre a segunda parte do segundo princípio – princípio da diferença, no intuito de possibilitar aos cidadãos meios efetivos para desenvolver e treinar suas habilidades naturais, para que possam tirar maior proveito das oportunidades abertas e alcançar o respeito próprio e seu *status* de cidadãos iguais.

Dessa reflexão é possível ponderar que, nos termos da teoria da justiça como equidade, uma sociedade que distribui de forma equânime a justiça, pressupondo-se ser esta aquela na qual os indivíduos têm possibilidade de exercer suas liberdades fundamentais, poderes e cidadania (esta entendida no sentido de participar das escolhas e decisões políticas e sociais) de maneira completa e plena, é aquela na qual há uma justa e concreta (não necessariamente igual) divisão de renda e riquezas. Isso porque a garantia de direitos, liberdades e poderes afastada de um ambiente social e econômico favorável ao seu desenvolvimento compromete a eficácia do exercício desses direitos e liberdades.

Ao priorizar a distribuição da renda, riquezas e poderes aos membros menos favorecidos da sociedade, a teoria de Rawls possibilita um desenvolvimento mais pleno das instituições sociais e dos próprios indivíduos, uma vez que o desfrute dos poderes sociais, políticos e morais só é passível efetivação com a distribuição de renda e riquezas, que se reverte na concretização das liberdades dos cidadãos.

Até esse ponto foram traçadas as linhas gerais dos princípios da justiça definidos por John Rawls e sua aplicação à estrutura básica da sociedade. No próximo tópico, abordar-se-á a formação da sociedade no modelo rawlsiano a partir da posição original.

3 DOUTRINAS ABRANGENTES, FORMAÇÃO DO CONSENSO SOBREPOSTO E BASES DA RAZÃO PÚBLICA

Rawls (2008) fixa a construção da sociedade numa sequência de quatro estágios. Antes de especificá-los, é importante destacar que os princípios da justiça escolhidos na posição original devem permanecer hígidos nos demais estágios de construção da sociedade. Por isso, a fixação da ideia geral dos princípios escolhidos na posição original conforme apontado no item acima, é de fundamental importância para construção da base do raciocínio dos demais estágios e do que será dito adiante.

Desenvolve, então, a ideia da construção da sociedade com base em uma sequência de quatro estágios da seguinte forma: inicialmente, as pessoas na posição original escolhem os princípios de uma concepção de justiça, que servirá para regular todas as subseqüentes críticas e reformas das instituições. Depois de decidirem por uma concepção de justiça, devem escolher uma constituição e uma legislatura para promulgar as leis, em consonância com os princípios da justiça acordados inicialmente, resultando numa situação social justa e aproximada de um sistema voluntário de cooperação entre pessoas livres e iguais, cujas relações mútuas são equitativas. O último estágio destina-se à aplicação das normas nos moldes escolhidos e a sua obediência pelos cidadãos (RAWLS, 2008).

Rawls define que o primeiro princípio é o padrão principal da convenção constituinte, que “[...] define um *status* comum de cidadania igual e realiza a justiça política”, enquanto que o segundo princípio se destaca na definição legislativa, onde “[...] as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas de longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, desde que as liberdades iguais sejam preservadas”. Por fim, o último estágio relaciona-se à “[...] aplicação das normas a casos específicos por juízes e administradores, e a observância das normas pelos cidadãos em geral” (RAWLS, 2008, p. 244).

Conforme a estrutura social solidifica-se e avançam-se os estágios de construção da sociedade, o véu da ignorância vai sendo paulatinamente levantado, possibilitando que as pessoas passem a fazer escolhas mais concretas da aplicação daqueles princípios de justiça escolhidos na posição original.

Para formar os princípios que integram a teoria da justiça como equidade, Rawls entende que, para conciliar as divisões de doutrinas religiosas, morais e filosóficas individuais, os cidadãos devem renunciar às visões filosóficas e morais

abrangentes que costumeiramente se usa em debates de questões políticas fundamentais na vida pública, utilizando-se, para tanto, de uma razão pública, orientada por uma “[...] concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar” (RAWLS, 2011, p. 12).

Rawls (2011) relaciona essa capacidade de usar a razão pública para decidir questões políticas e, conseqüentemente, renunciar a doutrinas religiosas e morais abrangentes, à capacidade das pessoas de serem razoáveis e de serem racionais. A primeira é uma capacidade moral de justiça, definida como o poder para entender, aplicar e cooperar com os outros em termos de cooperação social, enquanto que a segunda se refere à condição de ter uma concepção racional de bem, ou seja, poder de formar, rever e buscar racionalmente uma concepção de valores que dá sentido à vida. Essas duas capacidades fundam os dois poderes morais de pessoas livres e iguais, os quais Rawls presume que todos os cidadãos possuem, porém, cujas características são fundamentais para estabelecer os princípios fundantes de justiça e para estabelecer posteriormente a cooperação social.

Esses poderes morais apontam a aproximação da teoria de justiça como equidade com a moral kantiana, relacionada ao imperativo categórico (razão prática pura), e ao imperativo hipotético (razão prática empírica). Segundo Rawls (2011, p. 64-65), o razoável possui dois aspectos: o primeiro é a “[...] disposição de propor termos equitativos de cooperação e de cumpri-los, desde que os outros também o façam”; e o segundo é a “[...] disposição de conhecer os limites da capacidade de juízo e de aceitar suas conseqüências para o uso da razão pública para guiar o legítimo exercício do poder político em uma democracia constitucional”, o que representa uma forma de tolerância e confere robustez à ideia de razão pública.

Nessa perspectiva, pessoas são razoáveis quando estão dispostas a propor princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e a submeterem-se voluntariamente a eles, diante da garantia de que os outros farão o mesmo, pois entendem que as normas são razoáveis e aplicáveis a todos, aproximando-se da ideia de reciprocidade. Assim, o razoável não tem características altruístas ou egoístas, mas se liga aos princípios da justiça que supostamente serão aceitos pelos demais e à razão cooperativa, alcançando o consenso sobre as questões políticas fundamentais. Diversamente, o racional relaciona-se às deliberações destinadas a realizar fins e interesses que são peculiares do indivíduo, buscando-se os meios mais eficazes para realizá-los de acordo com o próprio plano de vida (RAWLS, 2011).

Rawls (2011) trata, portanto, o razoável e o racional como ideias independentes, onde o razoável aproxima-se do âmbito público e o racional faz parte de um

âmbito privado, no qual o indivíduo desenvolve um projeto particular de vida e de bem. Embora, na concepção de Rawls, o razoável não derive do racional e vice-versa, os dois poderes da pessoa complementam-se, uma vez que, ao mesmo tempo em que os cidadãos possuem seus próprios projetos particulares de vida e de bem, estão dispostos a manter termos justos e recíprocos de cooperação, ainda que para isso tenham que renunciar parcialmente a suas concepções particulares de bem. Assim, na cooperação equitativa, o razoável conecta-se com a capacidade de ter um senso de justiça e o racional com a capacidade de ter uma concepção de bem e ambas são fundamentais para especificar os termos da cooperação social.

A importância da combinação de ambas as capacidades, releva-se na medida em que os indivíduos possuem dificuldades de fazer julgamentos de razoabilidade ao equilibrar objetivos em um projeto de vida determinado. Contudo, quando se trata de avaliar demandas intersubjetivas que surgem na esfera pública, é imprescindível a realização de julgamentos razoáveis e válidos, com a explicação das fontes como causas do desacordo razoável entre pessoas razoáveis. Esse desenho trata da pluralidade e da diversidade, as quais, na vida pública e política, encontram na tolerância uma ideia inafastável.

Rawls aponta que :

[...] O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes que são razoáveis, ainda que incompatíveis entre si, é o resultado esperado do exercício da razão humana sob a estrutura de instituições livres de um regime democrático constitucional. O liberalismo político também pressupõe que uma doutrina abrangente razoável não rejeita os princípios fundamentais de um regime democrático. É claro que também podem existir doutrinas abrangentes desarrazoadas, mesmo insanas, em uma sociedade. Em tal caso, o problema consiste em contê-las, de maneira que não corroam a unidade e a justiça da sociedade. (RAWLS, 2011, p. XVII).

Como se espera de uma concepção liberal de justiça, a teoria da justiça como equidade trata o Estado como neutro e independente de doutrinas filosóficas, religiosas ou morais existentes na sociedade. Assim, não se preocupa em avaliar os juízos de valor de determinada doutrina compreensiva, nem espera que os indivíduos compartilhem de uma mesma doutrina razoável, apenas de uma mesma

concepção política de justiça.

Por meio dessa base, a justiça como equidade firma-se somente na própria concepção de justiça, sem negar a existência de outros valores aplicáveis a situações pessoais e particulares. Com essa ideia de razão pública – e não privada – de doutrinas abrangentes razoáveis, a justiça como equidade objetiva que as instituições possam obter o apoio de um consenso sobreposto, que abrange todas as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis e conflitantes, onde os próprios cidadãos livres e iguais, considerando doutrinas abrangentes particulares, veem a concepção política como derivada de outros valores seus ou, pelo menos, não conflitantes com eles (RAWLS, 2011).

Esse arranjo, na perspectiva do liberalismo político, resultaria em uma sociedade bem ordenada, a qual, segundo Rawls (2011), significa três coisas: 1) é uma sociedade na qual cada um aceita e sabe que todos os demais cidadãos aceitam os mesmos princípios de justiça; 2) reconhece-se publicamente que a estrutura básica da sociedade implementa os princípios de justiça que todos aceitam; e 3) é aquela na qual os cidadãos têm um senso de justiça efetivo, razão pela qual agem em conformidade com as instituições que consideram justas.

Assim, a ideia da razão pública coaduna-se com o exercício da democracia, na medida em que o objeto da razão dos cidadãos é o bem público, referido numa concepção política e moral de justiça aplicada à estrutura básica da sociedade.

De acordo com Rawls (2011), a razão pública é pública de três maneiras: (a) como razão dos cidadãos como tais; (b) seu objeto é o bem público, além de questões de justiça fundamental; e (c) sua natureza e seu conteúdo são públicos, porque determinados pela concepção política de justiça da sociedade e conduzidos sob essa base.

O conteúdo da razão pública é mais facilmente identificado quando contrastado com a razão não pública. Consoante leciona Rawls (2011), as razões não públicas são variadas, contudo, existe somente uma razão pública. As razões não públicas podem ser encontradas em associações de todos os tipos, como igrejas, universidades, sociedades científicas e associações profissionais, que formam a cultura de fundo da sociedade, em oposição à cultura política, a respeito da qual se ocupa a razão pública. Porém, convém apontar que essas entidades deliberam acerca da razão pública restrita aos seus membros e não à coletividade, espaço este reservado à cultura política e, portanto, à razão pública. Assim, em uma sociedade democrática, um cidadão que não mais reconheça a autoridade da razão de uma entidade pode deixar de ser membro dela sem, contudo, conflitar-se com

o poder estatal.

Assim, a razão pública tem seu conteúdo fornecido pela razão política de justiça – em contraste à cultura de fundo, que é a razão não pública. A razão política de justiça é caracterizada pela: (a) existência de determinados direitos, liberdades e oportunidades fundamentais; (b) atribuição de prioridade especial, sobretudo em relação às exigências do bem geral e de valores perfeccionistas; e (c) estabelecimento de medidas para que todos os cidadãos tenham meios para fazer uso efetivo de sua liberdade e das oportunidades fundamentais (RAWLS, 2011).

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

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

Ainda, o conteúdo da razão pública sofre influências dos períodos históricos e culturais de cada sociedade. Não é, portanto, estanque, admitindo a inclusão de temas para debate conforme a construção histórico-cultural-política. Essa dinamicidade da razão pública tem por escopo a estabilidade social e efetividade dos princípios basilares de justiça, na medida em que convirjam com questões importantes para o debate social em períodos e espaços determinados.

Rawls (2011) limita o discurso da razão pública a fóruns públicos de deliberação democrática, como o discurso de juízes, de agentes públicos e de candidatos a

cargos públicos e seus administradores de campanhas.

Para Rawls (2011), a razão pública aplica-se, então, aos cidadãos e às autoridades estatais de modos diferentes. Aos cidadãos em suas escolhas pessoais, ou às instituições não públicas, a razão pública não exerce uma força essencial, uma vez que constituem a cultura de fundo da sociedade. De outra banda, quando os cidadãos se envolvem na defesa de posições políticas em fórum público, a razão pública se aplica a eles como membros de partidos políticos, candidatos ou outros grupos que os apoiam, bem como se aplica ao modo como os cidadãos devem votar nas eleições quando elementos de constituições essenciais e questões de justiça estiverem em debate.

Às autoridades estatais, a razão pública aplica-se nos fóruns oficiais, ou seja, aos legisladores no Parlamento, ao Executivo em seus atos e pronunciamentos públicos e, de maneira especial, ao Judiciário, sobretudo quando trata do controle jurisdicional de constitucionalidade de leis em um Estado Democrático. Nessa perspectiva, Rawls (2011) aponta que um Tribunal Supremo Constitucional deve fundamentar suas decisões em uma base de justificação de razão pública, o que faz dele o local exemplar do exercício da razão pública.

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO FONTE DA RAZÃO PÚBLICA

Segundo Rawls (2011), uma democracia constitucional caracteriza-se como dualista, na medida em que distingue o poder constituinte do poder ordinário e a constituição da lei ordinária. Ao exercer seu poder para proteger a constituição, o tribunal supremo age de modo a “[...] evitar que a lei seja erodida pela legislação de maiorias transitórias ou, o que é mais provável, que corresponda a interesses estreitos, organizados e muito bem posicionados para fazer valer seus pontos de vista” (RAWLS, 2011, p. 275-276).

Assim, ao elaborar o raciocínio de suas decisões, o tribunal deve argumentar com base nos valores políticos que formam a razão pública, de modo a expressar a melhor interpretação da constituição política elaborada sob a base dos princípios fundamentais de justiça, coadunando-os com a realidade sociocultural do momento histórico a que se aplica.

Isso significa, outrossim, que os magistrados não devem fundamentar as decisões com base em suas convicções pessoais, filosóficas, morais, religiosas, ou seja, em suas doutrinas particulares abrangentes, sob pena de deturpar a essência do

Estado Democrático de Direito (RAWLS, 2011).

Nesse sentido, Rawls (2011) assevera que o papel de um tribunal supremo é o de fazer valer a razão pública, no sentido de torná-la continuamente apropriada, servindo de modelo da razão pública. Assim, as decisões dos magistrados não podem dispor de nenhuma outra razão que não seja a razão pública, de índole política. Para além desses casos, “[...] devem decidir de acordo com o que pensam que os casos precedentes, as práticas e tradições constitucionais e os textos históricos constitucionalmente importantes exigem” (RAWLS, 2011, p. 278-279).

Tramontina e Parreira (2014) destacam que as deliberações do Supremo Tribunal Federal – denominação atribuída ao tribunal constitucional no Brasil –, enquanto uma instituição que integra a estrutura básica da sociedade, devem se basear em critérios rigorosamente estabelecidos, orientandos, portanto, pela razão pública, a fim de resguardar os princípios da justiça de influências ideológico-partidárias.

Com esse papel de fundamentar suas decisões com base em razões políticas, o tribunal exerce um importante papel educativo acerca da razão pública, construindo o seu conteúdo e estabilizando os princípios de justiça na dinâmica social do seu tempo e local.

Rawls (2011) aponta, ainda, que a razão pública depende de uma base pública de justificação. Assim, as decisões dos tribunais devem considerar as forças políticas e sociais das doutrinas abrangentes e do consenso sobreposto da sociedade, respeitando seu ideal histórico e cultural. Para tal desiderato, deve se utilizar de fóruns públicos com a sociedade civil formar a fundamentação de suas decisões e, assim, conferir a elas legitimidade social.

A justificação pública é, portanto, voltada à manifestação dos cidadãos, por meio da sociedade civil, acerca das razões que envolvem decisões de questões políticas públicas, que confere legitimidade à ideia da razão pública do tribunal. Essa construção de John Rawls é absolutamente coerente com a sua concepção de uma ideia política de justiça, pois a legitimidade da razão pública formada nas decisões tomadas pelas instituições públicas, nesse cenário, provém de deliberações democráticas acerca das doutrinas abrangentes que compõem a cultura de fundo da sociedade.

Dessa feita, ao mesmo tempo em que o tribunal forma e dá publicidade a um consenso sobreposto com base em uma razão pública, ele deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis abrangentes em suas decisões. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição política, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima

suas escolhas políticas.

No direito brasileiro, a justificação pública em instituições da sociedade civil pode ser encontrada pela aplicação do instituto do *amicus curiae*, incluído expressamente no exercício da jurisdição pelo artigo 138 do Código de Processo Civil⁵, como uma modalidade de intervenção de terceiros no processo judicial.

O instituto representa uma forma de construir a razão pública pelos tribunais por meio de fóruns públicos de debate com instituições da sociedade civil que comportam doutrinas abrangentes capazes de fornecer uma base de justificação social que legitima a razão pública das decisões judiciais.

O Supremo Tribunal Federal, tribunal que, na jurisdição brasileira, tem como função avaliar a conformação constitucional da legislação e dos atos normativos federais, tem se utilizado cada vez mais do auxílio do *amicus curiae*, por meio da realização de audiências públicas que promovem o debate entre as instituições da sociedade civil para decidir casos difíceis.

Dessa feita, realizar audiências públicas com a intervenção de terceiros na modalidade de *amicus curiae* pode representar um modo de coadunar as decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal com os interesses e perspectivas dos cidadãos, legitimando social e culturalmente a razão pública do tribunal e fazendo com que correspondam efetivamente aos interesses coletivos e à promoção do bem comum.

5 CONCLUSÃO

Consoante se extrai da teoria da justiça como equidade de John Rawls, o tribunal que promove a análise da conformidade constitucional de leis e atos normativos traduz-se como o local privilegiado do exercício da razão pública. Assim, nos debates questões políticas pelos tribunais não há espaço para uma razão que não seja a razão pública.

Formar a razão pública significa, também, que o tribunal deve tomar decisões que sejam conformes com o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis existentes na sociedade, as quais variam de acordo com o tempo e espaço, conferindo uma

5 Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

justificação pública às suas decisões.

Assim, promover um debate público e plural é fundamental para que o tribunal constitucional esteja efetivamente atento aos anseios da sociedade, consideradas as suas peculiaridades históricas e culturais. Essas peculiaridades são encontradas na cultura de fundo da sociedade, por meio de instituições da sociedade civil, que podem fornecer parâmetros de doutrinas razoáveis abrangentes para que o tribunal interprete a constituição política da melhor forma possível.

A justificação pública pode ser identificada na manifestação dos cidadãos, por meio das instituições da sociedade civil, que integram a cultura de fundo da sociedade. Formar a razão pública de um tribunal com base em uma justificação pública, significa conferir legitimidade à razão pública que envolve decisões de questões políticas públicas de um tribunal constitucional.

Assim, ao mesmo tempo em que o tribunal forma e dá publicidade a um consenso sobreposto com base em uma razão pública, ele deve considerar o consenso sobreposto de doutrinas razoáveis abrangentes em suas decisões. Ao convidar os cidadãos, representados pelas instituições da sociedade civil, para participarem do debate em fóruns públicos acerca da melhor interpretação da constituição, o Tribunal Supremo adquire uma base pública de justificação que legitima suas escolhas políticas.

No direito brasileiro, essa justificação pública em instituições da sociedade civil pode ser encontrada no instituto do *amicus curiae*, incluído expressamente no exercício da jurisdição pelo artigo 138 do Código de Processo Civil, como uma modalidade de intervenção de terceiros no processo judicial. O instituto representa uma forma da construção da razão pública pelos tribunais por meio de fóruns públicos de debate com instituições da sociedade civil que comportam doutrinas abrangentes capazes de fornecer uma base de justificação social à razão pública das decisões judiciais. Nota-se que o Supremo Tribunal Federal, tribunal brasileiro que tem a função de avaliar a conformação constitucional da legislação e dos atos normativos federais do Brasil, tem se utilizado cada vez mais do auxílio do *amicus curiae*, por meio da realização de audiências públicas que promovem o debate entre as instituições da sociedade civil para decidir casos difíceis, o que pode representar um modo de coadunar suas decisões com os interesses e perspectivas da sociedade civil, tornando-as apropriadas aos interesses coletivos e promoção do bem comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 25 jun. 2020.

FREEMAN, Samuel Richard. **Rawls**. Oxon: Routledge, 2007; New York: Routledge, 2007.

JOHNSTON, David. **Breve história da justiça**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

SADURSKI, Wojciech. Judicial Review and Public Reason. *In: Comparative Judicial Review. Sidney Law School*, 2017, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2965225. Acesso em: 1 out. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Martins e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

TRAMONTINA, Robison; PARREIRA, Anny Marie Santos. O Supremo Tribunal Federal como *locus* da razão pública. **Revista de Direito Brasileira**. v. 8, 2014, p. 213-232. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2891>. Acesso em: 29 out. 2020.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL E O DIREITO COMO INTEGRIDADE

DOI10.55339/9788560757244004

Cássio Alberto Arend
Wilson Antônio Steinmetz

1 INTRODUÇÃO

Temas como aquecimento global, desmatamento, uso de agrotóxicos e produção de resíduos, entre outros, tornaram-se permanentes na agenda da governança ambiental global e nacional. Nesse cenário, o direito cumpre um papel decisivo na regulação e mediação da solução de problemas e conflitos, seja obrigando, seja induzindo os Poderes Públicos e os atores privados à proteção do meio ambiente na maior medida do possível e à promoção da sustentabilidade ecológica. No campo da governança ambiental, em que forças econômicas e sociais atuam em favor da desregulação e flexibilização das normas ambientais protetivas, são imperiosas as discussões analíticas e reflexivas sobre concepções, estratégias e mecanismos que contribuam para assegurar os níveis já alcançados de proteção jurídica do meio ambiente.

A problemática desse trabalho concentra-se no significado e na aplicação do princípio da proibição de retrocesso ambiental a partir do marco teórico-interpretativo do direito como integridade de Ronald Dworkin. Tem por objetivo apontar que o direito como integridade também pode ser usado como um instrumental analítico-interpretativo relevante para a justificativa do princípio da proibição de retrocesso.

Assim, a hipótese é de que o mandamento da proibição de retrocesso também encontra justificativa teórico-interpretativa no direito como integridade. Adota-se uma estratégia metodológica de análise conceitual e normativa. Como referência empírico-normativa (âmbito da aplicação das normas), toma-se em consideração a decisão do Supremo Tribunal Federal nas ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram por objeto o Código Florestal brasileiro.

2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE NA CONCEPÇÃO DE RONALD DWORKIN

Os conflitos ambientais são complexos, multifacetados e de difícil solução. Esse fenômeno impõe ao Estado escolhas políticas em meio a condicionamentos

não apenas internos, no âmbito de sua soberania, mas também externos. No campo da conformação e do desenvolvimento do sistema jurídico, o desafio está em institucionalizar princípios, regras e instrumentos aptos a dar conta da complexidade e dinâmica dos conflitos ambientais na perspectiva de soluções comprometidas com a sustentabilidade do planeta. Nesse sentido, entende-se como possível o uso e a aplicação das categorias teóricas da comunidade política e da integridade, propostas por Ronald Dworkin, ao direito constitucional ambiental brasileiro.

Os atores políticos formadores do direito precisam compreender a realidade social, conhecer a sua comunidade, saber quais são os seus valores, bem como conhecer os limites ecológicos existentes. Nesse sentido, é vital entender que

O paradigma ecológico caracteriza-se [...] pela processualidade complexa, que engendra inevitavelmente a incerteza. Ora, cabe ao direito transformar esta incerteza ecológica em certeza social. Mas não o conseguirá, no entanto, senão aumentando sua própria flexibilidade. As normas jurídicas clássicas, concebidas como mandamentos ou instituições encerrando um procedimento, substituir-se-ão actos jurídicos em constante reelaboração, como se a processualidade do objecto atingisse igualmente a regra que o compreende. A norma jurídica será igualmente trabalhada, para se adaptar aos progressos dos conhecimentos e das técnicas; trata-se aqui, aparentemente, da única maneira de sair de uma situação onde se trata de tomar decisões duras num contexto de conhecimentos friáveis (OST, s. d., p. 114).

Esse momento de crise e de extrema complexidade social tem-se denominado de pós-modernidade (LYOTARD, 2000) ou de transmodernidade (WARAT, 2004), um estágio em que as certezas e as angústias afloram. Um período de transição em que se abandonam a certeza e a segurança da modernidade para viver a incerteza e o mal-estar da pós-modernidade, onde o mercado consumidor des-territorializa os territórios e despe as identidades dos sujeitos (BAUMAN, 1998). Mas também sugere um novo *locus* de compreensão e de percepção. Para isso, tem-se que

A complexidade ambiental inaugura uma nova reflexão sobre a natureza do ser, do saber e do conhecer, sobre a hibridação de conhecimentos na interdisciplinaridade; sobre o diálogo de saberes e a in-

serção da subjetividade, dos valores e dos interesses nas tomadas de decisão e nas estratégias de apropriação da natureza. Mas questiona também as formas pelas quais os valores permeiam o conhecimento do mundo, abrindo um espaço para o encontro entre o racional e o moral, entre a racionalidade formal e a racionalidade substantiva (LEFF, 2006, p. 195).

Nessa seara de complexidade e pós-modernidade é que surgem diversos conflitos ambientais, muito em razão dessa percepção economicista e individualista. Nesse sentido, os conflitos ambientais, para serem resolvidos, exigem uma percepção que vai além dos pressupostos científicos tradicionais. É preciso entender os valores culturais e antropológicos, por exemplo. Nesse sentido,

Isso significa que os conflitos ambientais não serão resolvidos pelo poder científico da economia ou da ecologia, senão através de sentidos existenciais, de valores culturais e de estilos de desenvolvimento diferenciados, nos quais a exploração, a conservação ou o uso sustentável dos recursos dependem dos significados sociais atribuídos à natureza (LEFF, 2011, p. 318).

Esses valores carregados pela cultura, pelos povos tradicionais, pelos interesses da comunidade, pela necessidade de preservação dos recursos naturais e sustentabilidade do planeta, devem estar privilegiados e balizados pelo texto constitucional. Há que se ter uma “teoria da interpretação constitucional prévia e axiologicamente orientada pelo princípio democrático, que implica apresentar a hermenêutica da Constituição” (LEITE; AYALA, 2004, p. 149), baseada na dignidade da pessoa humana e no meio ambiente como direito fundamental:

O reconhecimento de um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, tal como tem sido designado com frequência, ajusta-se, consoante já enfatizado, aos novos enfrentamentos históricos de natureza existencial postos pela crise ecológica, complementando os já amplamente consagrados, ainda que com variações importantes, direitos civis, políticos e socioculturais, aumentando significativamente os níveis de complexidade (LEITE; AYALA, 2011, p. 34).

Ademais, o desafio para o pós-positivismo está justamente na necessidade de

uma teoria da decisão jurídica vinculada a um critério de legitimidade e desprovida de autoritarismo judicial. Isso significa dizer que a análise do caso concreto deve pautar-se pela integridade ao verificar todas as possibilidades jurídicas disponíveis, bem como compreender as diversas nuances envolvidas. Ainda, deve compreender quais são os princípios entendidos como legítimos pela comunidade política.

Nessa senda, cabe inferir que “o dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor; é seu dever atender a alguma concepção de integridade e coerência do Direito como instituição” (DWORKIN, 2005, p. 241). Cabe ao juiz o papel de intérprete do direito num cenário de integridade e coerência. Todavia, a realidade insiste em demonstrar, em muitos casos, não em todos, que “[...] a jurisdição distancia-se da democracia para chancelar a padronização e o perfil único, que pisoteia a diferença incluída na pós-modernidade” (MARIN, 2015, p. 26).

Como forma de estabelecer uma teoria da decisão adequada, imperioso compreender a ideia de comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade política vinculada por princípios comuns. Para tanto, Dworkin insiste “em que as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político” (DWORKIN, 2014, p. 254). Diante disso, pode-se inferir que uma comunidade de princípios aceita a integridade, em razão de que a mesma é formada por tais princípios e busca a sua aplicação.

Essa comunidade de princípios é formada por uma ordem imaginária constituída socialmente com intuito de formar redes de cooperação. Essa medida se faz necessária em razão de que o *homo sapiens* não está geneticamente “evoluído” para agir em grandes comunidades de cooperação. Nesse sentido, ao acreditar em mitos e numa ordem imaginária criada socialmente, permite que os seres humanos consigam cooperar eficazmente e buscar uma sociedade melhor (HARARI, 2018, p. 118). Para tanto, a cooperação é fundamental:

Como o Código de Hamurabi, o documento fundacional norte-americano promete que, se os humanos agirem de acordo com seus princípios sagrados, milhões deles serão capazes de cooperar de maneira eficaz, vivendo em paz e segurança em uma sociedade justa e próspera. Como o Código de Hamurabi, a Declaração de Independência dos Estados Unidos foi não só um documento de seu tempo e

lugar – também foi aceita por gerações futuras. Há mais de 200 anos, as crianças nas escolas norte-americanas a copiam e aprendem de cor (HARARI, 2018, p. 116).

Nessa linha, a contribuição histórica de Harari aponta que para haver uma certa estabilidade na convivência em sociedade, imprescindível a existência de uma ordem imaginária para que os seres humanos ajam em cooperação. Ainda que esta ordem é construída socialmente, pois não está geneticamente atribuída aos seres humanos. Isso pode ser compreendido pela comunidade de princípios estabelecida na teoria de Dworkin, pois parte da premissa que as comunidades comungam dos mesmos valores (ordem imaginária) e por isso assumem inclusive autoridade moral para reivindicar direitos estabelecidos:

Uma comunidade de princípios, fiel a essa promessa, pode reivindicar a autoridade de uma verdadeira comunidade associativa, podendo, portanto, reivindicar a autoridade moral – suas decisões coletivas são questões de obrigação, não apenas de poder – em nome da fraternidade (DWORKIN, 2014, p. 258).

Essa comunidade que adota os princípios, ainda que fruto de uma ordem imaginária, tem como decorrência o direito como integridade, uma vez que os seus membros entendem que devam ser subordinados a esses princípios política e moralmente constituídos. Trata-se do direito como integridade:

O Direito como integridade surge como teoria política e da Constituição. Dworkin o apresenta como decorrência de uma comunidade que adota o modelo de princípios, o que significa dizer que as pessoas entendem não ser governadas apenas por regras decorrentes das convenções políticas, pois reconhecem a validade superior de um sistema de princípios atinentes à justiça, à equidade e ao devido processo legal cujo conteúdo faz parte da arena política (MARIN; RAMOS NETO, 2019, p. 1074).

A teoria dworkiniana de integridade se divide em duas acepções: legislativa e jurisdicional. A legislativa supõe que se torne o conjunto de leis moralmente coerentes e na atividade jurisdicional que se busque substantivamente a melhor in-

interpretação de um conjunto de proposições jurídicas com vistas à decisão no caso concreto. Da mesma forma, traz um compromisso político do cidadão ao exercício de sua cidadania:

A integridade expande e aprofunda o papel que os cidadãos podem desempenhar individualmente para desenvolver as normas públicas de sua comunidade, pois exige que tratem as relações entre si mesmos como se estas fossem regidas de modo característico, e não espasmódico, por essas normas (DWORKIN, 2014, p. 230).

Preocupado em estabelecer uma teoria da decisão jurídica que não recorra ao senso comum e à discricionariedade autoritária, especialmente nos casos difíceis, Dworkin recorre à metáfora do juiz Hércules⁶ como forma de explicar a integridade como exercício interpretativo do direito. Hércules deve buscar a melhor interpretação possível com vistas à melhor decisão possível no caso concreto, devendo ser guiado pela integridade constitucional. Dworkin acredita que o juiz Hércules não deva ser protagonista/ativista, acredita que “a decisão boa (correta) é aquela construída pelas partes, em um processo que se desenvolve com seus princípios e limitações”. Ou seja, a decisão correta seria uma construção partilhada entre as partes, desprovida de juízos prévios, seguindo o devido processo legal e a integridade na interpretação do direito.

Diante disso, para uma compreensão mais abalizada das categorias da integridade e comunidade política na teoria da decisão jurídica de Dworkin, expõe-se a questão do princípio da proibição de retrocesso ambiental. Princípio este que busca a cristalização de valores constitucionais ambientais vislumbrando a sustentabilidade do planeta e a garantia de qualidade de vida para as futuras gerações.

⁶ Sobre o juiz Hércules escreve Dworkin (2010, p. 165): “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou tribunais anteriores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”.

Todavia, as sociedades nacionais e globais produzem conflitos ambientais que demandam uma necessária reflexão sobre o retrocesso ou o recuo em conformidade com a integridade.

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA AMBIENTAL E A CONTRIBUIÇÃO DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

A temática ambiental teve no século XX uma série de fóruns de discussão de âmbito internacional. No ponto de partida, destaca-se a Conferência sobre o Meio Ambiente Humano realizada em Estocolmo na Suécia em 1972, mais conhecida como Conferência de Estocolmo. E que mais tarde produziu o Relatório Brundtland (1987), também conhecido como *Nosso Futuro Comum*. Em 1992, foi realizada no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – Rio 92. Em 2002, ocorreu em Joanesburgo, na África do Sul, a Rio+10 e em 2015, em Nova York, na sede da ONU, ocorreu a Cúpula de Desenvolvimento Sustentável.

Ainda podem ser destacados outros documentos internacionais que conferiram ao meio ambiente a condição de direito fundamental indispensável à sadia qualidade de vida. Para tanto, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948; o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 1966; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, em 1966; a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em 1950 e o Pacto de San José da Costa Rica, em 1969.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, trata da proteção do meio ambiente, em consonância com os seus princípios fundamentais, notadamente o da dignidade da pessoa humana, bem como confere o caráter de jusfundamentalidade à defesa e proteção do meio ambiente. Na síntese de Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 38-39):

[...] no contexto constitucional contemporâneo, consolida-se a formação de uma dimensão ecológica inclusiva da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental indispensável a uma vida digna, saudável e segura. Dessa compreensão, pode-se conceber a indispensabilidade de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis

dignos. Aquém de tal padrão ecológico, a vida e a dignidade humana estariam sendo violadas no seu núcleo essencial.

Imperioso ressaltar que a proteção ambiental, enquanto direito fundamental calcado na dignidade da pessoa humana, aponta para uma garantia de proibição de retrocesso em razão da sua construção histórica dos direitos fundamentais e do dever de progressividade na tutela do meio ambiente. Essa garantia constitucional implícita se funda na segurança jurídica que pressupõe uma relativa rigidez normativa e administrativa no que concerne à conquista de proteção ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 55).

Essa percepção constitucional do meio ambiente alinha-se à perspectiva do direito como integridade em razão de se coadunar com a principiologia constitucional preocupada com a equidade, justiça e coerência. A Constituição enquanto norma reflete as opções da comunidade de princípios por ela formada. Nesse sentido, Dworkin (2014, p. 291) salienta que

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.

Nessa linha, o princípio da proibição de retrocesso serve como uma barreira ao recuo na escala (grau) de proteção já alcançada pelo Estado no âmbito dos direitos fundamentais a prestações. Isso sem dúvida se aplica ao direito fundamental ao meio ambiente, porque se trata também de um direito a prestações estatais em sentido amplo. Essa concepção de proteção se funda na ideia de garantia do núcleo essencial do direito fundamental (meio ambiente) conferindo assim segurança jurídica, coerência e integridade à Constituição. O dever de integridade se conecta com o dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais, seja em matéria legislativa, seja em ato administrativo (CANOTILHO, 2008, p. 188).

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, § 1º, estabelece a proteção aos direitos fundamentais ao defini-los de aplicação imediata (STEINMETZ,

2011, p. 65-87). Ainda, no artigo 60, § 4º dispõe que os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, limitando assim o poder de reforma constitucional. Todavia, não há apenas limitação ao poder reformador, mas às decisões administrativas e jurisdicionais, bem como às modificações legislativas que afetem o núcleo essencial. Entende-se haver um dever de progressividade na proteção e concretização dos direitos fundamentais. Assim, denota-se que:

A proibição de retrocesso, nesse cenário, diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional – e de modo especial – infraconstitucional, mas também em face da atuação da administração pública. A proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consistem em um princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos, o dever de progressividade em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (DESCA) (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 192).

A proibição de retrocesso está insculpida no dever de progressividade disposta no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, vinculando os Estados aderentes a uma continuidade na tutela dos direitos fundamentais, buscando sempre maior proteção. No plano do direito interno, “Por este princípio [de proibição de retrocesso], que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (BARROSO, 2001, p. 158).

Como já apontado, o cenário ambiental assenta para uma realidade extremamente complexa no que tange à tutela do meio ambiente. A crise econômica global, as dificuldades da geopolítica mundial, acirrada pela disputa econômica entre EUA e China, o questionamento da existência do aquecimento global são fatores que tornam a governança ambiental em estado de tensão constante. Ademais, po-

de-se elencar outros fatores subjacentes como a desregulação das normas ambientais, sob o pretexto da simplificação e a necessidade psicológica da redução tecnocientífica das normas ambientais como forma de acessibilidade, o que importa em redução de obrigações (PRIEUR, 2012, p. 12). Essa preocupação também é exposta por Canotilho (2008, p. 182-183):

O agravamento da situação ecológica global parece ser o critério básico, pois só assim é possível proceder, em alguns casos, à ponderação ou balanceamento de bens. No entanto, relativamente aos recursos é possível uma maior e melhor concretização sob o ponto de vista da operacionalização do princípio da proibição de retrocesso ecológico. A água, os solos, a fauna, a flora, não podem ver aumentado o grau de esgotamento, surgindo os limites do esgotamento como limite jurídico-constitucional da liberdade de conformação dos poderes públicos (atenção à possibilidade de regeneração, atenção ao dano). [...] Parece indiscutível que não se pretende garantir a rigidificação dos instrumentos jurídicos existentes, confundindo forma e conteúdo. O que se pretende, sim, é proibir um retrocesso ecológico normativamente entendido, independentemente do instrumento jurídico de regulação.

Nessa senda, traz-se à baila a Súmula 613 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), editada em 09/5/2018, segundo a qual “não se admite a teoria do fato consumado no direito ambiental” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019). Essa súmula busca, através da função jurisdicional do STJ de uniformização jurisprudencial, estabelecer uma *ratio decidendi* de maneira que as situações fáticas não possam se sobrepor à Constituição Federal e à legislação, e por conseguinte atingir o núcleo essencial de proteção do meio ambiente. Essa *ratio decidendi* é fundada nos precedentes AgRg no RMS 28.220-DF, REsp 948.921-SP, AgRg no REsp 1.491.027-PB, AgRg no REsp 1.494.681-MS, AgRg no REsp 1.497.346-MS e tem relação com o princípio constitucional da proibição de retrocesso ambiental, notadamente determinando que o Poder Judiciário não corrobore que a casuística do fato, em razão de diversos interesses e pressões, acabe por reconhecer como legal e justo o retrocesso ambiental. Para tanto, cabe lembrar que “o direito como integridade responde que os fundamentos do direito estão na integridade, na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado, e que o direito é sensi-

vel à justiça no sentido reconhecido por Hércules” (DWORKIN, 2014, p. 312).

É em razão disso que a Súmula 613 do STJ assume importância no sentido de estabelecer uma *ratio decidendi* em prol da proibição de retrocesso ambiental, uma vez que não permite a tirania do fato consumado como gerador de redução do mínimo ecológico constitucional. Ainda permite que, via interpretação judicial, haja integridade no direito ambiental corroborando a segurança jurídica e a coerência na sua aplicação.

Outra análise necessária é a do atual Código Florestal (Lei 12.651 de 25 de maio de 2012), especialmente no que concerne à flexibilização da delimitação de área de preservação permanente (APP) e a denominada anistia aos que cometeram infrações e crimes ambientais até 22 de julho de 2008. A flexibilização das áreas de preservação permanente é verificada nos artigos 61-A, 61-B e 61-C, os quais permitem uma faixa marginal menor aos cursos d'água natural. Sendo essa flexibilização permitida às áreas consolidadas (fato consumado) anteriores a 22 de julho de 2008 e vinculadas ao tamanho da propriedade, o que contraria ao próprio conceito de APP estabelecido no art. 3º inciso II. Cabe ressaltar que o conceito de APP está vinculado a sua função ecológica e não ao tamanho da propriedade.

Da mesma forma intenta participar a anistia concedida nas áreas consolidadas de preservação permanente, nos artigos 61-A, 61-B e 61-C e nas áreas consolidadas de destinação de reserva legal nos artigos 66, 67 e 68. Também o artigo 60 prevê que o proprietário que aderir ao Programa de Recuperação Ambiental (PRA) terá sua punibilidade suspensa dos crimes previstos nos artigos 38, 39 e 48 da Lei 9.605/98.

O Código Florestal teve sua constitucionalidade questionada e analisada nas ADI 4901, 4902, 4903 e 4937 e ADC 42, sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal que os dispositivos, entre outros, que tratam da flexibilização das áreas de preservação permanente e da anistia são constitucionais. O posicionamento da Corte Constitucional não tomou em consideração que, ao menos alguns aspectos, afetam o princípio da proibição de retrocesso ambiental, uma vez que afetam os níveis já alcançados de proteção jurídica do meio ambiente.

Cabe ressaltar ainda a preocupação de Benjamin (2012, p. 67):

Consequentemente, tirante a redução pura e simples de espaços territoriais protegidos, o retrocesso pode afetar ora direitos substantivos (= retrocesso substantivo) ora direitos procedimentais ou o *due process* ambiental (= retrocesso formal ou procedimental); ora o marco legislativo em si mesmo (= retrocesso legislativo); ora a política de

implementação (= retrocesso de implementação).

Nessa mesma linha, Canotilho (2007, p. 5) observa que:

A liberdade de conformação política do legislador no âmbito das políticas ambientais tem menos folga no que respeita a reversibilidade político-jurídica da protecção ambiental, sendo-lhe vedado adoptar novas políticas que traduzam em retrocesso retroactivo de posições jurídico-ambientais fortemente enraizadas na cultura dos povos e na consciência jurídica geral.

No que tange à questão da integridade, impõe lembrar que ela exige estabilidade e coerência na aplicação da constituição vinculada à construção político-jurídica do Estado e “não os pontos de vista de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política especial” (DWORKIN, 2014, p. 451). Isso significa dizer que a integridade exige uma interpretação principiológica da Constituição e não vinculada a uma casuística de interesses e pressões nada democráticas e republicanas. Assim, pode-se recorrer novamente aos argumentos de Benjamin (2012, p. 71-72):

Consequentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de protecção da Natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passar a podê-lo. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional.

Em face disso, o princípio da proibição de retrocesso ambiental é entendido como decorrente de uma construção histórico-jurídica do direito ambiental. O direito fundamental ao meio ambiente tem relação direta com a dignidade da pessoa humana. Assim, a proibição de retrocesso ambiental incide sobre os atos administrativos, os atos normativos primários e a decisão judicial. Alinhado com o direito como integridade, compreende-se que deve haver uma progressividade de protecção do meio ambiente e não a sua redução ou flexibilização. Nos termos da Súmula 613 do STJ, veda-se o império do fato consumado em matéria ambiental.

As flexibilizações das áreas de preservação permanente e a anistia concedida pelo Código Florestal, ainda que declaradas constitucionais pelo STF, afetam o princípio da proibição de retrocesso ambiental e a integridade do direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dworkin sustenta a tese de que o direito é fruto da interpretação. A atividade interpretativa é guiada pelas circunstâncias do caso concreto e pela integridade do direito. Nesse sentido, produz a metáfora do Juiz Hércules, para denotar que a decisão jurídica deve ser construída pelas partes, percebendo a existência de uma comunidade de princípios e evitando qualquer forma de ativismo judicial. Essa construção interpretativa deve ser balizada pela Constituição e a comunidade de princípios formada a partir dela, para que a integridade seja respeitada e a segurança jurídica garantida.

Nessa linha, em face da preocupação com os conflitos ambientais e a crescente desregulação/flexibilização das normas ambientais, ganha relevo o princípio da proibição de retrocesso ambiental. Esse princípio está assentado na estabilidade do direito constitucional, dos direitos fundamentais e do próprio direito ambiental. Atos administrativos, legislação e decisões judiciais não podem afetar, sem mais, o conteúdo de proteção ambiental já conquistado no plano das políticas públicas.

A garantia do princípio da proibição de retrocesso ambiental coaduna-se com o direito como integridade proposto por Dworkin. Essa assertiva se assenta na comunidade de princípios criada pela Constituição Federal de 1988, fruto de conquistas políticas desta comunidade. Evidentemente, o princípio da proibição de retrocesso não impede a mudança legislativa, apenas ressalta a impossibilidade dessa mudança operar *in pejus*. Nesse sentido, a Súmula 613 do STJ impede a convalidação do fato consumado, corroborando a proibição de retrocesso e a integridade do direito. Já os dispositivos do Código Florestal, Lei 12.651/2012, mesmo após a análise de constitucionalidade pelo STF, notadamente, os artigos 61-A, 61-B e 61-C, que flexibilizam as regras para as áreas de preservação permanentes de faixa marginal dos cursos d'água natural e a anistia concedida a quem cometeu irregularidade e crime antes de 22 de julho de 2008, pode-se argumentar que em ambas as situações houve desrespeito ao princípio da proibição de retrocesso. Em que pese haja decisão do STF acerca da constitucionalidade do Código Florestal, entende-se que a flexibilização das regras para as áreas de preservação permanente e a anistia afrontam o princípio da proibição de retrocesso ambiental, bem como atingem

a integridade do direito, desrespeitando a comunidade de princípios formada por uma construção histórica e democrática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. SENADO FEDERAL. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 02 Jan. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Coimbra Editora, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. 33. ed. Porto Alegre: L&PM, 2018.

LEFF, Enrique. Complexidade, interdisciplinaridade e saber ambiental. **Revista Olhar de Professor**, Ponta Grossa, volume 16, n. 1, p. 309-335, 2011.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução de Sandra Valenzuela. Revisão técnica de Paulo Freire Vieira. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LYOTARD, Jean-Francois. **A condição pós-moderna**. Traduzido por Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

MARIN, Jeferson Dytz. **Crise da jurisdição e decisionismo em Alexy: prisioneiros da liberdade**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARIN, Jeferson Dytz. **Relativização da coisa julgada e inefetividade da jurisdição: de acordo com a lei 13.105 de 16.03.2015 – novo código de processo civil**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARIN, Jeferson Dytz; RAMOS NETO, Nelson Gularte. O direito como integridade, a coerência e a responsabilidade política: os alicerces da teoria dworkiniana da decisão. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 1, p. 1059-1084, 2019. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-5-2019-n-1/186>. Acesso em 01. mai. 2019.

MORATO LEITE, J. R.; AYALA, P. A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, s.d.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso ambiental. In:

COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília: Senado Federal, 2012. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 02 Jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

STEINMETZ, Wilson. **Direitos fundamentais: estudos jurídico-dogmáticos**. Joaçaba: Editora Unoesc, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Revista de Súmulas**, Brasília, volume 47, ano 10, agosto 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_47.pdf. Acesso em: 04 jan. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

AS DEFICIÊNCIAS PERCEBIDAS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA E AS CONTRIBUIÇÕES DE JÜRGEN HABERMAS: UMA PROPOSTA PARA SE REPENSAR A DEMOCRACIA

DOI10.55339/9788560757244005

Cristhian Magnus de Marco
Gabriela Samrsla Möller

1 INTRODUÇÃO

No cenário político atual e através de várias pesquisas realizadas por sérias instituições, vemos cada vez mais anúncios sobre a “caída da democracia liberal” ou a “crise da democracia liberal” em vários países, exemplificado através de fenômenos como a chegada ao poder de líderes autoritários/populistas/autocratas pelo voto e pelo processo democrático, ou seja, pela escolha deliberada da população. Vivencia-se diariamente, sem dúvidas, um aumento da polarização política e um aumento da discordância entre as pessoas, muitas vezes sem que haja a possibilidade de se encontrar um acordo racional e não-violento às questões discutidas.

De outro lado, alguns teóricos defendem a democracia explicitamente em suas propostas teóricas, debatendo formas de ampliar e resgatar aspirações democráticas frente ao complexo cenário hoje existente. Dentre os autores, destaca-se Jürgen Habermas, que propõe um modelo radical de democratização através do debate (teoria do agir comunicativo) e que, por esse motivo, aborda a democracia não somente como um ideal moderno político, mas também ético e civilizatório. A opção por Habermas foi também realizada em razão da proposta do Autor apostar diametralmente no direito para a efetivação democrática.

Nessa perspectiva, o problema de pesquisa proposto é o seguinte: a partir da percepção de democracia em Habermas, que propostas podemos tirar para fortalecer a democracia brasileira?

A hipótese é a de que a proposta de Habermas aposta no fortalecimento democrático e, levando em consideração a tradicional problemática dos países latino-americanos quanto ao fortalecimento dos direitos fundamentais, a proposta se apresenta como importante ponto de reflexão para se pensar sobre formas de compensar e trabalhar deficiências democráticas.

O objetivo geral do trabalho é o de pensar as deficiências democráticas percebidas pela população brasileira a partir da democracia deliberativa em Jürgen

Habermas.

A justificativa do presente estudo é a de que pesquisas recentes mostram que há um panorama de descrença e desconfiança crescente quanto à democracia brasileira. Nesse cenário, a proposta de democracia deliberativa de Jürgen Habermas se apresenta como possível ponto de partida para se repensar a democracia e o seu fortalecimento.

O artigo foi dividido em três seções. A primeira seção foi denominada “Direito e democracia em Habermas”. Nela, se apresenta ao leitor uma aproximação da proposta democrática habermasiana. A segunda seção foi denominada “Dados que denotam a percepção atual sobre a democracia brasileira”. Na segunda seção, serão apresentados dados de pesquisas realizadas no Brasil que denotam a percepção atual do brasileiro quanto à democracia. Na terceira seção, denominada “O fortalecimento dos direitos no Brasil e a proposta habermasiana”, realiza-se uma correlação mais explícita entre o fortalecimento democrático em Habermas levando em consideração o resultado dos dados apresentados, trabalhando-se os déficits delineados pelos números.

Quanto à metodologia, a técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica e a documental. Levando em consideração a opção pela proposta habermasiana, a obra selecionada de Habermas para a pesquisa foi “Direito e Democracia”. Ademais do uso do livro do Autor, foram utilizados outros materiais de apoio para auxiliar na explicação sobre a proposta de Habermas. Quanto aos dados sobre a democracia brasileira, foram analisados os índices do *Latinobarómetro* e do LAPOP.

A pesquisa no LAPOP foi feita diretamente aos dados primários. No *Latinobarómetro*, a pesquisa foi feita no relatório emitido pela instituição e, também, nos dados primários, disponibilizados pelo site. Todos os dados e relatórios são atuais, reportando-se ao final de 2020 (*Latinobarómetro*) e 2019 (LAPOP).

2 DIREITO E DEMOCRACIA EM HABERMAS

Para Habermas (1997, p. 184), o direito realiza um papel histórico de integração social que une tanto a imposição coercitiva da norma (facticidade), como um elemento de legitimidade (validade), relacionado à aceitação pela força do convencimento, ou, mais bem delineado: “[...] força ligadora de convicções racionalmente motivadas[...].” (HABERMAS, 1997, p. 47).

Em sociedades arcaicas, havia uma ligação entre facticidade e validade, pois a integração social é realizada pelo direito em um pano de fundo simbólico de mitos

e religiosidade que estancam o contingente social através de suas normas sancionadoras e da legitimidade metafísica e transcendental. Aqui, não há distância entre mundo e linguagem, pois há uma compreensão imediata do mundo.

Habermas (1997, p. 169) realiza uma análise das mudanças ocorridas na modernidade em decorrência do processo de racionalização da vida, onde a legitimidade jurídica já não é mais explicada por aspectos metafísicos e de ordem religiosa, mas pelo Estado de direito, o que Habermas (1997, p. 170-180) define minuciosamente pelo entrelaçamento entre direito e política: a política precisa do direito para a própria criação e manutenção do Estado e o direito precisa da política para a efetivação da sanção e da coerção (HABERMAS, 1997, p. 170-171)

Nesse sentido, Habermas (1997, p. 45) enfoca a teoria do agir comunicativo voltada à integração da ordem social moderna/complexa, assolada por um aumento incessante do risco de dissenso.

Em uma sociedade complexa, plural e cuja vida é racionalizada, as ações comunicativas são deslocadas cada vez mais para realizações de entendimentos entre os atores. Com o fim das sociedades arcaicas, potenciais comunicativos são liberados, uma vez que em sociedades arcaicas os cidadãos movimentavam-se dentro de limitadas possibilidades comunicativas, mas na modernidade isso é ampliado significativamente pelos pressupostos de laicidade, liberdade e participação (SILVA, 2019, p. 5). Entrementes, a pluralidade social dificulta o entendimento mútuo entre as pessoas, pois, conforme posto, interesses políticos e econômicos surgem e não há mais uma coesão social com um pano de fundo simbólico que une as pessoas.

Na modernidade, assim, nascerá uma tensão entre a validade e a facticidade, pois elas não serão mais identificadas de forma uníssona.⁷ Nesse panorama con-

⁷ A visão dirige-se, ao invés disso, para uma tensão entre facticidade e validade que habita no direito. Esta tensão se apresentara inicialmente na dimensão da validade do direito – como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito – e no interior do sistema de direitos – como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a ideia do Estado de direito, amplia-se a perspectiva. A partir dos direitos, nós passamos para uma dominação organizada juridicamente, cujo exercício deve ficar ligado a um direito legítimo. Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, pressuposto por ele, a tensão entre facticidade e validade desloca-se para uma outra dimensão, reaparecendo no próprio poder político constituído conforme o Estado de direito. A dominação política apoia-se num potencial de ameaça garantido pelos meios coercitivos da caserna, simultaneamente, porém, ela pode ser autorizada através de um direito legítimo. Na validade jurídica e na obrigatoriedade legítima das decisões políticas, há dois momentos que se ligam, ou seja, a coerção e a pretensão à validade deontológica, havendo porém, uma inversão dos lados. Enquanto o direito, independentemente de sua positividade, revela naturalmente uma pretensão natural à validade deontológica, o poder, independentemente

flitual, o *medium* do direito positivo moderno apresenta-se como candidato para a realização de consensos e possibilitar a existência de comunidades, por realizar uma coesão que advém tanto da ameaça de sanção como pela suposição de um acordo racionalmente motivado (HABERMAS, 1997, p. 24-25).

Ressalta-se que, ao analisar que o direito possui dimensão de facticidade e validade, é nítido que Habermas parte do pressuposto que o direito não pode ser visto puramente no aspecto normativo, como muito dos seus predecessores modernos defendiam, mas possui uma dimensão funcional preocupada com a integração social, que só é alcançada, por sua vez, se o direito for tido como legítimo (na proposta habermasiana para o direito moderno, se o direito estiver apoiado em um poder comunicativo normatizador) (HABERMAS, 1997, p. 182-189).

Mas para que o direito seja capaz de integrar a sociedade, há alguns desafios que surgem na modernidade, precisamente os sistemas instrumentais, que buscam integrar a sociedade através do puro poder político ou pela pura ordem econômica. Lado a lado, a solidariedade (representada pelo mundo da vida), o dinheiro e o poder político (abordados por Habermas como os sistemas instrumentais), lutam para orientar a ação social, mas é somente o sistema do direito capaz de realizar tal integração, pois conta com o aspecto de coerção, de um lado, quanto pelo aspecto de legitimidade da lei, de outro.

O mundo da vida é baseado no entendimento comunicativo (racionalidade comunicativa). Esse nível é especializado na integração social e requer que os agentes coordenem suas ações pela solidariedade imersa na intersubjetividade do conhecimento recíproco. No mundo da vida, estão os acervos culturais da sociedade, que permite que os atores lancem mão de crenças, convicções, valorações e enfrentem novas definições ou negociações por processos de mútuo entendimento (SALVAT, 2014, p. 98). O mundo da vida, sozinho, porém, não é capaz de realizar a integração social.

Quanto aos sistemas instrumentais, estabilizam dissensos, porém são voltados a fins, o poder e o dinheiro, de modo que pouco dependem do entendimento comu-

de sua autorização, está a disposição de uma vontade política como meio para a obtenção de objetivos coletivos. É por isso que, se o considerarmos apenas empiricamente, o poder funciona quase sempre como uma simples norma da qual o poder político se serve. Ora, tal facticidade – invertida do ponto de vista normativo – de um poder ilegítimo e externo ao direito, que apenas instrumentaliza o direito, não será nosso tema por enquanto. A análise conceitual consegue explorar a tensão entre a facticidade e a validade que sobrecarrega o poder político enquanto tal, porque este mantém uma relação interna com o direito, através do qual ele precisa legitimar-se (HABERMAS, 1997, p. 173-174).

nicativo. Inclusive, é por essa razão que estabilizam o risco de dissenso: pouco dependem do entendimento comunicativo, pois seus meios linguísticos são empobrecidos.

No jogo de forças entre linguagem comunicativa e instrumental, o poder político e o mercado ganham. Aqui está localizada a “crise” que assola a sociedade moderna, identificada por Habermas: na modernidade as relações interpessoais passam a ser coordenadas não pelo entendimento recíproco entre os participantes (racionalidade comunicativa), mas pelos meios padronizantes sistêmicos, que ocasionam uma série de patologias sociais (reificação do comportamento, perda de sentido, anomia social e uma série de psicopatologias) (SILVA, 2019, p.5; SALVAT, 2014, p. 106-108). Esses sistemas realizam a integração social por meio de mecanismos de redução da comunicação social, o que aliena a sociedade (SILVA, 2019, p. 3).

Assim, segundo Habermas, é no processo de racionalização, responsável por separar funcionalmente o poder o Estado e a economia do mercado, que encontramos a justificação da necessidade de haver um elemento mediador no espaço público, no qual os cidadãos podem influenciar nas decisões políticas. (WERLE, 2013, p. 150).

Mas a questão não é excluir os sistemas instrumentais, mas sim encontrar um meio de união do mundo da vida (sistema comunicativo) e dos sistemas instrumentais. A solução para esse cenário passa pela atribuição ao direito da condução de processos de democratização, na medida em que o direito possui capacidade de se reproduzir sob a tensão dos imperativos sistêmicos e as demandas provenientes da sociedade civil (SILVA, 2019, p.3).

Conforme Werle (2013, p. 162), há duas linhas de argumentos quanto à realização do ideal normativo de uso público da razão que auxiliam a compreender a compreensão do autor sobre a esfera pública e, conseqüentemente, sua teoria democrática. O primeiro, centra sua ideia no princípio do discurso, que afirma que só são válidas as normas quando os possíveis atingidos podem dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de um discurso racional. A segunda linha aponta que o princípio do discurso é traduzido para as condições do procedimento deliberativo de legitimação que corresponde ao Estado democrático de direito.

Segundo Werle (2013, p. 150), em uma sociedade plural foi necessário desenvolver um modo de justificação das questões práticas que já não pode ser baseado em concordância metafísica ou em um *ethos* tradicional. Não há uma concordância sobre os valores, normas e princípios aceitos e compartilhados por todos. São os indivíduos os protagonistas autônomos, iguais e livres que devem deliberar, de modo que as instituições sociais somente são justificadas se refletirem as concepções de boa vida dos indivíduos.

A proposta de Habermas (1997, p. 189-191) é baseada na formação do poder político pelo poder comunicativo, realizado pelo *medium* do direito: a constituição de um código do poder significa que um sistema administrativo se orienta por autorizações que permitem decisões coletivamente obrigatórias. O poder do Estado, voltado à organização, execução e coerção, depende do direito, pois se desenvolve e é legitimado por direitos fundamentais.

Por isso, sugiro que se considere o direito como o *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo. Pois a transmutação do poder comunicativo em administrativo tem o sentido de uma procuração no quadro de permissões legais. A ideia do Estado de direito pode ser interpretada então como a exigência de ligar o sistema administrativo, comandado pelo código do poder, ao poder comunicativo, estatuidor do direito, e de mantê-lo longe das influências do poder social, portanto da implantação fática de interesses privilegiados. O poder administrativo não deve reproduzir-se a si mesmo e sim, regenerar-se a partir da transformação do poder comunicativo. Em última instância, o Estado de direito deve regular essa transferência, sem todavia tocar no próprio código do poder, o que o faria intervir na lógica da auto-orientação do sistema administrativo. Do ponto de vista sociológico, a ideia do Estado de direito ilumina apenas o aspecto político da produção de um equilíbrio entre os três poderes de integração global da sociedade: dinheiro, poder administrativo e solidariedade (HABERMAS, 1997, p. 190).

Na sociedade moderna e plural, os discursos racionais não dependem de uma autoridade ou de alguém, mas passam a ser desenvolvidos na esfera pública política (WERLE, 2013, p. 151). O conceito de esfera pública é adotado por Habermas como os âmbitos públicos e privados do mundo da vida. Quando os conteúdos do mundo da vida são problematizados, os sujeitos precisam chegar a um consenso, para fins de se evitar rupturas. O consenso na modernidade se dá através de justificação, ou seja, por argumentos que possam ser aceitos.

A esfera pública política surge na modernidade por algumas razões. O primeiro é como desdobramento da esfera pública literária, que, por sua vez, é fundada nas bases da família patriarcal burguesa, meio de socialização que impede a dissolução da individualidade e que forma um ideal de humanidade. Há alguns problemas

destacados por Habermas, como as funções econômicas reais, o individualismo possessivo e o patriarcalismo, mas ao lado, também há o ideal de humanidade, liberdade, solidariedade e cultivo da esfera íntima. A esfera pública literária representa os primeiros espaços de espaços públicos de socialização burguesa, de caráter privado, como casas de chá, cafés, clubes. A imprensa também foi um facilitador do surgimento da esfera pública política, pois a discussão articulada pela imprensa teve um impacto na forma institucional dos Estados modernos. A esfera pública tem tanto função de realizar a integração social, como tem a função política de racionalizar a dominação política do Estado. Na medida que o capitalismo avança, ficou evidente que a reprodução material teria também que ser regulada pelo Estado. Com o reconhecimento dos direitos fundamentais, o papel político da esfera pública foi reconhecido. Há um caráter crítico importante na esfera pública quando aquela se dá segundo normas de um debate crítico racional (WERLE, 2013, p. 156).

O poder comunicativo, formado dos meios discursivos dispersos de uma opinião pública que busca um consenso sobre metas políticas, deve penetrar nas estruturas do estado de direito para orientar ações do poder administrativo, o que é feito pelo *medium* direito. Nesse sentido, Habermas propõe um modelo processual pelo qual a formação do poder político é realizada através do poder comunicativo, denominado “paradigma jurídico procedimental”.⁸

Habermas desenvolve o conceito de poder comunicativo gerado pelos cidadãos mediante o uso de suas liberdades comunicativas provenientes do mundo da vida, e o confronto com o poder administrativo das instituições políticas, bem como do poder social procedente de interesses particulares de grupos de pressão. O processo de circulação no estado democrático deve permitir que o poder comunicativo dos cidadãos possa se transformar no poder administrativo empregado pelas instituições públicas e neutralizar interesses particulares (DURÃO, 2006, p. 117-118).

As normas devem ser geradas segundo processos discursivos de formação de opinião e vontade, que permitam que os discursos, sejam também eles periféricos, possam ser reconhecimentos formalmente. Uma norma é justa quando atende a interesses universalizáveis. O acordo alcançado entre as partes em uma negociação política deve resultar, a princípio, em um consenso de todos os afetados (MICHELINI, 2015, p. 60).

O conceito de democracia deliberativa se liga à ideia de participação livre e

8 Vai além do paradigma jurídico liberal e social.

igualitária dos cidadãos nos processos públicos de tomada de decisões. O espaço público é o local onde os cidadãos se esclarecem sobre os assuntos que os afetam, com o fim de se chegar a um entendimento razoável. No tradicional sistema presidencialista e representativo, cabe ao presidente e os representantes eleitos, bem como aos juízes, mas não dos afetados. De outro lado, em uma democracia deliberativa, a legitimidade política se sustenta na participação dos cidadãos, de modo que a deliberação não deve estar somente presente nos âmbitos formais do Estado, mas também em âmbitos informais (sindicatos, escolas, universidades...) (MICHELINI, 2015, p. 62).

O direito racional moderno, segundo a proposta de Habermas, é capaz de fazer com que os sistemas dirigidos pelo poder administrativo e pelo dinheiro não fujam de uma integração mediada que considere a sociedade (HABERMAS, 1997, p.65). No mundo da vida, a deliberação não é a única forma de comunicação, mas na via política, a deliberação tem lugar central. Na política, é possível deliberar sobre os mais diversos assuntos, para que se chegue a acordos justos (MICHELINI, 2015, p. 60).

A ideia de autolegislação aparece em Habermas como a ideia de que aqueles que estão submetidos ao direito, como destinatários, podem também ser considerados autores do direito. A autolegislação não pode ser apenas assegurada no nível moral, mas deve ter forma jurídica, o que é possibilitado através dos direitos fundamentais de cunho político, civil e social. É necessário lançar mão do *medium* direito para implementar no processo de legislação o princípio do discurso como princípio da democracia (HABERMAS, 1997, p. 160-165). Partindo desse pressuposto, o princípio da democracia está no núcleo do sistema de direitos.

Esse modelo processual tem por base um Estado de Direito formado por uma série de importantes princípios. Esses princípios são importantes porque denotam que comunidades concretas que desejam regular sua convivência com o direito não conseguem separar as questões de regulamentação de expectativas de comportamento das questões de colocação de fins comuns (HABERMAS, 1997, p. 190-192).

Menciona-se o direito de participação política e o princípio do discurso. O princípio da participação política institucionaliza juridicamente a ideia de formação pública da opinião e vontade através da expressa vontade política de uma comunidade jurídica. O princípio do discurso, por sua vez, submete a validade da norma que pode assumir formato jurídico a questionamentos que correspondem a diferentes tipos de discurso (de teor pragmático, ético ou moral) e formas de negociação. Com isso, há a formação política de opinião e vontade (HABERMAS,

1997, p. 197-198). Essa seria a primeira dimensão de argumentação de Habermas para defesa de sua tese, conforme exposto por Werle.

A teoria de uma democracia deliberativa defende que a cidadania pacífica e justa só é possível que os conflitos entre os cidadãos se desenvolverem mediante um discurso público no qual os afetados participam em igualdade de condições, através de argumentos convincentes e apropriados, seja de cunho pragmático, ético ou moral. A teoria deliberativa defende também que são os próprios afetados quem devem solucionar, mediante o processo público, os conflitos, através de debates, onde argumentos são expostos (MICHELINI, 2015, p. 61).

O caminho do princípio do discurso deve garantir um consenso não-coercitivo, desdobrando-se por procedimentos que regulam as negociações sob o ponto de vista da imparcialidade. Se a negociação decorrer de procedimentos que garantam que todos os interesses tenham chance igual de participação e influência, pode-se chegar a uma suposição que os pactos são conformes a equidade (HABERMAS, 1997, p. 209-210).

A democracia deliberativa deve ser um procedimento no qual os cidadãos recebem informações confiáveis, em que haja um intercâmbio de argumentos, no qual o outro não é visto como inimigo, mas como um ator crítico na busca de soluções racionais razoáveis. Nesse sentido, o fundamental de uma democracia não está no voto, nem na decisão da maioria, mas na deliberação (MICHELINI, 2015, p. 62).

A democracia deliberativa habermasiana é um procedimento que permite identificar os interesses e aspirações dos cidadãos, no sentido de se buscar a tomada de decisões racionais baseadas em uma vontade em comum. É de se destacar que uma democracia de qualidade só é alcançada através de um procedimento racional e, também, inclusivo (MICHELINI, 2015, p. 60).

Assim, o processo democrático que institucionaliza as formas comunicativas para a formação de uma política racional da vontade tem que satisfazer diferentes condições da comunicação. A legislação ocorre em uma rede complexa de processos de entendimento e práticas de negociação. A soberania comunicativa diluída dos cidadãos se faz valer no poder dos discursos públicos autônomos e procedem democraticamente, de modo que tomam forma de resoluções politicamente responsáveis, onde não se sufoca o conflito de interesses (HABERMAS, 1997, p. 231-232).

O princípio da democracia volta-se a um procedimento de normatização legítima do direito, no qual há a formação normativa a partir de um procedimento que possibilite a participação livre e o assentimento. Trata-se das condições de institucionalização da formação racional da opinião e vontade dos cidadãos. O sistema de

direitos e a democracia pressupõem um ao outro. Há uma relação de circularidade na qual o direito e o mecanismo para a produção do direito (princípio da democracia) se constituem. O procedimento democrático de legitimação política tem como base o princípio do discurso, pois o pluralismo vivido demanda que haja um procedimento democrático para a criação do direito (WERLE, 2013, p. 166-170).

Na proposta Habermasiana, o direito é ambíguo, pois conecta-se ao sistema instrumental (Estado) e ao mundo da vida. Por essa conexão, abre canais para que o poder comunicativo alcance os sistemas instrumentais. De outro lado, se o procedimento democrático não é perseguido, o direito pode dar em aparência de legitimidade a um poder ilegítimo. Para as sociedades complexas, Habermas aponta que o procedimento democrático acima exposto é a única forma legítima de Estado de direito.

Uma compreensão deliberativa da democracia é interessante na medida em que coloca o peso da deliberação na sociedade civil. A ideia é examinar publicamente os prós e contra de uma proposta, exercendo atividades como escuta do outro, reflexão crítica, discussão racional, busca racional da solução dos conflitos. A finalidade da política é alcançar acordos racionais para os conflitos. A busca de um consenso vai resultar na criação de leis e na implementação de políticas públicas (MICHELINI, 2015, p. 61-62).

3 DADOS QUE DENOTAM A PERCEPÇÃO ATUAL SOBRE A DEMOCRACIA BRASILEIRA

Na presente seção, será trazida a percepção atual de brasileiros sobre a democracia brasileira. A maior parte dos dados serão comparados com os dados de outros países latinos para que o resultado seja visualizado em um panorama mais amplo. A coleta dos dados pretende compreender a (in)satisfação atual do brasileiro perante a democracia, com o fim de confrontar, posteriormente, com os delineamentos da proposta democrática da teoria habermasiana.

Ressalta-se que a base de análise são os padrões de percepção do que se aborda como uma “democracia liberal”, que coaduna com a proposta democrática de Habermas.⁹

9 A democracia liberal é a democracia que nasce nas nações ocidentais mais desenvolvidas e após a queda da União Soviética, se torna a forma de regime dominante no mundo. Segundo Mounk (2019, p. 14), isso se deve também ao fato de que não havia alternativa consistente à democracia, dado ao fracasso do comunismo e o pouco apoio às teocracias. A democracia li-

Inicialmente, quanto à percepção de “problemas existentes” na democracia, segundo o *Latinobarómetro* (2021, p. 30) 54% dos brasileiros apontam que há “grandes problemas” na democracia, enquanto 15% identificam uma democracia com “pequenos problemas”.

Quanto aos níveis de satisfação com a democracia brasileira, dados apontam que 50% “não estão satisfeitos” e 28% “nada satisfeitos”. Na série histórica desde 1995, o percentual quanto à satisfação diminuiu e quanto insatisfação aumentou, ou seja, houve uma piora nos dados (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021).

Para o *Latinobarómetro* (2021, p. 40), o que qualifica uma democracia como “vulnerável” não é nem o índice de apoio aos golpes, que, conforme veremos, é baixo, mas é o índice de não-democratas. No Brasil, 55% não apoiam a forma de regime democrática. Pelo alto índice brasileiro, o relatório insere o país dentre os países com democracias mais “vulnerável”, cujo topo é ocupado por Honduras, com 70% de não-democratas.

Atualmente, 70% dos latino-americanos estão insatisfeitos com a democracia, mas 49% declaram apoiar a forma de Estado democrático. Entretanto, 23% estão insatisfeitos com a democracia e não apoiam a forma do Estado democrático (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 38-40). Entre 2010 e 2020, o apoio à democracia caiu de 63% para 49% e aumentou o número de pessoas que, além de insatisfeitos com a democracia, não a apoiam.

Em que pese 45% apoiarem a democracia, para aqueles que “tanto faz” a democracia ou outra forma cresceu exponencialmente: era de 20% em 1995 e atualmente é de 41% (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 38-40). O Brasil, hoje, registra um apoio fraco à democracia, não alcançando índices de 60% de apoio, como outros países (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 23).

Para 69% dos brasileiros, a democracia tem problemas, mas é o melhor sistema (“Democracia Churchilliana”). A média latina é de 63% e o número apresenta redução desde 2013, quando alcançava 79% (caída de 16 pontos percentuais em menos de uma década) (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 31).¹⁰

beral é um conjunto de instituições eleitorais com poder de lei, que traduz as opiniões do povo em política pública e que protege o Estado de direito e garante direitos individuais para todos. É a união entre: vontade do povo (democracia) e direitos individuais (liberalismo) (MOUNK, 2019, p. 39).

¹⁰ Para o *Latinobarómetro*, a média brasileira de concordância com a frase é de 69%, enquan-

Paralelamente, a discordância quanto à frase tem aumentado: teve a menor série em 2010, 26%, atingiu 48% em 2017, porém, em 2019 a discordância reduziu para 40%. Se analisarmos os dados de 2017, houve uma melhora quanto à percepção da democracia, mas não é a mesma percepção que havia em 2010. Dentre os países da América Latina, o Brasil ocupa a quinta posição quanto à concordância com a frase.¹¹

No que toca à posição política, vem ocorrendo um aumento de pessoas que se identificam como de direita (28%, em 2017, para 39%, em 2019). Quanto à esquerda, houve um decréscimo (39%, em 2017, para 28% em 2019). Quanto às pessoas que se diziam ao “centro”, somam 39% em 2019, número que vem reduzindo desde 2010, o que denota também a polarização política. A direita (50%) é a parcela mais satisfeita com a democracia, seguido do centro (39%) e da esquerda (35%) (LAPOP, 2019, p.11-15).

Para 59% dos brasileiros, em nenhuma circunstância se admitiria um governo militar ou autoritário (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 33). Entretanto, cerca de 53% dos brasileiros apoiam outras soluções não-democráticas (fechamento do Congresso pelo presidente, dissolução do STF pelo presidente, etc.), o que acompanha o índice latino de 51%. Esses dados indicam, conforme veremos abaixo, a tendência de aumento do apoio ao populismo e à autocracia¹² (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 34-35). Em todos os casos, o apoio da direita aos golpes é até 20 percentuais mais alto do que

to segundo o Lapop é de 60%.

11 Está atrás de Costa Rica (72%), Chile (64%), Mexico (63%) e empata com Colômbia em 60%. (LAPOP, 2019, p.16-18).

12 No ponto, é importante destacar as diferenças entre autocracia, autoritarismo e populismo. O termo autocracia refere-se ao modo como o poder estatal é distribuído, no sentido de reduzir garantias sociais e civis. Normalmente, chama-se de “autocrático” o governo que: atacam a mídia e a sociedade civil, polarizam a sociedade, desrespeitam oponentes através de informações falsas e depois miram uma eleição/reeleição. A autocracia não se relaciona com a legitimidade democrática, de modo que um governo democraticamente eleito poder se portar de forma autocrática. A autocracia é uma característica marcante do populismo. O populismo, por sua vez, é um movimento fundado em um sentimento antissistema, antielite, *antiestablishment*. Os populistas não são antidemocráticos, no sentido de não defenderem sua eleição que não pelo voto, mas são anti-institucionais, por se oporem ao modelo tradicional de democracia representativa. Muitos líderes populistas são também “iliberais”, no sentido de limitarem o acesso dos cidadãos a direitos fundamentais. Essas limitações, eventualmente, podem se aprofundar, o que faz com que tradicionalmente um governo populista, em que pese eleito, seja logo desacreditado pelos que nele votaram. Sobre o ponto, sugere-se a leitura de Przeworski (2019). O autoritário, por seu turno, é aquele governante que acessa ao poder de forma não democrática, como através de um golpe, ou seja, não acessa o poder pelo voto, pela via democrática.

do centro e da esquerda.¹³

Quanto à confiança, a América Latina é a região mais desconfiada do mundo frente às instituições eleitas por voto popular, em comparação com as demais regiões: está a vinte pontos percentuais atrás da Ásia, África, Países Árabes e Eurásia (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 62). Segue que no Brasil, confiam: 67% na igreja, 57% nas forças armadas, 48% na polícia, 30% no presidente, 30% na instituição eleitoral, 27% no governo, 36% no poder judicial, 23% no congresso, 13% nos partidos políticos. Verifica-se o baixo grau de confiança no congresso e nos partidos políticos, o que se confirma pelo dado que desde 2010 diminuiu de 40% para 29% (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 64-71 e 89).

A “desconfiança” fica nítida também pela percepção de uma “corrupção generalizada” nas instituições democráticas: 47% desconfiam das instituições públicas, o que afeta profundamente a consolidação da democracia (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 83-84).

Alguns outros dados sobre o Brasil: 32,5% acreditam que os tribunais garantem julgamentos justos (terceira melhor classificação na América Latina); 51,1% apontam que os direitos dos cidadãos estão bem protegidos (nono lugar na América Latina); 30,9% acreditam que o Congresso Nacional é confiável (quinto lugar na América Latina); 13,4% apontam que tem confiança nos partidos políticos (décimo lugar na América Latina), sendo que 89,8% pensam que todos os partidos têm envolvimento com corrupção (segundo lugar na América Latina); 44,9% apontam ter confiança no STF (terceiro lugar na América Latina) (LAPOP, 2019, p. 55-64).

Quanto à proteção da liberdade de expressão, participação política e eleição de profissão e religião. Nos índices gerais, 68% acreditam ter garantia de eleger sua religião, 57% a liberdade de eleger a profissão, 46% a liberdade de expressão, 45% a liberdade de participar em política. É de se destacar que os números foram afetados pela pandemia, pois não caíam há 15 anos, a não ser pela liberdade de participar da política, que caiu vinte pontos percentuais desde 2011. Quanto à liberdade de expressão, o Brasil tem a pior taxa da América Latina, 30%. É também o pior quanto à liberdade de eleger profissão, 38%. A percepção de perda de liberdades civis é profundamente preocupante para a democracia (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 54-57).

13 Atualmente, 62% não concorda quanto à dissolução do STF. O questionamento envolvendo a dissolução do STF era de 87% de discordância de 2008-2012, depois o número começou a decrescer, ou seja, aumentou a concordância (LAPOP, 2019, p. 24-30).

Quanto às garantias econômicas e sociais, como nas garantias civis, sofreram grande queda em 2020. Brasil tem o pior índice na percepção da igualdade de gênero (22%), de igualdade de oportunidades (20%), proteção do meio ambiente (20%) e terceiro pior quanto à segurança social (23%) (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 58-61).

Quanto à percepção de discriminação, 21% dos latinos se sentem parte de um grupo discriminado (pobres, indígenas, afrodescendentes, homossexuais e imigrantes). No Brasil, esse número chega a 39%, cujo maior índice, dentre os grupos discriminados, é a discriminação racial (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2021, p. 86-87).

4 O FORTALECIMENTO DOS DIREITOS NO BRASIL E A DEMOCRACIA: da aplicação da proposta habermasiana

Os dados acima apontam um cenário de desencantamento com a democracia. Para 44% dos brasileiros há grandes problemas na democracia, sendo que 80% dos brasileiros estão pouco ou nada satisfeitos com a situação da democracia atual. Houve redução do apoio à democracia, que caiu cerca de 10 pontos nos últimos seis anos (45%), de modo que a maior parte dos brasileiros não apoia a democracia.

Há, ainda, um alto índice de desconfiança quanto às instituições públicas, principalmente quanto ao Congresso e aos partidos políticos. Isso se traduz nos altos índices de percepção da corrupção. Quanto à proteção dos direitos fundamentais, o Brasil tem dois direitos civis profundamente afetados: liberdade de expressão e o de eleger profissão. Quanto aos direitos sociais, o Brasil tem o pior índice da América Latina quanto à igualdade de gênero, igualdade de oportunidades e proteção do meio ambiente. O Brasil tem um alto índice de discriminação, principalmente no que toca à discriminação racial.

Com isso, mesmo que a maioria não apoie soluções autoritárias (60%), 53% apoiam expressamente outras soluções não democráticas. Essas soluções, porém, no mais das vezes acabam limitando os direitos fundamentais dos cidadãos, reduzindo a participação política e colaborando para o aumento da polarização política.

A questão é se pensar como tal cenário foi formado, por quais razões existe, hoje, uma descrença tão profunda no potencial democrático.

Como um teórico da tradição crítica, Habermas identifica um “projeto em crise da modernidade, constatado a partir de uma série de problemas presentes nas sociedades democráticas, o que acaba por ampliar os dissensos e as formas de vio-

lência, mas também aponta uma solução voltada à emancipação social (SALVAT, 2014, p. 95). O projeto em crise seria a colonização do mundo da vida, logo, o horizonte de emancipação seria a descolonização do mundo da vida.

Habermas aponta que a modernização social conduz a uma situação dilemática: a forma típica de integração social não violenta, orientada pelo mundo da vida – pautada na possibilidade de crítica ininterrupta e no livre convencimento dos atores concernidos – revela-se incapaz de estabilizar perante toda a sociedade o profundo risco de dissenso e desagregação que lhe é próprio. Ao mesmo tempo, as exigências modernas de integração social mostram-se progressivamente supridas por mecanismos sistêmicos que neutralizam o risco de dissenso fazendo uso dos meios não comunicativos do poder e do dinheiro. Como consequência, os potenciais comunicativos são suprimidos em âmbitos cada vez mais amplos da vida social (WERLE, 2013, p. 149-150).

A colonização do mundo da vida ocorre quando os sistemas instrumentais “colonizam” o mundo da vida, de modo que os fins sociais e a produção normativa são estabelecidos a partir do dinheiro e poder, sem a mediação comunicativa necessária. Os déficits democráticos do capitalismo tardio acentuam as patologias da modernização (corrupção, despolitização da esfera pública, manipulação midiática...). Nesse sentido, tendo em vista os desafios da modernidade, o direito tende tradicionalmente a beneficiar um funcionamento meramente sistêmico de suas práticas e instituições (SILVA, 2019, p. 5-6).

A crise de legitimidade democrática se relaciona fundamentalmente com os tipos de justificação da práxis democrática, ou seja, com a perda do horizonte argumentado intersubjetivamente e das normas e estruturas que o sustentam. O capitalismo tardio apresenta déficits democráticos preocupantes, pois acentuam as patologias da modernidade, causadas pelos sistemas instrumentais. As patologias se ligam a uma alienação política do cidadão frente aos poderes, sociais, econômicos, políticos e técnicos; como reflexo de um Estado que desenvolve seu aparato administrativo a margem do controle majoritário. As consequências desse cenário são a decepção dos cidadãos frente a demandas não satisfeitas, despolitização da esfera pública, corrupção, passividade dos cidadãos, manipulação midiática, etc. (SALVAT, 2014, p. 106-108).

As democracias representativas (ou “reais”) se caracterizam pela luta de interesses, pelo predomínio de relações estratégicas de poder, pela escassez de tempo para a deliberação, pela influência de meios de comunicação, e pelo predomínio da imagem, e não da deliberação pública. Em alguns casos, como o do Brasil, a

cidadania é profundamente limitada pela pobreza e desigualdade. Tudo isso afeta a qualidade da democracia. As diversas formas de dissensos e conflitos não foram resolvidos nem por meio de formas antidemocráticas (autoritarismo) nem por meio de procedimentos democráticos baseados na simples agregação de interesses. Nesse sentido. A proposta de Habermas pode oferecer novos pontos de vista (MICHELINI, 2015, p. 65).

É no “[...] caráter contraditório inscrito estruturalmente na esfera pública”, conforme posto por Werle (2013, p. 160-161), que Habermas critica uma decadência do caráter crítico da esfera pública no capitalismo tardio. Os problemas na esfera pública são de várias ordens, como: intervenção do Estado na economia, que ampliou a administração burocrática, por razões como ameaças e crises causadas por processos ilimitados de autorregulação do mercado, ou para garantir o bem-estar; captura do poder público por associações privadas e afirmação de seus interesses na esfera pública; desigualdade social e impacto na representação política; decadência da esfera íntima da família como canal de tradição, orientação e formação de conduta; massificação de cultura e política, com o fim de espaços públicos tradicionais e a substituição por espaços de comercialização. Werle cita ainda, quanto ao âmbito da política, o destaque dado por Habermas ao partidarismo e a manipulação da esfera pública.

A esfera pública atual é marcada por técnicas dos meios de comunicação empregadas para dar aura de prestígio a determinadas autoridades públicas, exclusão da maior parte da sociedade no processo de discussão pública e o processo de tomada de decisões é manipulado, o que conduz, juntos, a uma despolitização da sociedade (WERLE, 2013, p. 161).

Para alcançar o Estado democrático de direito (através da superação paulatina dos problemas que os sistemas realizam) é necessária uma concepção de democracia deliberativa, cuja base é a discussão e a interação com a ética discursiva. Essa democracia deve unir termos ético-morais e político-jurídico, onde o direito adquire lugar de mediação social.

A ideia do Estado de direito pela teoria do discurso, segundo Habermas, não é “exaltada”, pois brota do solo onde viceja a realidade do direito. Se não houvesse a dimensão de fundamentação institucionalizada e abertura para a argumentação moral, só existiria a autonomia sistêmica. O sistema jurídico, ainda, não adquire autonomia para si, pois só é autônomo na medida em que processos institucionalizados de legislação e jurisdição garantem a formação imparcial da opinião e vontade, abrindo o caminho para a racionalidade moral procedimental no direito

e política. Para Habermas (1997, p. 246), não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia.

Tradicionalmente, se verifica que os debates que ocorrem no legislativo são, em muitos casos, precários, sem que haja o atendimento, escuta e deliberação com os afetados. No mais das vezes, isso deriva do fato de a política ter se tornado um negócio lucrativo. Os meios de comunicação, em que pese já terem atuado como forma de emancipação social, se converteram em instrumentos de manipulação pública (MICHELINI, 2015, p. 62-63).

Os argumentos dos representantes eleitos não são expressão direta da vontade dos afetados. Na democracia representativa, a voz dos afetados é sempre restrita, de modo que são necessárias instituições que canalizem a vontade dos afetados. Aqui, é importante a distinção feita entre os sistemas instrumentais “poder e dinheiro” (MICHELINI, 2015, p. 63).

As leis do mercado são úteis somente ao sistema “mercado”. A educação e a saúde não podem ser avaliadas pela lei da oferta e demanda. Se assim o for, há uma “colonização do mundo da vida” e os cidadãos passam a ser meros consumidores. A informação e a deliberação política devem adquirir um grau de qualidade, também. O modelo político atual desconsidera o potencial de comunicação (MICHELINI, 2015, p. 64).

Uma democracia de qualidade tem como núcleo central os processos de deliberação por diversas razões, como: por ser um procedimento no qual direitos fundamentais da maioria e das minorias são sopesados; por ser um processo pelo qual as pessoas estão dispostas a escutar o outro e, inclusive, mudar sua opinião se o outro trouxer informações mais consistentes, por um processo de convencimento, e não de persuasão; a deliberação exige participação ativa da cidadania, através da busca de informação confiável e também, além do exercício dos direitos individuais, da prática da solidariedade, que é uma obrigação cidadã; por fim, permite que várias formas de racionalidade se expressem, como a estratégica, a ética, a moral (MICHELINI, 2015, p. 65).

Aponta-se que a proposta Habermasiana é “forte” para a sociedade moderna. Ainda se vive em uma sociedade que dificulta a comunicação: os cidadãos devem refletir sobre os problemas existindo um cenário de escassez de informações, manipulações implementadas pela publicidade e pelos meios de comunicação de massa e crescente apatia e decrescente interesse e participação eleitoral. Cada vez mais o poder político consegue se impor sobre um sistema econômico globalizado (DURÃO, 2006, p. 118).

A esfera pública é o *locus* de identificação dos conflitos que ressoam da economia e do Estado, e que devem ser trabalhados pelo sistema político, pois não podem ser resolvidos pelo mundo da vida. Para a teoria democrática, a esfera pública deve, além de identificar os conflitos, problematizá-los, de modo que os canais institucionais (legislativo e judiciário) conectem-se à realidade exposta pela esfera pública. Isso sem desconsiderar os eventuais problemas que podem estar presentes na esfera pública, quanto interpoladas por interesses que ocorrem dos mesmos sistemas instrumentais que dão vida aos conflitos: poder e dinheiro. O fundamental é que as esferas públicas estejam conectadas diretamente com o mundo da vida, e isso deve ser prezado em uma sociedade democrática (WERLE, 2013, p. 174-175).

Mesmo com todos os problemas identificados na democracia atual, a democracia deliberativa aposta na esfera pública como local para a legitimação do poder político. A estrutura do Estado democrático de direito depende das discussões públicas, desde que sem exclusões e sem violência. É importante que o espaço público se expanda para os distintos âmbitos da sociedade civil, e que não fique limitado ao poder estatal e político-partidário (MICHELINI, 2015, p. 63).¹⁴

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta de Habermas funda-se em uma análise dos dissensos da sociedade moderna/complexa, apostando na capacidade do direito de produzir processos de democratização. Preocupa-se em demonstrar a importância da problematização, discordância e críticas para se chegar a soluções para os conflitos que emergem naturalmente em sociedades marcadas pela complexidade (plurais, não-coesas).

O procedimento democrático de deliberação política seria o recurso capaz de integrar a sociedade sem o uso de violência e alienação. Esse recurso, porém, é facilmente substituído por sistemas instrumentais do capitalismo e do Estado, cuja integração social é realizada pelo dinheiro e pelo poder burocrático.

A resposta ao problema de pesquisa proposto (“a partir da percepção de democracia em Habermas, que propostas podemos tirar para fortalecer a democracia brasileira?”) confirma a hipótese¹⁵ e acresce a ela algumas conclusões.

¹⁴ Para leitura de críticas sobre a abordagem democrática em Habermas, ver: Scheuerman (2014).

¹⁵ Segundo exposto na introdução: A hipótese é a de que a proposta de Habermas aposta no fortalecimento democrático e, levando em consideração a tradicional problemática dos países latino-americanos quanto ao fortalecimento dos direitos fundamentais, a proposta se apresenta como importante ponto de reflexão para se pensar sobre formas de compensar e trabalhar deficiências democráticas.

Na atualidade, a percepção sobre a democracia é de desencanto. Da análise global dos dados trazidos, há uma tendência de redução do apoio à democracia, acompanhado de um aumento da percepção da polarização política, percepção sobre a corrupção e um baixo grau de confiança nas instituições do Estado de direito. Os dados demonstram que há uma compreensão cética sobre a forma do Estado de direito democrático, o que ocasiona um aumento gradual dos conflitos, desinteresse da resolução desses pelos canais institucionais e consequente aumento da violência.

Habermas, à frente do seu tempo, identificava esses problemas, mesmo que a partir de um contexto Europeu, de modo que fornece as bases, a partir de uma razão comunicativa, para que o Estado de direito adquira legitimidade e seja um canal de resolução pacífica dos conflitos, criador de consensos.

Quanto à realidade brasileira, para além de enfrentarmos os problemas denunciados por Habermas, como politização da mídia, corrupção política, há um profundo déficit quanto à participação política causado pela deficiência da prestação de direitos civis e de direitos sociais. Além do mais, somos um país profundamente desigual, o que, mais uma vez, cria barreiras à participação política e propicia um cenário de preservação de interesses voltados ao poder político e aos fins econômicos.

A proposta de uma democracia preservada através do direito é importante para se refletir sobre o componente de deliberação política, sobre a importância de preservação da esfera pública frente aos interesses políticos e econômicos, e sobre a necessidade de o direito estar em contato com o mundo da vida para que seja criado um ambiente político efetivamente democrático e cujos dissensos encontrem um canal institucional aberto e reflexivo.

As críticas a proposta habermasiana são de várias dimensões, mas o presente texto buscou compreender através de que tipo de ensinamentos e reflexões Habermas pode contribuir para o fortalecimento democrático no Brasil.

REFERÊNCIAS

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Informe 2021**. 2021. Santiago de Chile. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Acesso em 19 dez. 2021.

Disponível em: <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v17n1/v17n1a06.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão entre facticidade e validade. **Ethic@**, v.5, n.1, p. 103-120, 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/17309/15876>. Acesso em: 14 jan. 2022.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado democrático de direito. **Trans/Form/Ação**, São Paulo, v. 32, n.1, p. 119-137, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**. Entre facticidade e validade. Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LAPOP. **Opinião pública brasileira e seu lugar no Barômetro das Américas**. 2019. Disponível em: http://www.cepesp.io/uploads/2019/06/VozesBrasil_LAPOP_DisseminationBrazil_June2019.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

MICHELINI, Dorando. Deliberación Un concepto clave en la teoría de la democracia deliberativa de Jürgen Habermas. **Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas**, Vol. 17, nº 1, Mendoza, Jun. 2015, p. 59-67.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. Porque nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

SALVAT, Pablo. Habermas: la democracia deliberativa como democracia radical. FIGUEROA, Maximiliano (ed.). **Poder y ciudadanía**: Estudios sobre Hobbes, Foucault, Habermas y Arendt. Chile: Ril editores, 2014.

SCHEUERMAN, William E. Entre o radicalismo e a resignação: teoria democrática em Direito e democracia, de Habermas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº13. Brasília, janeiro – abril de 2014, pp. 155-185. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/fGcghDcW36QCvkkfXYRH5F8w/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SILVA, Felipe Gonçalves. Habermas e Ambiguidade do Direito Moderno.
In: RORIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves (org.). **Manual de sociologia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SILVA, Lucas Trindade da. Jürgen Habermas e a guinada normativa no enunciado da autonomização das esferas sociais. **Revista Sociedade e Estado**, Vol. 36, N. 1, jan./abr. 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/wd5tp93P6B944RC4js6zmdG/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jan. 2022.

WERLE, Denilson Luis. Razão e Democracia. Uso Público da Razão e Política Deliberativa em Habermas. **Trans/Form/Ação**, Marília, v. 36, p. 149-176, 2013.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL: CINCO OLHARES E CINCO CONVERGÊNCIAS¹⁶

DOI10.55339/9788560757244006

Viviane Lemes da Rosa
Robison Tramontina

1 INTRODUÇÃO

Transformações na ordem jurídica posta dependem de ideias, valores, princípios, coragem e meios. Essas transformações podem levar tempo e exigir muita luta de quem acredita no que as move, assim como pode ser rápida e exigir outras formas de efetivação. Seja como for, a teoria do direito não pode deixar de estudar tais aspectos, seja para criticá-los, reforçá-los, debatê-los ou alterá-los.

A desobediência civil importa: sua definição, pressupostos e consequências implicam resultados práticos. Juízes dependem dos estudos a respeito dessa noção para decidir casos (normalmente difíceis) diariamente. Convicções, legitimidade, valores, igualdade, democracia, dignidade, justiça, efetivação de direitos e outras noções igualmente importantes estão implicadas.

Mas o que é a desobediência civil? Segundo Santos e Lucas (2015, p. 184), a desobediência civil é “o mais popular, o mais direto e menos violento meio de condução de uma mudança política e social”; “forma de comportamento humano empregada sempre que um cidadão ou grupo de cidadãos é confrontado por atos irracionais, despropositados ou excessivos de autoridade”; ferramenta de desafio ou rebelião contra o governo; recusa à conformidade; relevante instrumento de cultura cívica; reação ou posição ativa contra autoridade.

E qual a diferença entre descumprimento da lei e desobediência? Por que a desobediência civil pode apresentar determinadas consequências? Que consequências são essas? Quando o julgador está autorizado a aplicar regras de ponderação para decidir? A desobediência civil alberga a violência? Pode haver previsão legal de hipóteses e consequências da desobediência civil? O que diferencia objeção de consciência e desobediência civil e que implicações essa diferenciação apresenta?

Inúmeras questões circundam o tema, que nem de longe apresenta uma única alternativa. Entretanto, visando buscar respostas para as questões supramencionadas

¹⁶ Este artigo foi publicado no e-book “Reflexões (jus) filosóficas sobre a desobediência civil”, Robison Tramontina, Michel Ferrari Borges dos Santos, Viviane Lemes da Rosa (organizadores). Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.

das, o presente trabalho se dedica ao estudo das concepções de desobediência civil de cinco autores: Henry Thoreau, Hannah Arendt, John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Escrevendo sobre o tema em diferentes épocas e com pontos de vista diversos, pode-se identificar pontos de convergência em suas teorias que auxiliam na compreensão do fenômeno da desobediência civil.

O presente trabalho objetiva estudar a desobediência civil a partir dos olhares dos cinco autores mencionados para, após, identificar pontos de convergência em suas teorias, com o objetivo precípuo de compreender a desobediência civil e chegar a algumas conclusões a seu respeito com relação aos questionamentos supramencionados. Para tanto, a metodologia utilizada será a revisão bibliográfica.

2 CINCO OLHARES SOBRE A DESOBEDIÊNCIA CIVIL

A VISÃO DE HENRY THOREAU

O termo “desobediência civil” foi utilizado pela primeira vez, enquanto reformulação de direito de resistência, por Henry Thoreau (1817-1862), em obra publicada em 1849 e escrita enquanto o autor esteve preso por recusar-se a pagar impostos que entendia indevidos (LUCAS; MACHADO, 2014).

A obra relata as ideias do autor a respeito da desobediência civil a partir das experiências da ocasião, notadamente das relatadas injustiças do governo com a população. Medeiros (2017, p. 28) afirma que Thoreau faz parte de um grupo seleto de escritores que formatou o Transcendentalismo Americano na passagem da primeira para a segunda metade do Século XIX, por seu ímpeto reformista.

Embora Thoreau acreditasse estar se referindo à desobediência civil em sua obra, a partir da leitura dos textos de outros autores sobre o mesmo assunto é possível concluir que, em verdade, Thoreau enfrentou o tema da objeção de consciência, ante à inexistência de consciência de grupo em sua análise. Este ponto será melhor explicado no próximo tópico.

No contexto em que se encontrava, Thoreau (2009, p. 3) acreditava em um governo mínimo, na medida em que estaria sujeito a perversões e atrapalharia o povo. Ao mesmo tempo, demonstrava esperança ao desejar um governo diferente, que seria melhor se as pessoas se posicionassem a respeito do que esperavam (THOREAU, 2009, p. 5).

Thoreau (2009, p. 20, 24) defendia a transgressão para evitar as injustiças às quais o povo era submetido e afirmava que uma espécie de revolução pacífica seria

o não pagamento de impostos, diante das contraprestações oferecidas pelo Estado à época. Segundo o autor Thoreau (2009, p. 28), seria menos custoso receber as sanções decorrentes da desobediência do que acatá-la.

Para Thoreau (2009, p. 6), o governo da maioria se mantinha porque a maioria era mais forte, mas um governo da maioria não era um governo da justiça. A lei não era suficiente para fazer os homens mais justos, ao contrário: a observância cega da lei transformava os homens em máquinas, em bens materiais comumente denominados de “bons cidadãos”. De outro lado, os homens sábios eram tratados como inimigos pelo Estado e degradados por ele, na medida em que tomavam as decisões a seu favor sem esperar pela maioria.

Thoreau (2009, p. 15-16) defendia que as pessoas não poderiam apoiar injustiças e que as ações revolucionárias e que alteravam os *status* das coisas eram aquelas baseadas em princípios, a respeito do que é certo, e não seguindo a maioria. Desse modo, se as ações determinadas pela lei gerassem injustiças, a lei deveria ser transgredida (THOREAU, 2009, p. 20). A única obrigação que as pessoas teriam o direito de assumir é “fazer a qualquer momento aquilo que julgo certo” (THOREAU, 2009, p. 6).

A VISÃO DE HANNAH ARENDT

Hannah Arendt nasceu na Alemanha em 1906 e fugiu para os Estados Unidos em 1941, onde faleceu em 1975. Por ser judia, sofreu perseguições no regime nazista, o que não a impediu de dedicar a vida ao estudo da filosofia, da sociologia e da política. Seu olhar a respeito da desobediência civil carrega elementos de sua trajetória pessoal.

A autora explica que, embora o governo trate os contestadores como criminosos ou pessoas que aceitam as consequências de violar lei válida, o contestador não é nada disso, pois é membro de um grupo, ou seja, faz parte de um grupo de pessoas com identidade de interesses (ARENDR, 2010, p. 55). Ao tempo em que não há dados que demonstrem que a desobediência civil leva ao crime, criminosos são muito diferentes de contestadores:

Quadro 1 – Comparação entre desobediência civil e desobediência criminosa para Hannah Arendt

DESOBEDIÊNCIA CIVIL	DESOBEDIÊNCIA CRIMINOSA
Contestador	Criminoso
Desobedece abertamente	Age furtivamente
Age em nome ou para o bem de um grupo	Age exclusivamente em proveito próprio
Desafia pela dissensão básica	Recusa-se a ser dominado pelo consentimento dos outros
Sem violência	Só cede pela violência das autoridades

Fonte: os autores, com base em Arendt (2010, p. 67-69).

Imaginar os contestadores como bandidos vai contra uma Constituição que se preocupa com os desmandos da maioria. De mesmo modo, contestadores se diferenciam de revolucionários, porque estes fazem uso da violência, algo incompatível com a desobediência civil (ARENDR, 2010, p. 70). A objeção de consciência também difere da desobediência civil: os objetores de consciência são minorias organizadas e delimitadas pela opinião comum e pela decisão de posicionar-se contra a política, com compromisso mútuo que dá crédito à convicção. Essa espécie de argumentos individuais não se aplica à desobediência civil, mas à objeção de consciência. Enquanto a objeção de consciência é individual, subjetiva e apolítica, a desobediência civil é de grupos e política (ARENDR, 2010, p. 86-87).

Diante desse entendimento, a autora (ARENDR, 2010, p. 57-58) explica que Thoreau trabalha a desobediência civil no campo da consciência individual e moral da pessoa; refere-se à objeção de consciência e não propriamente à desobediência civil. As regras de consciência são da pessoa consigo mesma (interessada no eu) e são negativas, dizem o que não fazer. É sempre subjetivo porque não pode ser generalizado: algo com que uma pessoa não pode conviver não pode ser imposta a outra. Discernir certo do errado surge em razão do interesse em si mesmo – o que sequer existe em todas as pessoas. A objeção de consciência só se torna política quando os objetores vão a público e encontram outras pessoas com as mesmas objeções.

Adverse (2012, p. 423-424) afirma que Arendt estuda a desobediência civil a partir do poder, da política, e não do direito e da moral. A desobediência civil deve ter motivações exclusivamente políticas e por isso publicidade e coletividade são requisitos indispensáveis. Isso também explica as críticas a Thoreau, que agia conforme sua consciência individual, algo que para Arendt só poderia configurar objeção de consciência pela ausência de coletividade.

A diferenciação entre objeção de consciência e desobediência civil é um ponto nevrálgico na ideia de Arendt a respeito da desobediência civil, pois esta só existe “se várias pessoas concordarem com um curso comum de ação” (LAFER, 2009, p. 232), mas se fundamenta na possibilidade de dissenso, já que o consentimento consciente é elemento essencial para a criação do espaço público onde ocorre a interação humana (BARK; SANTOS, 2020). Para Lafer (2009, p. 234), a desobediência civil é reafirmação da obrigação política em Arendt, na medida em que denota as ações concatenadas do contestador objetivando resultados no pacto social da comunidade (BARK, SANTOS, 2020).

Em mesmo sentido, Pontes (2006, p. 57-58) esclarece que há uma perspectiva coletiva na obra de Arendt: a violação aberta à lei não produz apenas efeitos concretos, mas demonstra a visão de integração da comunidade, incentiva a participação das pessoas em espaços partilhados de ação e contrapõe uma visão individualizada de cidadania, vinculando as noções de união, poder e promessa. Costa (2019, p. 23-24) também afirma que ao propor uma associação voluntária e um acordo mútuo, a desobediência civil “mantém e preserva o poder criado pelas ações conjuntas, possibilitando, assim, a fundação da liberdade política, isto é, a participação dos cidadãos nos assuntos do governo.”

Arendt (2010, p. 75) afirma que a desobediência civil é norte-americana em origem e substância (revolução, promessas mútuas, acordos e contratos), pois nos Estados Unidos tais atos são eficazes na criação de direitos. Dois pontos do ordenamento jurídico norte-americano são estrategicamente utilizados para justificar a desobediência civil: o sistema federativo, que permite divergências entre as normas estaduais e as federais, e o controle de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, que faz com que as coisas acabem por ser resolvidas jurisprudencialmente (ARENDR, 2010, p. 53).

A lei não consegue ser alterada com a mesma velocidade com que a sociedade e o homem mudam. Busca-se segurança jurídica, mas as decisões da Suprema Corte são influenciadas pela opinião pública e por movimentos de desobediência civil. Por sua vez, esses movimentos também implicam mudanças de atitudes nas pessoas (ARENDR, 2010, p. 74). É por tais manifestações que Adverse (2012, p. 425) sustenta que a desobediência civil de Arendt guarda um parentesco com a revolução, sem confundir-se com ela, pela ausência de violência:

Contudo, o que a especifica é o fato da desobediência constituir-se como um fenômeno que transcende a particularidade da lei porque

tem em vista os princípios que a fundamentam. Dizendo de outro modo, a ação de desobedecer tem imediatamente a lei por objeto, mas mediatamente concerne àquilo que a antecede e que está em sua origem: os princípios que animam o corpo político e o sistema de normas jurídicas que o organiza. Nesse sentido, a desobediência, ação necessariamente extralegal, como quer Arendt, jamais rompe com a legalidade. Por meio da desordem ela visa a ordem. Mas não uma ordem inteira – mente nova. A desobediência civil guarda parentesco com a revolução sem, no entanto, com ela se confundir.

Para Arendt (2010, p. 75-78), o ponto principal da discussão é identificar com que conceito de lei a desobediência civil é compatível. O consenso em relação à Constituição e suas normas não se confunde com o consentimento em relação aos governos, às normas e às políticas, que só pode ser um consenso fictício porque há crise de representatividade e no governo. Não bastasse a crise de representatividade e as divergências entre a Constituição e o que é feito dela, há pessoas que não estão incluídas no consenso geral e não participam das políticas públicas.

O consenso norte-americano repousa no contrato social e organiza a ação e a associação política nos Estados Unidos. A desobediência civil é formada por um grupo de pessoas com o mesmo espírito da associação voluntária, são minorias organizadas. Assim, a desobediência civil é compatível com o espírito das leis americanas, pautado no compromisso com as promessas (ARENDR, 2010, p. 79-85). Arendt (2010, p. 89) propõe a inserção da desobediência civil entre as instituições políticas: os grupos de contestadores deveriam receber o mesmo tratamento de outros grupos de interesse, que exercem influência e “auxiliam” as decisões do Congresso “por meio de persuasão, opinião qualificada e número de constituintes”. E o próximo passo seria admitir que a Primeira Emenda não cobre a importância que o direito de associação tem nos costumes e tradição do povo norte-americano.

Para Carvalho (2012, p. 64-65), a desobediência civil apresenta caráter público nos estudos de Hannah Arendt, na medida em que consiste em uma ação de grupo quando os canais de mudança legalmente possíveis não funcionam. Nesse sentido, a desobediência civil pode ser vista como um direito fundamental ao expressar “um novo poder em surgimento, que se volta para a mudança do *status quo*, a fim de resgatar a capacidade de agir conjuntamente, de refundar uma comunidade política e de reafirmar ou revitalizar suas promessas”, não como “rejeição de um dever, mas a reafirmação deste, por meio de sua regeneração”.

A VISÃO DE JOHN RAWLS

John Rawls (1921-2002) foi professor de filosofia política na Universidade de Harvard e escreveu a obra “Uma Teoria da Justiça” em 1971. Antes de adentrar os estudos de Rawls a respeito da desobediência civil, necessário compreender as bases de sua teoria da justiça – a justiça como equidade –, na qual justiça e equidade não se confundem.

A sociedade apresenta grande importância para Rawls, pois é no âmbito da coletividade que as decisões acerca da justiça serão tomadas – e com isso não se quer dizer que o autor proponha uma teoria contratualista. Rawls (2000, p. 4) vê a sociedade como uma associação de pessoas que reconhecem certas regras como obrigatórias, com conflitos e identidade de interesses. Essa sociedade só será bem ordenada se for planejada para o bem dos membros e regulada por uma concepção pública de justiça, ou seja, em se tratando de uma sociedade onde todos conhecem e aceitam os mesmos princípios de justiça e as instituições sociais básicas satisfaçam tais princípios de modo geral (RAWLS, 2000, p. 5).

Ocorre que as sociedades raramente são bem ordenadas porque as pessoas divergem a respeito do que é (in)justo e possuem diferentes concepções de justiça. Segundo Rawls (2000, p. 7), a justiça tem como objeto primário a estrutura básica da sociedade, ou seja, a forma como as instituições mais importantes distribuem direitos, deveres e vantagens de cooperação social. As instituições são justas quando não fazem distinções arbitrárias nessa atribuição de direitos e deveres e promovem um equilíbrio apropriado de vantagens da vida social (RAWLS, 2000, p. 6).

A teoria da justiça de Rawls não é genérica, parte da justiça social e se aplica em sociedades justas ou quase-justas, entendidas estas como aquelas organizadas democraticamente e que “resolveram satisfatoriamente seus problemas de distribuição de rendas e de participação social e política, onde os níveis de miserabilidade, de ausência de educação e de exclusão social não atinjam patamares que tornem inviável a existência da grande maioria da população em bases minimamente racionais e razoáveis” (HANSEN, 2011).

Essa estrutura básica, no entanto, depende da concepção de justiça adotada pelas pessoas. E como as pessoas têm expectativas diferentes da vida e as concepções de justiça são resultado de noções diversas de sociedade, com base nas necessidades e oportunidades da vida humana de pessoas que vivem em situação de desigualdade, há divergências na forma como as pessoas veem a justiça.

Rawls (2000, p. 12) defende que os princípios da justiça social denotam o

compromisso de ordenação social escolhido pela comunidade e pautam o modo de atribuir deveres e direitos. A justiça como equidade implica a escolha dos princípios de justiça de forma equitativa pelas pessoas, e, para isso, necessitam estar revestidas de um véu da ignorância, desconhecer informações a respeito das especificidades de cada um a fim de evitar favorecimentos ou prejuízos. Como todas as pessoas encontram-se na mesma situação, ninguém pode escolher princípios que beneficiem a si próprio. Isso faz com que os princípios de justiça social derivem de um consenso equitativo entre as pessoas, que partem de uma situação de igualdade (RAWLS, 2000, p. 13).

Esses princípios de justiça social vão desde direitos e deveres até a regulamentação da constituição e das instituições. Como são escolhidos equitativa e racionalmente, se a sociedade é regrada de acordo com eles, pode-se dizer que as pessoas são conduzidas por princípios com os quais concordariam em situação de liberdade e igualdade, o que gera aceitação pública (RAWLS, 2000, p. 14).

De todo modo, esses princípios da justiça apresentam algumas restrições – que não afastam sua voluntariedade: não geram (des)favorecimento pela sorte ou por circunstâncias sociais; não podem ser adaptados a casos especiais; não são afetados por concepções particulares; ao escolhê-los, as pessoas devem estar sob o véu da ignorância, ou seja, desconhecer diferenças entre elas (RAWLS, 2000, p. 20-21).

O autor (RAWLS, 2000, p. 88) sustenta que há dois princípios de justiça sobre os quais há consenso na posição original, com ordenação serial:

Primeiro: Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para as outras.

Segundo: As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de modo a serem ao mesmo tempo (a) para o maior benefício esperado dos menos favorecidos e (b) vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

O princípio da equidade apresenta dois pontos essenciais: as pessoas assumem obrigações praticando ações voluntariamente e as instituições precisam ser justas, razoavelmente em circunstâncias concretas (RAWLS, 2000, p. 380). A obrigatoriedade na assunção de um dever pela parte só é justa se assumida em circunstâncias apropriadas e sem situações excludentes, na medida em que a vontade deve ser livre (RAWLS, 2000, p. 382-383). Aplica-se ao dever os princípios de

justiça, de modo que o que a lei exige não se confunde com o que a justiça requer (RAWLS, 2000, p. 387).

Uma Constituição é justa se foi consensualmente aceita em convenção constituinte por representantes racionais orientados pelos dois princípios de justiça mencionados anteriormente. Por sua vez, uma lei ou política é justa se respeita o processo legislativo, a Constituição justa e os princípios de justiça. Mas o fato de uma lei ser injusta não é suficiente para que não seja observada, pois há diferentes graus de injustiça nas leis, nas políticas e instituições e os limites dessa injustiça dependem de ponderação dos princípios em conflito (RAWLS, 2000, p. 390).

A Constituição prevê um procedimento justo, mas imperfeito, que é estruturado para garantir um resultado justo na medida do possível. Como as maiorias erram, é necessária uma variante dessa regra, de modo que o dever natural obriga a acatar leis e políticas injustas desde que não ultrapassem dois limites: os ônus devem ser distribuídos de forma mais ou menos uniforme, sem negar liberdades básicas (RAWLS, 2000, p. 392-393).

A regra da maioria é um importante recurso procedimental que deve observar condições de justiça básica: a liberdade política (de expressão e de reunião), a liberdade de participar de reuniões públicas e de influenciar e a garantia do valor equitativo dessas liberdades (RAWLS, 2000, p. 395-396). Essas são condições mínimas para satisfazer o princípio de justiça, e mesmo presentes não há garantia de justiça. A controvérsia fundamental da regra da maioria é se as restrições constitucionais são razoáveis ou eficazes para reforçar o equilíbrio global de justiça, mas isso é uma questão de política e não de justiça (RAWLS, 2000, p. 395).

O autor (RAWLS, 2000, p. 404) define a desobediência civil como ato público, político, consciente, não violento e contrário a lei, praticado com o objetivo de provocar mudanças na lei ou nas políticas estabelecidas. Assim como Arendt, afirma que a desobediência civil não se confunde com a objeção de consciência:

Quadro 2 – Diferenças entre desobediência civil e objeção de consciência para Rawls

Desobediência civil	Objeção de consciência
Forma de apelo ao senso de justiça da maioria	Não querem fazer reivindicações
Ação pública	Ação não pública
Apelo à concepção de justiça	Pode fundar-se em outros princípios

Fonte: os autores, com base em Rawls (2000, p. 408-411).

Santos e Lucas (2015, p. 197) explicam o caráter político da desobediência civil para Rawls:

É ato político no sentido de estar justificada em princípios morais definidores da sociedade civil e do bem público, e não em princípios morais próprios ou doutrinas religiosas. É ato público que o desobediente acredita justificado na concepção pública de justiça, considerando, com base nela, estar se dirigindo ao conceito de justiça da maioria com o fim de ver modificadas as normas injustas e alertar para o não cumprimento dos fundamentos de cooperação social.

O problema da desobediência civil consiste justamente em identificar em que ponto o dever de obedecer às leis da maioria deixa de ser obrigatório em face de injustiça ou de exercício de liberdades pessoais. De todo modo, é incompatível com a violência e não afasta sempre as consequências do ato (RAWLS, 2000, p. 406). O uso da violência para revoluções pode se justificar em situações de absoluta injustiça, como forma de negar os valores da maioria, mas isso não é abordado em sua teoria porque analisa a desobediência civil sob o viés de uma sociedade quase-justa, em que não há situações de absoluta injustiça.

Rawls (2000, p. 412-417) lista algumas possíveis justificativas para a desobediência civil, não exaustivas: injustiça patente e significativa; infrações do princípio da diferença; desobediência civil como último recurso, após falhas de apelos de boa-fé à maioria. Segundo Santos e Lucas (2015, p. 197-198), a desobediência civil pode ser justificada em três hipóteses: violações claras e substanciais ao senso de justiça da maioria; utilizada como último recurso; não podem gerar perigo ao sistema constitucional.

Em alguns casos, o dever natural de justiça pode exigir certa restrição: há limites para que a desobediência civil não rompa o sistema. Como a desobediência civil pode gerar prejuízos a inocentes, deve-se avaliar se é sensato ou prudente que seja exercido (RAWLS, 2000, p. 418).

O papel da desobediência civil em uma sociedade quase-justa é apelar para os sentimentos de justiça da maioria e fazê-la colocar-se no lugar da minoria resistente. Nesse sentido, trata-se de mecanismo estabilizador do sistema constitucional, pois ajuda a manter e reforçar instituições justas (RAWLS, 2000, p. 424). Assim, apesar de ser contrária à lei, a desobediência civil é um ato político moralmente correto para a manutenção do regime constitucional (RAWLS, 2000, p. 426), o

que não significa que poderia ser positivada, “pois isso implicaria na própria desconfiança com relação à justiça contida nas normas constitucionais e levaria a uma espécie de contradição performativa.” (HANSEN, 2011).

Santos e Lucas (2015, p. 199) afirmam que a teoria de Rawls:

Transcende o constitucionalismo legalista, propondo uma variante sob a legitimidade que incide na capacidade de discordar do poder democrático, utilizando-se de táticas ilegais que respeitam a estrutura jurídica e os princípios fundamentais desse mesmo regime.

Numa sociedade quase justa, há uma aceitação pública dos mesmos princípios de justiça por todos os membros. Os cidadãos podem discordar quanto a concepções de justiça, desde que haja julgamentos políticos semelhantes (RAWLS, 2000, p. 428-429). Então, a desobediência civil traz riscos: cada pessoa é responsável por suas decisões e ações e deve decidir sozinha sobre a desobediência civil, mas isso não justifica que decida como quer ou egoisticamente, precisa observar os princípios políticos que embasam a Constituição e decidir sua aplicação na situação concreta, refletindo. Não há uma interpretação legal ou socialmente aprovada dos princípios que deve ser sempre aceita, cada pessoa é responsável por sua interpretação e condutas em razão disso (RAWLS, 2000, p. 431-433).

A VISÃO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin (1931-2013) foi um filósofo e jurista norte-americano que lecionou nas Universidades de Nova York, Yale, Oxford e Londres. O autor publicou as obras “Levando os direitos a sério”, “Uma questão de princípio” e “O império do Direito” em 1977, 1985 e 1986, respectivamente.

Para que se possa compreender a Teoria Operacional da desobediência civil de Dworkin, é preciso primeiro entender o que o autor entende por integridade, tendo em vista que sua teoria da justiça parte do direito como integridade e isso reflete em sua teoria da desobediência civil.

Dworkin (2014, p. 214-215) afirma que conflitos ideais são comuns na política e normalmente são retratados por meio de três ideias diferentes: inexistência de conflito entre justiça e equidade porque uma deriva da outra; justiça como equidade, que implica reconhecer que instituições imparciais às vezes tomam decisões injustas e vice-versa; equidade como justiça, que propõe que nada é justo até que

seja aprovado em teste de justiça independente.

Por sua vez, Dworkin (2014, p. 312) propõe uma teoria da justiça pautada no direito enquanto integridade:

A uma concepção de direito pedimos que nos ofereça uma descrição dos fundamentos do direito – das circunstâncias nas quais as afirmações sobre o que é o direito deveriam ser aceitas como verdadeiras ou bem fundadas – que nos mostre por que o direito autoriza a coerção. Direito como integridade responde que os fundamentos do direito estão na integridade.

A integridade é um ideal independente, que pode entrar em conflito com outros ideais; possibilita exigir que se apoie legislação inadequada em uma sociedade justa e imparcial; e que se reconheça direitos que se acredita inexistentes; é poderosa ferramenta de legitimidade política; depende da defesa da comunidade enquanto agente moral; pode entrar em conflito com noções de justiça e equidade. Tem por consequências práticas contribuir para a eficiência do direito (enquanto veículo de transformação orgânica) e proteger contra a parcialidade, fraude e corrupção oficial ao não permitir que grupos de interesse recebam benesses contraditórias; e como consequências morais a responsabilidade coletiva, a união da vida moral e política dos cidadãos e facilitar a mudança orgânica de circunstâncias públicas e privadas (DWORKIN, 2014, p. 228-230).

As práticas políticas aceitam a integridade como virtude distinta da justiça e da equidade, na medida em que todos acreditam na equidade política (que todos têm direito de controle mais ou menos igualitário sobre decisões legislativas) e que todos devem participar dos processos deliberativos, mas os acordos devem ser de procedimento e não de conteúdo (DWORKIN, 2014, p. 216-217). Para Dworkin (2014, p. 223-224), as leis conciliatórias violam a integridade e esta também é violada quando a comunidade estabelece direitos diferentes, coerentes em si mesmos, mas que não podem ser defendidos em conjunto como expressão de justiça, equidade e devido processo legal.

A legitimidade do direito para justificar o exercício do poder coercitivo pelo Estado só se justifica em casos muito especiais, com argumentos antagônicos muito fortes, na medida em que se depara com os problemas da legitimidade de coerção (como algo pode justificar a coerção?) e da obrigação política (por que o direito pode legitimar a coerção?). A filosofia tem vários argumentos sobre a legitimidade das de-

mocracias, tais como o contrato social e as obrigações associativas, e o direito como integridade parte da legitimidade da comunidade (DWORKIN, 2014, p. 228).

A obrigação política e de obedecer ao direito é uma obrigação associativa. As obrigações em uma comunidade não são todas voluntárias, podem gerar conflitos ou injustiças, estão sujeitas à interpretação e decisões judiciais e são complexas, pois envolvem questões de prática social e de interpretação crítica. Identificar se uma determinada prática social satisfaz as condições de uma comunidade verdadeira depende da interpretação a respeito da prática (DWORKIN, 2014, p. 238).

Para Dworkin, há que se diferenciar uma comunidade básica de uma verdadeira comunidade, na medida em que somente em uma verdadeira comunidade há direito como integridade:

Quadro 3 – Diferenças entre comunidade básica e verdadeira comunidade

Comunidade básica	Verdadeira comunidade
Satisfaz condições genéticas, geográficas ou históricas identificadas pela prática social como capazes de constituir comunidade fraternal	Comunidade básica acrescida de quatro práticas de responsabilidade: (i) obrigações especiais de grupo; (ii) responsabilidades pessoais; (iii) responsabilidade geral pelo bem-estar dos demais; (iv) igual interesse de todos por todos os membros
Condição objetiva basta	Exige condições subjetivas de pertencimento

Fonte: os autores, com base em Dworkin (2014, p. 237-244).

O autor identifica três possíveis modelos de comunidade:

Quadro 4 – Modelos de comunidade

MODELOS DE COMUNIDADE	
Modelo de circunstâncias	Associação como acidente de fato da história/geografia; comunidade nada tem de verdadeira.
Modelo de regras	Aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo nessa comunidade; regras como acordo entre pontos de vista/interesses antagônicos.
Modelo de princípios	Pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas regras criadas por acordo político. Direitos/deveres não se esgotam nas instituições, dependem do sistema de princípios que pressupõem/endossam.

Fonte: os autores, com base em Dworkin (2014, p. 252-255).

Tais modelos de comunidade são ideais e a sociedade deve aperfeiçoar suas instituições em direção ao modelo de princípios, pois é o único que satisfaz as quatro práticas de responsabilidade supramencionadas e aceita a integridade, pois condena as leis conciliatórias como violação da natureza associativa (DWORKIN, 2014, p. 258).

A diferença entre integridade e coerência também é fundamental para a visão de Dworkin a respeito da desobediência civil. Segundo Dworkin (2014, p. 263-266), integridade e coerência não se confundem se entendermos a coerência como decidir casos semelhantes de mesmo modo. A integridade pressupõe normas da comunidade criadas e vistas para expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na proporção certa. Uma instituição guiada pela integridade às vezes se afasta das decisões anteriores para guardar fidelidade aos princípios mais fundamentais do sistema como um todo. A integridade estabelece direitos constitucionais substantivos. Para Dworkin (2014, p. 265-266), há um princípio legislativo e um princípio judicial da integridade, que denota as diferentes formas como a integridade reflete nos âmbitos político e jurídico: enquanto o princípio legislativo da integridade demanda que os legisladores tornem o conjunto de leis moralmente coerente, o princípio jurisdicional demanda que a lei deva ser vista como moralmente coerente.

Na obra “O império do direito”, essa diferenciação dos efeitos da integridade

sobre os âmbitos político e jurídico fica muito clara a partir da divisão dos capítulos VI e VII. Frise-se que o direito como integridade é apenas um, uma teoria una da justiça, e que essa separação entre político e jurídico reflete apenas os efeitos que o mesmo princípio (a integridade) produz em diferentes âmbitos.

O princípio legislativo da integridade exige que o legislador se empenhe em proteger direitos morais e políticos para que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade. As decisões sobre estratégias nesse sentido são questões de política e não de princípio; para testá-las, deve-se questionar se alcançam o objetivo geral e não se concedem a cada cidadão aquilo a que tem direito (DWORKIN, 2014, p. 266-268). É que Dworkin diferencia argumentos de política de argumentos de princípio:

Quadro 5 – As diferenças entre argumentos de política e argumentos de princípios

Argumentos de política (policy)	Argumentos de princípio
Justificam decisão política se decisão fomenta ou protege objetivo coletivo da comunidade	Justificam decisão política se mostram que a decisão respeita ou garante direito de um indivíduo ou grupo
Exemplo: subsídio para indústria aeronáutica porque protege defesa nacional	Exemplo: leis contra discriminação para minorias

Fonte: os autores, com base em Dworkin (2010, p. 129).

Para o autor, o papel da história é muito importante no direito como integridade e significa não se ater ao passado, mas compreender as decisões tomadas de acordo com o que existia à época, sem esquecer que as decisões também pautam o direito do futuro. Assim, uma decisão judicial deve observar e respeitar o passado, sem gerar quebras abruptas de entendimentos e de expectativas; decidir no presente para as situações atuais apresentadas, mas preocupando-se também com o futuro, pois cada decisão é parte de um todo coerente e, por isso, também influencia os direitos e decisões futuras.

Para explicar a integridade no direito, ou seja, a atuação de um órgão judicial que observa a integridade em suas decisões, Dworkin (2014, p. 276) cria a metáfora do “romance em cadeia”: imagine-se um grupo de romancistas que escreve um romance em série; cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e assim geram em conjunto um romance unificado da melhor qualidade possível, pois cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, como se fosse a

obra de um só autor e não uma obra coletiva, escrita a várias mãos.¹⁷

Na teoria de Dworkin, o efeito da integridade sobre questões de política é exigir que o governo manifeste visão coerente da igualdade das pessoas como ideal da comunidade (e não que todos sejam tratados da mesma forma), e sobre questões de princípio é demandar que o governo apresente uma única voz sobre a natureza dos direitos, sem negá-los a ninguém (DWORKIN, 2014, p. 268). Enquanto a integridade na política demanda leis e políticas que reflitam os valores mais fundamentais da comunidade verdadeira, a integridade no direito demanda um Judiciário que aplique tais valores com igualdade material às pessoas, pressupondo que os direitos e deveres foram criados por uma comunidade personificada com concepção coerente de justiça e equidade. Esse ponto da teoria de Dworkin é muito importante para compreender os papéis dos três poderes frente à desobediência civil.

Para Dworkin (2005, p. 155), a desobediência civil é uma característica da

17 Isso exige uma série de avaliações para decidir o que considerar como continuidade e não como começo. Para tanto, duas dimensões devem ser submetidas à prova: (i) adequação: a interpretação deve fluir ao longo de todo o texto, possuir um poder explicativo geral e apreender a maior parte do texto; (ii) justificação: julgar qual das leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, pois, às vezes, mais de uma interpretação se ajusta ao conjunto do texto. A interação entre essas duas dimensões é complexa: não há distinção muito nítida entre o momento em que o romancista interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que acrescenta seu próprio capítulo. Como o romancista quer dar a melhor interpretação possível, a definição dessa interpretação é em si própria um ato de interpretação que depende das visões do romancista: questões de opinião e convicção e as convicções e atitudes ao decidir são subjetivas, estão ao alcance de todo intérprete e são inerentes ao seu sistema geral de crenças e atitudes (DWORKIN, 2014, p. 277-282).

experiência política, porque as pessoas discordam sobre as coisas. Os norte – americanos aceitam que a desobediência civil tem lugar legítimo, ainda que informal, na cultura política de sua comunidade. Embora a desobediência civil consista em característica da experiência política, pode ser objeto de decisão judicial, de modo que também envolve a integridade no direito.

O autor propõe uma Teoria Operacional da desobediência civil com o objetivo de tornar julgamentos dependentes dos tipos de convicções que cada lado tem e não da solidez dessas convicções. Para isso, questiona o que é certo que as pessoas façam, dadas as suas convicções, e como o governo deve reagir. A resposta à primeira pergunta depende do tipo de desobediência civil:

Quadro 6 – Tipos de desobediência civil

	Baseada na Integridade	Baseada na Justiça	Baseada na Política
Convicções	De princípio	De princípio	De política
Características	Defensiva: não fazer algo que a consciência proíbe	Instrumental e estratégica: tem objetivo. Usa estratégias persuasivas (obriga maioria a ouvir argumentos p/ mudar de ideia) e não persuasivas (eleva o custo) para convencer a maioria	Usa estratégias persuasivas (convencer do erro) e não persuasivas (eleva custo) para convencer a maioria
Resposta	Quase todos pensariam que agem corretamente	Às vezes é justificada	Não pode ser aceita por teoria operacional porque os dois lados estão em tese “igualmente” certos, já que não envolve integridade ou justiça.

Fonte: os autores, com base em Dworkin (2005, p. 157-164).

No que concerne à segunda pergunta, Dworkin (2005, p. 168) afirma que o utilitarismo é útil na hora de pensar se o governo pode ou não punir: o bem geral a longo prazo não é condição suficiente, mas necessária. Além disso, alguns atos de desobediência não geram punição ou violação do direito.

O autor analisa a desobediência civil quanto ao recrutamento militar. Os promotores públicos nos EUA têm discricionariedade para aplicar ou não leis penais em casos particulares, sem que isso configure abuso de liberdade (DWORKIN, 2010, p. 316). Isso, somado a dois outros argumentos, traz boas razões para não processar quem exerce desobediência civil quanto ao recrutamento militar: eles agem com melhores motivos do que quem simplesmente desobedece por motivos fúteis como cobiça ou para subverter o governo; a sociedade sofre uma perda ao punir cidadãos leais e respeitadores da lei.

Normalmente, os críticos da desobediência civil apontam apenas duas possibilidades para resolver a problemática: se a lei não é válida, não há crime e nem punição; se a lei é válida, um crime foi cometido e deve ser punido. Esquece-se da hipótese em que a validade da lei é duvidosa, e isso é central no tema da desobediência civil para Dworkin (2010, p. 318). O argumento da inconstitucionalidade de uma norma muitas vezes pode gerar dúvida se estamos diante de um argumento de política ou de direito. Há inúmeros elementos de moralidade política na questão da validade de uma lei. Por isso, não se pode pressupor que se esteja reivindicando sempre o privilégio de desobedecer uma lei válida, pois o dissidente pode estar se opondo a uma lei inválida, e o tratamento não pode ser o mesmo (DWORKIN, 2010, p. 321).

Há três opções possíveis para o cidadão quando a lei é duvidosa: obedecê-la, fazer o que quer até que haja uma decisão institucional (que deverá ser doravante aplicada) ou seguir o próprio discernimento, mesmo após a decisão institucional. Dworkin (2010, p. 322) defende a terceira opção como formulação mais equitativa com o dever social de um membro da comunidade. A doutrina dos precedentes atribui diferentes pesos a diferentes tribunais, mas nenhuma decisão é definitiva ou pressupõe que a Constituição é sempre o que a Suprema Corte diz que é (DWORKIN, 2010, p. 323). Adentra-se aqui a problemática da última palavra estatal a respeito da interpretação da lei. Além disso, qualquer tribunal pode rever suas decisões e o dever do cidadão é com a lei e não com o ponto de vista de alguém sobre ela.¹⁸

18 Para demonstrar como funciona a atuação jurisdicional no romance em cadeia, Dworkin (2014, p. 286-304) simula um exercício interpretativo de um juiz que denomina de Hércules, com capacidade e paciência sobre-humanas e

Se a matéria em discussão afetar direitos individuais ou políticos fundamentais e for possível argumentar que o Judiciário cometeu um erro, o indivíduo não extrapola os limites ao se recusar a aceitar essa decisão como definitiva. A pessoa que segue seu próprio discernimento pode estar agindo corretamente, pois não há nada que autorize diferenciar os dissidentes de outras pessoas quanto à correção de entendimento (DWORKIN, 2010, p. 331).

Em sua “Teoria Operacional da desobediência civil”, Dworkin (2010, p. 329-339) chega a cinco conclusões: quando a lei for incerta e admitir defesa plausível de pontos de vista divergentes, o cidadão que segue seu próprio discernimento não está deixando de se comportar de maneira equitativa; quando as razões para processar são fracas ou podem ser enfrentadas por outros meios, o caminho da equidade está na tolerância; o governo tem responsabilidade especial para com quem acredita razoavelmente que determinada lei é inválida e deve ser conciliatório quando isso for compatível com outras políticas; é incorreto analisar os casos de recrutamento militar do mesmo modo que os casos de violência ou direitos civis, pois nos casos de recrutamento a equidade não desempenha papel principal, como ocorre quando direitos estão em jogo; nem sempre os assuntos estão maduros o suficiente para uma decisão judicial e pode não ser o melhor momento para o tribunal se posicionar a respeito de uma questão. Tolerar o dissenso por algum tempo é uma maneira de permitir que o debate continue até que se atinja maior clareza sobre o assunto¹⁹. Uma decisão judicial sobre pontos constitucionais pode não estabelecer o significado da lei e as pessoas continuarão a ter as mesmas dúvidas, mesmo após a decisão.

É por tais motivos que a desobediência civil para Dworkin deve ser avaliada a partir do tipo da convicção que gera a desobediência e não da correção dessa convicção.

que aceita o direito como integridade. Ele sabe que deve considerar suas decisões como parte de uma longa história que ele tem que interpretar e continuar, conforme suas opiniões, o melhor andamento a ser dado à história, com decisões apenas de direito e não de política. Em dado momento, Hércules deve decidir qual é a interpretação que mostra o melhor histórico jurídico possível pela moral política substantiva. Isso depende de suas crenças sobre justiça e equidade da comunidade, que podem andar juntas ou não. Hércules pode ver em uma interpretação a justiça abstrata e isso não ser compartilhado por ninguém e desconhecido pela retórica política e moral da época. O ponto de vista que ele considera correto vai contra os desejos do povo. Nesse caso, ele prefere a justiça do que a equidade. Juízes têm ideias diferentes sobre a equidade e sobre os efeitos das opiniões dos cidadãos sobre as decisões do Estado, e muitos vão considerar a força interpretativa da moral popular mais frágil em casos constitucionais, pois pensarão que o objetivo da Constituição também é proteger os indivíduos da maioria (DWORKIN, 2014, p. 299). Disto se extrai que diferentes juízes, com visões e bagagens diversas, inevitavelmente exercerão interpretação carregada de subjetividade sobre os casos, podendo chegar a respostas diversas, sem que isso necessariamente os afaste do romance em cadeia. Como visto, a integridade não pressupõe que equidade e justiça andem sempre juntas. E assim como Hércules, também os dissidentes podem discordar das decisões da maioria.

19 Nesse mesmo sentido, Mark Tushnet dedica a obra “I Dissent” à demonstração da importância do dissenso no contexto do sistema de precedentes estadunidense.

AVISÃO DE JÜRGEN HABERMAS

Nascido na Alemanha em 1929, Jürgen Habermas dedica-se ao estudo da filosofia, da sociologia e da democracia. Suas noções de desobediência civil são permeadas por seus estudos a respeito de comunicação e democracia.

Habermas relaciona a desobediência civil com a democracia quando trata da legitimidade democrática de governos que punem atos de desobediência civil como se crimes comuns fossem, bem como no ponto em que trata da desobediência civil enquanto forma de participação da sociedade civil na política, notadamente em casos de inércia estatal. Nesse sentido, explicam Santos e Lucas (2015, p. 204):

A desobediência civil tem o condão de afirmar que as normas legais podem ser ilegítimas se não contemplarem os princípios morais aceitos espontaneamente por todos aqueles que compõem o Estado constitucional. A construção histórica do Estado Democrático de Direito caracteriza-se por avanços e retrocessos, acertos e grosseiros erros, de modo que a inacabada busca de legitimidade encontra na desobediência civil uma capacidade de adaptação, inovação e revisão permanentes. Essa maneira não convencional de participação política coletiva deve compor a cultura democrática para manter viva a capacidade de inovação e a crença de seus cidadãos na legitimidade.

A desobediência civil, continua Habermas, reclama que a formação legal da vontade política não pode distanciar-se dos “processos de comunicação da esfera pública”, pois a democracia implica a liberdade de atuação dos agentes sociais na construção racional da definição de seus próprios rumos. O sistema político não pode desvincular-se da sociedade civil, pois é na opinião pública que o Estado encontra subsídios para “atualizar os conteúdos normativos do Estado democrático de Direito, e para contrapô-los à inércia sistêmica da política institucional”. (HABERMAS, 1997, p. 117).

Desde os anos 60, os protestos na Alemanha mudaram, impulsionados pelos protestos norte-americanos: iniciativas básicas, pacifistas, formadas espontaneamente, heterogêneas, públicas e com trabalho descentralizado. Habermas (2015, p. 131) critica o fato de o Estado voltar-se contra eles como se violentos fossem, e explica que tais movimentos de protesto contemporâneo na Alemanha permitem

compreender a desobediência civil como elemento de uma cultura política madura.

Para Habermas (2015, p. 131-132), um Estado de Direito Democrático comporta a desobediência civil, pois o protesto tem caráter simbólico e reflete a capacidade de discernimento e senso de justiça da maioria. Assim, se o governo inobserva tais manifestações, perde sua legitimidade, pois trata-se de resistência a uma regulamentação estatal ilegítima.

Habermas (2015, p. 153) critica os governos contrários à desobediência civil sem violência e aqueles que tentam fazer incidir o direito penal sobre ela. Aos olhos do autor, o que é violenta é a dicotomia da “escolha” entre cumprir a norma injusta ou sofrer a consequência do descumprimento. Assim como Dworkin, Habermas (2015, p. 144) concorda que o Estado não pode processar o sujeito que pratica a desobediência civil como qualquer outro réu, sob pena de legalismo autoritário, de ignorar a cultura política de uma coletividade democraticamente desenvolvida. Segundo Santos e Lucas (2015, p. 194), “Dworkin (2002; 2005), Rawls (2000) e Habermas (1994) defendem uma punição privilegiada aos desobedientes, diferente daquela dispensada aos ilícitos tradicionais, sem justificação política.”

A regra da maioria não é absoluta, funciona em determinados contextos e depende da observância de algumas regras, como, por exemplo, a impossibilidade de tomada de decisões irreversíveis. O valor das majorias deve ser medido “pela ideia até que ponto as decisões que ela possibilita sob as condições do tempo escasso e das informações limitadas distanciam-se dos resultados ideais de um acordo obtido discursivamente ou de um compromisso presuntivamente justo.” (HABERMAS, 2015, p. 151).

A legitimidade do Estado de Direito decorre do reconhecimento voluntário do cidadão a respeito da lei e não devido às penas impostas pela sua inobservância. A legitimação por meio de procedimentos – se a lei foi discutida, decidida e expedida por órgãos constitucionais – não justifica a validade da Constituição, que necessita de outra fonte de justificação. O Estado Constitucional moderno só pode esperar obediência dos cidadãos se estiver apoiado em princípios dignos de reconhecimento, e não em formas procedimentais (HABERMAS, 2015, p. 136-137).

Para Habermas (2015, p. 137), o Estado Democrático de Direito não funda sua legitimidade na mera legalidade e não pode exigir a obediência incondicional ao direito, mas apenas uma obediência qualificada. Há uma relação tensa entre legalidade e legitimidade que deve ser repensada pelo Estado, que necessita ao mesmo tempo proteger e vigiar a desconfiança das pessoas com uma injustiça legalizada, sem, no entanto, institucionalizar uma forma para essa desconfiança.

Habermas (2015, p. 138) posiciona-se ao lado de Arendt ao afirmar que a desobediência civil não pode ser institucionalizada ou normalizada, e propõe que esse paradoxo é resolvido quando o Estado fornece aos cidadãos a sensibilidade para distinguir as coisas.

O sujeito resistente reconhece a legalidade democrática na ordem existente, mas justifica a desobediência civil no fato de que a norma pode ser ilegítima – mesmo no Estado Democrático de Direito – segundo princípios morais convincentes para todos e não apenas na sua moral própria. Esses processos de aprendizagem dos cidadãos ocorrem de forma não linear ao longo da história, com circunstâncias cambiantes e são inconclusivos. Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito depende em última instância do povo, ao lançar mão dos direitos originários do soberano, como guardião de sua legitimidade diante das falhas representativas. Assim, a desobediência civil justifica-se quando a regra da maioria perde sua legitimidade democrática (HABERMAS, 2015, p. 139-141). Explica Hansen (2011):

O papel da desobediência civil no Estado democrático de direito é o de medida extrema utilizada para pôr em evidência uma situação de crise, isto é, de déficit de legitimidade, resultante de um fechamento do processo decisório do centro em relação à periferia da esfera pública. O ato de desobediência civil atualiza a relação do princípio do discurso com a forma do direito, em que este institucionaliza juridicamente processos comunicativos que evidenciam os princípios basilares do Estado democrático de direito. A desobediência civil é, por isso, direito fundamental à consolidação de uma democracia procedimental. Ela funciona, no âmbito da esfera pública, como uma espécie de sensor a captar qualquer patologia ou anormalidade no que tange à legitimidade das normas, das decisões e das ações na sociedade.

Essa concepção da desobediência civil e do direito estabelece as diretrizes paradigmáticas do Estado democrático de direito, através da definição dos pressupostos de uma abertura da democracia para a justificação a partir de razões diversas do tipo ético, moral e pragmático, a integração necessária entre esferas pública e privada, a relação de interdependência entre soberania popular e direitos humanos, e, por último, o vínculo da política com o direito. Desse modo, a

desobediência civil se configura como um direito fundamental a ser preservado, senão na forma da Constituição, ao menos enquanto elemento viabilizador de legitimidade social por vias comunicativas.

Como se vê, para Habermas, a desobediência civil apresenta importantes papéis em um regime democrático: denota situações de crise ou falta de legitimidade democrática governamental; alia discurso e comunicação com o Direito; é direito fundamental que consolida uma democracia procedimental; conecta política e Direito, permitindo a abertura da democracia a razões éticas, morais, pragmáticas e jurídicas.

3 CONCLUSÕES

O presente estudo teve por objeto analisar o posicionamento de Thoreau, Arendt, Rawls, Dworkin e Habermas a respeito da desobediência civil, com o objetivo de identificar pontos de convergência entre os autores.

Thoreau foi o primeiro autor a utilizar o termo “desobediência civil” enquanto forma de direito de resistência, ao defender a transgressão em caso de injustiça. O autor escreve a partir do que Hannah Arendt denomina de objeção de consciência, que – por ser individual e não refletir o sentir de um grupo – não poderia ser denominada de desobediência civil.

Arendt defende que há diferenças entre criminosos, objetores e contestadores, e que estes últimos deveriam ter participação nas decisões do Congresso como outros grupos de interesse possuem, tendo em vista que a desobediência civil e o direito de associação pertencem à própria tradição e cultura norte-americanas e refletem o espírito de uma Constituição preocupada com os desmandos da maioria.

Enquanto Thoreau e Arendt visualizavam a situação atual em que se encontravam, Rawls propôs uma teoria ideal da justiça, pautada na equidade, que pressupõe uma sociedade quase-justa, onde há aceitação pública dos mesmos princípios de justiça pelos membros que os elegeram sob o véu da ignorância. Os estudos do autor a respeito da desobediência civil partem dessa teoria ideal, na qual a desobediência civil apresenta importância, mas implica assunção dos riscos da desobediência.

Assim como Rawls, Dworkin também propôs uma teoria da justiça, mas pautada na integridade. Além de reconhecer a importância da desobediência civil para a transformação jurídica e social, Dworkin propôs uma Teoria Operacional da desobediência civil: quando a lei for incerta e admitir defesa plausível de pontos de vista divergentes, o cidadão que segue seu próprio discernimento não está dei-

xando de se comportar de maneira equitativa; quando as razões para processar são fracas ou podem ser enfrentadas por outros meios, o caminho da equidade está na tolerância; o governo tem responsabilidade especial para com quem acredita razoavelmente que determinada lei é inválida e deve ser conciliatório quando isso for compatível com outras políticas; é incorreto analisar os casos de recrutamento militar do mesmo modo que os casos de violência ou direitos civis, pois nos casos de recrutamento a equidade não desempenha papel principal, como ocorre quando direitos estão em jogo; nem sempre os assuntos estão maduros o suficiente para uma decisão judicial e pode não ser o melhor momento para o tribunal se posicionar a respeito de uma questão.

Para Habermas, os movimentos de desobediência civil apresentam grande importância por denotar uma cultura política madura e demandam do Estado posturas diversas de simplesmente aplicar a regra da maioria, sob pena de perder sua legitimidade democrática. Sem institucionalizar uma forma para a desconfiança, o Estado deve proteger e vigiar os movimentos de desobediência – afastando a regra da maioria quando necessário – e dotar os cidadãos de sensibilidade para compreender a tensão entre legitimidade e legalidade.

Com exceção da obra de Thoreau – que, como visto, não trata propriamente de desobediência civil, mas de objeção de consciência –, pôde-se visualizar nas obras estudadas cinco pontos de semelhança:

Quadro 7 – Convergências entre os autores a respeito da desobediência civil

AUTOR	GRUPOS	OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA	VIOLÊNCIA	CONSEQUÊNCIAS LEGAIS	PREVISÃO LEGAL
RAWLS	Sim	Difere	Não admite	Ponderação, mas disposto ao risco	Não admite
ARENDT				Ponderação	
DWORKIN					
HABERMAS					

Fonte: os autores, com base em Arendt (2010); Dworkin (2005; 2010; 2014); Habermas (2015) e Rawls, (2000).

Os cinco pontos de convergência entre as teorias de Rawls, Dworkin, Arendt e Habermas a respeito da desobediência civil podem ser assim sintetizados: todos afirmam que a desobediência civil demanda o agir em nome dos direitos de um grupo de pessoas; não se confunde com objeção de consciência; nenhum deles admite que a desobediência civil seja exercida com violência; todos acordam com a possibilidade de que os atos de desobediência civil sejam livrados das consequências legais, mediante ponderação. Neste ponto, Rawls reflete que os pessoas devem estar cientes e aceitar os riscos; todos manifestam-se contrariamente à ideia de regulamentação positiva da desobediência civil.

REFERÊNCIAS

- ADVERSE, Helton. Arendt, a democracia e a desobediência civil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 105, p. 409-434, jul./dez. 2012.
- ARENDDT, Hannah. Desobediência civil. *In*: **Crises da República**. [J. Volkmann: Crises of Republic]. São Paulo: Perspectiva, 2010.
- BARK, Gehad Marcon; SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. **A compreensão da desobediência civil em Hannah Arendt**. 2020. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b495ce63ede0f4ef>. Acesso em: 2 dez. 2020.
- CARVALHO, Juliana Brina Corrêa Lima de. A desobediência civil no pensamento político de Hannah Arendt: um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 13, n. 1, p. 55-66, jan./jun. 2012.
- COSTA, Nathalia Rodrigues da. O papel da desobediência civil em sociedades de massas não-totalitárias em Arendt. **Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade**, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 13-28, 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jurgen. **A nova obscuridade**. São Paulo: Unesp, 2015.

HANSEN, Gilvan Luiz. Facticidade e validade da desobediência civil como garantia da justiça e da democracia. **Revista Em Tempo**, Marília, v. 9, ago. 2011, Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/282>. Acesso em: 2 dez. 2020.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar; MACHADO, Nadabe Manoel. A desobediência civil na teoria jurídica de Ronald Dworkin. **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, São Paulo, v. 18, n. 27, 2014.

MEDEIROS, Eduardo Vicentini de. Lemas para o bicentenário de Thoreau: simplifique e desobedeça. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, n. 509, ano XVII, p. 28-29.

PONTES, Ana Carolina Amaral de. **Desobediência civil como instrumento na construção da cidadania**: um estudo à luz do conceito de Hannah Arendt, na discussão sobre participação social. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Recife, Recife, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. Desobediência civil e controle social da democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 110, pp. 179-215, jan./jun. 2015.

THOREAU, Henry David. **Desobediência Civil**. Porto Alegre: L&PM Editores, 2009.

OS DIREITOS HUMANOS COM ALCANCE UNIVERSAL: UMA REALIDADE TANGÍVEL OU UMA UTOPIA INALCANÇÁVEL?

DOI10.55339/9788560757244007

Jean Vilbert
Vinícius Almada Mozetic

1 INTRODUÇÃO

Apesar do impacto que promoveu (e ainda promove), a ideia dos direitos humanos continua sendo vista por muitos como intelectualmente anêmica – carente em bases, e, até mesmo, em termos de coerência e força de convicção. Há, por um lado, um apelo inflamado, e, por outro, um profundo ceticismo. Um dos motivos para isso, talvez seja que o uso frequente da expressão “direitos para todos os seres humanos”, que pode ser observada em muitos discursos e pronunciamentos, não tem sido adequadamente combinada às bases e à congruência dos conceitos subjacentes.

Pensar nos Direitos Humanos como uma categoria universal, ou seja, como algo que deva ser respeitado e efetivado em todas as culturas, tem se mostrado um árduo desafio, tanto por conta da diversidade cultural e dos antagonismos existentes nas diferentes sociedades pelo mundo, quanto: (a) de um lado pela crescente disseminação de teses que buscam relativizar a observância e respeito desta categoria de direitos; (b) de outro lado pelo uso ideológico desses direitos, sem real base conceitual (teórica) ou mesmo intenções práticas de implementar as categorias no todo.

A abordagem aqui proposta inicia com alguns questionamentos que buscam levar a reflexão sobre o real papel dos direitos humanos na atualidade, entre os quais, destacam-se os seguintes: (1) construir direitos humanos com alcance universal é uma realidade tangível ou uma utopia inalcançável?; (2) Será que pode existir um conjunto de direitos que tenha por destinatários todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídica ou moral em que estejam inseridos?; (3) Há um limite mínimo que deve ser observado por todas as nações na regulação de suas práticas sociais, de forma a garantir existência digna a todas as pessoas?.

Esta pretensão à universalidade tem encontrado, como já adiantado, resistências, fundadas nas peculiaridades culturais inerentes a cada nação. Os denomina-

dos *relativistas culturalistas*²⁰ defendem a relativização dos direitos humanos e a sua consequente adaptação às características de cada cultura (TORRES, 2002). Fundam sua posição no argumento de que os valores morais são variáveis no tempo e no espaço e pelo fato de que uma sociedade somente pode ser interpretada e julgada por suas práticas, quando se utiliza as lentes dos próprios valores que ela elege para nortear a sua existência.

Com vistas a essa interessantíssima temática, o presente artigo tem por objetivo contribuir para o debate por meio do estudo dos fundamentos teóricos dos direitos humanos, articulando argumentos éticos e jurídicos, bem como por indicações práticas. Para tanto, elenca as principais controvérsias e discussões existentes sobre o tema e, ao final, concentra-se no caráter universal da categoria, que há de ser aplicável independentemente de realidades interculturais e da soberania dos Estados nacionais, desde que se construa um conceito de direitos humanos ligados a uma dignidade humana interpretada com efetiva densidade.

2 OS DIREITOS HUMANOS E SUA COMPLEXIDADE CONCEITUAL

Entre os diversos desafios que o estudo dos direitos humanos apresenta aos seus pesquisadores, pode-se destacar desde logo o de sua definição – tema dos mais complexos e controvertidos, visto que, ainda hoje, apesar de toda a literatura sobre o mote, é objeto de polêmicas, não alcançando consenso doutrinário. Assim, malgrado a vulgaridade do uso (ou porventura exatamente em virtude disso) o conceito não se encontra categoricamente definido.

O problema começa pelo uso banalizado que vem se atribuindo à expressão “*direitos humanos*”, empregada sem rigor técnico, mas sim para justificar qualquer sentimento de indignação e contrariedade frente a situações de opressão, exclusão social e injustiça, fato que contribui para o alargamento indiscriminado de sua abrangência, passando a assumir dimensão muito mais “*emocional*” (PÉREZ-LUÑO, 1999, p. 22) do que jurídica, perdendo-se, gradativamente, a precisão sobre o seu conteúdo.

Além disso, a própria denominação do instituto é confusa, pois se usa indis-

20 Nesta teoria, observa Philippe Engelhard, a própria comunicabilidade das culturas é posta em causa na medida em que, numa versão moderada, tais culturas seriam incomensuráveis, quer dizer não comparáveis. Numa versão extrema, significa que não se pode fazer nenhum julgamento sobre qualquer cultura, sob pretexto que cada uma está rodeada de uma opacidade que nos impede de compreender o porquê dos seus atos e, por conseguinte, de julgar.

tintamente expressões como direitos do homem, direitos inatos, direitos naturais, direitos individuais, direitos essenciais do homem, direitos de personalidade, direitos subjetivos públicos, direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, entre outras denominações (BECERRA, 1991, p. 11), ora usadas como sinônimos, ora com significados diferentes, fato que torna o estabelecimento de uma definição ainda mais complexo.

Do ponto de vista histórico, o termo “direitos do homem” (*droits de l’homme*) começou a circular em francês depois de sua aparição em *O contrato social* (1762), de Jean-Jacques Rousseau, embora este não os tenha definido. Já a expressão “direitos humanos” apareceu pela primeira vez em 1763, significando algo semelhante a “direito natural”. O jurista inglês William Blackstone os definiu como “a liberdade natural da humanidade”, isto é, os “direitos absolutos do homem, considerado como um agente livre, dotado de discernimento para distinguir o bem do mal” (HUNT, 2009, p. 20-23). A elocução “direitos fundamentais” só surgiria muito tempo depois.

Vê-se que ligar com direitos humanos não é tarefa simples. Não há consenso sobre a denominação e as próprias definições encontradas ao longo da história são genéricas e abstratas, pouco contribuindo para dar clareza ao tema. Como diria Hunt (2009, p. 24), “os direitos humanos são difíceis de determinar porque sua definição, e na verdade a sua própria existência, depende tanto das emoções quanto da razão”. É importante, de toda forma, tecer uma delimitação conceitual, sob pena de o estudo restar demasiadamente abstratizado, até mesmo desprovido de direcionamento.

2.1 Definições sobre os direitos humanos

O complicador para o estabelecimento do conceito de direitos humanos está na própria forma como eles são normalmente definidos pela doutrina, pois, a maior parte das formulações elaboradas mostra-se desatrelada ao conteúdo básico desses direitos, limitando-se a descrever os traços externos, usando exemplos de situações práticas, em prejuízo da delimitação dos seus elementos nucleares propriamente ditos. Porventura a confusão começa quando se afirma (ISHAY, 2004) que os direitos humanos são uma categoria de direitos que os indivíduos possuem pelo simples fato de fazerem parte da espécie humana (DONELLY, 2003), sendo compartilhados em condições de igualdade pelas pessoas.

Nessa mesma linha, há pesquisadores que definem os direitos humanos como a *norma mínima* (RAWLS, 2001, p. 105) das instituições políticas, a servir de parâmetro de legitimação para os regimes jurídicos dos Estados, fixando um último

limite ao pluralismo entre os povos. Por fim, têm-se aqueles que afirmam que os direitos humanos são aqueles consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (PEREZ-LUÑO, 2001).

Como se pode observar, estas definições não esclarecem o que *são* direitos humanos, restringindo-se a referir sua *tarefa, função, utilidade* e que os seres humanos os possuem não importa o quê, devendo ser compartilhados sem discriminação de qualquer natureza; alguns se limitam a indicar os bens jurídicos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos para apontar que os valores nela consignados são direitos humanos, quando, em verdade, o que se tem na espécie são meros *exemplos* da categoria jurídica.

Nas palavras de Sen (2000, p. 261-263):

[...] existem três preocupações muito distintas que os críticos tendem a apresentar em relação ao edifício intelectual dos direitos humanos. Há primeiro, o receio de que os direitos humanos confundam conseqüências com sistemas normativos, que conferem às pessoas, direitos bem definidos; com princípios pré-normativos que podem realmente dar a uma pessoa um direito juridicamente exigível. [...] A segunda linha crítica relaciona-se à forma assumida pela ética e pela política dos direitos humanos. Nessa concepção, direitos são pretensões que requerem deveres correlatos; se a pessoa A tem um direito a certo X, deve existir algum agente, digamos B, que tenha o dever de fornecer X a A. Não sendo reconhecido esse dever, os direitos alegados, segundo esse ponto de vista, só podem ser vazios. A terceira linha de ceticismo não assume exatamente uma forma normativa e institucional, mas vê os direitos humanos como pertencentes ao domínio da ética social. A autoridade moral dos direitos humanos, por essa perspectiva, depende da natureza de éticas aceitáveis.

Considerando a insuficiência e a superficialidade destas definições, Norberto Bobbio (2004, p. 17) as denominou *tautológicas*, defendendo que não há como se elaborar contornos nítidos sobre o conceito de direitos humanos. A expressão “direitos do homem” é desprovida de conteúdo e, desse modo, introduz termos avaliativos, passíveis de serem interpretados de modo absolutamente diverso a depender da ideologia assumida pelo intérprete. Ora, para se apontar um bem jurídico como *direito humano*, realiza-se um raciocínio prévio, dentro do qual se

valoram os elementos em análise, para se chegar à conclusão de que o bem avaliado faz parte ou não desta categoria de direitos – trata-se de verdadeiro pressuposto lógico-racional a permitir afirmar que determinado valor pertence a esta categoria de direitos. Tampouco a construção da pretendida conceituação pode se embasar em tratados, leis ou qualquer outra espécie de normatização, haja vista que o seu conteúdo não está na regulamentação formal dos institutos, mas no conjunto de elementos que formam estes valores.

Os direitos humanos refletem e inspiram a legislação e a sua aplicação *positivista* tem se aplicado por muitas razões, cognitivas inclusive. O conceito dos direitos positivados é bem estabelecido e a linguagem dos direitos – até mesmo dos direitos humanos – é influenciada por uma terminologia positivada. Em um ensaio clássico “Há algum direito natural?” (HART, 1955), publicado em 1955, por Hart²¹ discutiu que pessoas “falam parte dos seus direitos morais principalmente quando advogando sua incorporação em um sistema normativo” (HART, 1958, p. 593)²² essa é

21 Hart was born in 1907, the son of a Jewish tailor of Polish and German descent. He was educated at Bradford Grammar School and New College Oxford, where he obtained a brilliant first class in Classical Greats. He practised at the Chancery Bar from 1932 to 1940 along with Richard (later Lord) Wilberforce. During the war, being unfit for active service, he worked in MI5. During this time, his interests returned to philosophy and in 1945 he was appointed philosophy tutor at New College. In 1952, given his chancery background, he was persuaded by J.L. Austin to be a candidate for the Oxford chair of Jurisprudence when Professor Arthur Goodhart resigned. He was elected and held the chair until 1969. From 1952 on he delivered the undergraduate lectures that turned into *The Concept of Law* (1961). He held seminars with Tony Honre on causation, leading to their joint work *Causation in the Law* (1959). His visit to Harvard in 1956-7 led to his Holmes lecture on ‘Positivism and the Separation of Law and Morals’ (1958) and a famous controversy with Lon Fuller. Returning to the UK he engaged in an equally famous debate with Patrick (later Lord) Devlin on the limits within which the criminal law should try to enforce morality. Hart published two books on the subject, *Law, Liberty and Morality* (1963) and *The Morality of the Criminal Law* (1965). A wider interest in criminal law, stimulated by Rupert (later Professor Sir Rupert) Cross was signalled by his ‘Prolegomenon to the Principles of Punishment’ (1959). Hart resigned his chair in 1969, to be succeeded by Ronald Dworkin, a severe critic of his legal philosophy. He now devoted himself mainly to the study of Bentham, whom, along with Kelsen, he regarded as the most important legal philosopher of modern times.

22 A teoria de Hart é fundamentada na existência de uma regra de conhecimento. Esta seria a aceitação por parte da sociedade que determinada regra jurídica existe em função de determinada prática social. Esta seria uma das condições de validade e seria diferente em cada sistema jurídico, justificando a fundamentação nela. A teoria Hartiana ainda propõe o conceito de *predigree*, seria se a norma tem reconhecimento de validade social de acordo com a regra de conhecimento, porque é desta que todas as outras normas derivam. Os juízes aceitam a regra de conhecimento de Hart

certamente uma forma na qual os direitos humanos têm sido invocados – a defesa qualificada de Hart da ideia e utilidade para os direitos humanos, neste contexto, tem sido com razão influente.

A ideia dos direitos humanos pode ser – e na verdade é – usada em muitos contextos precipuamente jurídicos, em casos em que a legislação se encontra profundamente envolvida (HART, 1996)²³. Existe, com certeza, uma conexão entre direitos humanos e ordenamentos jurídicos. Na verdade, a legislação pode e frequentemente de maneira eficiente, ajudar a promover exigências éticas que incidem nos direitos humanos²⁴. A sociedade civil e organizações não governamentais têm estado intensamente envolvidas em promover legislações mais humanitárias – exigindo atuação do Estado e do seu desenfreado poder legiferante. Reconhece-se que a luta – *causa ética dos direitos humanos* – pode avançar por meio de uma melhor *aplicação* legislativa (preferível a exigir uma *nova legislação, na maioria das vezes*). Mas há muito mais na abordagem dos direitos humanos do que isto (SEN,

quando aplicam o direito válido, mas como definir isto não ficou claramente explicado, parece que se baseia apenas na vontade do juiz em acatar ou não a regra de conhecimento. Para Hart o direito normatizado deve responder a todas as questões juridicamente suscitadas. Se não puder resolver, o magistrado usa seu poder discricionário e cria o direito aplicável ao caso. Esta criação, na visão de Hart, seria oriunda de uma fonte externa e alheia ao Direito. Essa liberdade de criação é muito criticada na teoria de Hart e justamente neste ponto a teoria do Ronald Dworkin surge como forma de resgate do direito no sentido de trazer de volta seu conteúdo de alcance às normas não positivadas, através da compreensão que existem princípios e dentre a análise destes é que deve surgir o direito a ser aplicado, estando a solução interna ao direito.

23 Os direitos e deveres jurídicos são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercitivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de eles próprios, recorrerem ao aparelho coercitivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas; os direitos e os deveres requerem atenção com pontos focais nas atuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito.

24 A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, § 2º, estabelece que: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, os tratados de direitos humanos aprovados em 2 turnos, por 3/5 dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, terão status de norma constitucional, passando a integrar o bloco de constitucionalidade. Porém, os tratados de direitos humanos não aprovados com o quórum qualificado (a exemplo do Pacto San José da Costa Rica), terão caráter supralegal – estão acima das leis (paralisam toda a legislação infraconstitucional contrária). Segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal (RE 466.343 e Súmula Vinculante nº 25). O Ministro Celso de Melo, isoladamente, vem decidindo que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam sempre como norma constitucional, independentemente do quórum de aprovação.

2010). Sen observa que:

A abordagem dos direitos deve ser acompanhada primeiramente por uma perspectiva relacionada à lei? Trabalhando tanto por uma legislação já estabelecida, ou exigindo-se uma nova legislação (...) ou por último, pensando em termos de uma legislação ideal? Eu discutiria contra a adequação de uma abordagem de direitos baseados de um jeito ou de outro, ao redor de uma legislação atual, proposta ou imaginada. Nós podemos fazer mais do que restringir nossos princípios orientadores para ideias positivas, ou pré-positivas ou ideal-positivas (SEN, 2010, p. 263).

O certo é que grande parte das ações de legislação e convenções (como a “Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais”)²⁵ tem clara inspiração na crença de alguns direitos são preexistentes, independentemente de questões normativas. Na Declaração Americana da Independência em 1776 se assentou que todos são os homens dotados pelo seu criador com certos “*direitos inalienáveis*”. Treze anos depois, em 1789, a Declaração Francesa dos “*direitos do homem*”²⁶ afirmou que os homens nascem e permanecem livres e com

25 Adotada pelo Conselho da Europa em 04.11.1950 e entrou em vigor em 1953. A Convenção instituiu dois órgãos para zelar pela sua aplicação e efetividade, um de natureza jurisdicional, no caso a Corte Europeia de Direitos Humanos, outro de natureza executiva e mesmo deliberativo-normativa, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

26 Usualmente, para determinar a origem da declaração no plano histórico, é costume remontar à Déclaration des droits de l’homme et du citoyen, votada pela Assembleia Nacional francesa em 1789, na qual se proclamava a liberdade e a igualdade nos direitos de todos os homens, reivindicavam-se os seus direitos naturais e imprescritíveis (a liberdade, a propriedade, a segurança, a resistência à opressão), em vista dos quais se constitui toda a associação política legítima. Na realidade, a Déclaration tinha dois grandes precedentes: os Bills of rights de muitas colônias americanas que se rebelaram em 1776 contra o domínio da Inglaterra e o Bill of right inglês, que consagrava a gloriosa Revolução de 1689. Do ponto de vista conceptual, não existem diferenças substanciais entre a Déclaration francesa e os Bills americanos, dado que todos amadureceram no mesmo clima cultural dominado pelo jusnaturalismo e pelo contratualismo: os homens têm direitos naturais anteriores à formação da sociedade, direitos que o Estado deve reconhecer e garantir como direitos do cidadão. Bastante diverso é o Bill inglês, uma vez que nele não são reconhecidos os direitos do homem e sim os direitos tradicionais e consuetudinários do cidadão inglês, fundada na common law. Durante a Revolução Francesa foram proclamadas outras Déclarations (1793, 1795): interessante a de 1793 pelo seu caráter menos individualista e mais social em nome da fraternidade, e a de 1795, porque

direitos iguais. Essas são claramente exigências pré-legais – para estarem refletidas na lei. Tanto que, ressalvada a gradativa e necessária expansão de seu conceito, não se conhece hoje em dia qualquer Estado, seja qual for a ideologia que o norteie, que não afirme, pomposamente, em seu estatuto político, o respeito por esses direitos (SEN, 2010).

Para Francisco Laporta (2005) é justamente esta característica que coloca os direitos humanos fora do âmbito do sistema jurídico positivo, pois não se está tratando de um conjunto de direitos que uns possuem e outros não, de acordo com o cumprimento dos requisitos do ordenamento jurídico ao qual estão vinculados.

2.2 Universalismo e relativismo

No entanto, o tratamento acerca dos direitos humanos pode sofrer diferenças profundas a depender da adoção de uma das linhas de pensamento em embate. Trata-se de questão de imensa magnitude. Os *naturalistas* (jusnaturalistas ou universalistas), por exemplo, veem os direitos humanos como naturais ao homem, decorrentes de sua própria condição humana, independentemente de tempo e espaço. Já os *historicistas* (positivistas ou relativistas), por sua vez, abordam tais direitos como construções sociais, temporárias e mutáveis, limitadas no tempo e no espaço.

Se tomada a doutrina naturalista (BEDIN, 2014)²⁷, os direitos humanos são a manifestação das condições básicas e inafastáveis a que todo ser humano faz jus, devendo ser respeitadas independentemente da sociedade ou do governo a que está adstrito o indivíduo: são os direitos que todo e qualquer homem possui pelo tão só fato de sua humanidade, isto é, decorrentes de sua própria natureza e pela dignidade que a ela é inerente.

Já se adotada a doutrina historicista²⁸ ou relativista, os direitos humanos são

ao lado dos “direitos” são precisados também os “deveres”, antecipando assim uma tendência que tomará corpo no século XIX (podemos pensar nos *Doveri dell’uomo*, de Mazzini); a própria Constituição italiana tem como título da primeira parte “Direito e deveres do cidadão”.

27 A doutrina do Direito Natural nasceu na Grécia Antiga. Entre os primeiros a defenderem esta concepção estão o filósofo Heráclito de Éfeso (535-470 a. C.) e o escritor Sófocles (494-406 a. C.). Este último, em sua famosa tragédia *Antígona*, formulou pela primeira vez a questão central que envolve a doutrina do Direito Natural: existe um direito superior à legislação positiva estabelecida pela vontade do soberano.

28 Esse historicismo anti-iluminista, típico do início do século XIX, adquiriu especial evidência com o desenvolvimento da escola histórica de Gustav Hugo, que redirecionou os esforços dos juristas germânicos para o estudo dos textos romanos e dos direitos consuetudinários. Po-

conquistas sociais hauridas pelo homem no decorrer dos tempos, variando de época para época e de Estado para Estado, pois dependem do reconhecimento social e, principalmente, estatal, além de deverem respeitar a cultura de cada nação (COSTA, 2020).

Quanto aos argumentos, para a corrente naturalista, alguns preceitos são preexistentes a qualquer ordenamento jurídico, acompanhando o homem em sua existência. Bastiat, à guisa de exemplo, assevera que “a vida, a liberdade e a propriedade não existem pelo simples fato de os homens terem feito leis. Ao contrário, foi pelo fato de a vida, a liberdade e a propriedade existirem antes que os homens foram levados a fazer as leis” (BASTIAT, 2010, p. 11). No mesmo sentido, ao analisar a obra de Locke, Pallieri adverte que o homem não pode renunciar à sua qualidade humana e àquilo que a caracteriza (a liberdade e a igualdade) ou que está intimamente ligado a ela (a propriedade). Essas exigências humanas fundamentais devem ser necessariamente respeitadas pelo Estado em seu nascedouro e, depois de instalado, em seu funcionamento concreto (PALLIERI, 1969).

Ocorre que, como já visto, não são poucos os pensadores que criticam a visão de direitos naturais do homem. Ilustrativamente, Bobbio (2004) brada que a tarefa mais urgente destes tempos é a efetivação dos direitos, não sua conceituação. Ainda assim, afirma que a ideia de que tais direitos caberiam ao homem enquanto homem é meramente tautológica, podendo levar ao desacerto de se pensar existirem direitos essenciais e eternos. Historicista que é, entende que os direitos humanos não são produto da natureza, mas da civilização humana: são direitos históricos e mutáveis, amplamente suscetíveis de transformação, ampliação e eventual redução.

Mais recentemente, Sarlet (2010), embora reconheça a existência de direitos ontologicamente colimados ao homem, liga a proteção dos direitos fundamentais ao surgimento do moderno Estado constitucional, assentando que ambas as incidências são fruto de lutas sociais contra os arbítrios estatais. Afirma que “os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano” (SARLET, 2010, p. 52). Castilho diz que “a história da humanidade parece revelar a existência de conjuntos de direitos fundamentais com diferentes conteúdos, eficácias e titulares. Tratou-se de um reconhecimento mais ou menos progressivo, marcado, em cada época pelo contexto histórico subjacente” (CASTILHO, 2013, p. 175).

rém, o principal representante dessas correntes foi Wilhelm von Savigny, que desde sua grande obra da juventude (a Metodologia Jurídica, de 1802), tentou equacionar o respeito ao direito positivo com as necessidades históricas e sistemáticas.

Esposando posição intermediária, Canotilho (2002) defende que os direitos humanos são aqueles válidos para todos os povos, em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); já os direitos fundamentais são aqueles limitados no tempo e no espaço (dimensão jurídico-institucionalista). Os direitos humanos ligar-se-iam à própria natureza humana – daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais, em outro viés, estariam objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta.

3 ARGUMENTOS ÉTICOS QUE FUNDAMENTAM OS DIREITOS HUMANOS

A ética, por sua própria natureza, permite a construção de paradigmas que podem ser utilizados para se reconhecer os elementos que formam o núcleo dos direitos humanos, independentemente da cultura em que se estejam inseridos. Na ideia da Justiça de Amartya Sen (2000, p. 363):

Direitos humanos são melhores vistos como articulações de um compromisso nas éticas sociais, comparável a – mas muito diferente de – aceitar um raciocínio utilitarista. Como outros princípios, direitos humanos podem, com certeza, ser contestados, mas a exigência é que eles sobrevivam abertos ao público. Seja qual for a universalidade que estas exigências têm [...] são dependentes da oportunidade de discussões livres.

Mas de que forma seria possível desenvolver argumentos éticos para conceituar os direitos humanos, diante da *diversidade cultural e moral* existente na sociedade contemporânea?

Este aparente entrave é dissipado quando se estabelece uma clara distinção entre os sentidos das palavras ética e moral, compreendendo-se a conotação que o fundamento ético representa nesta construção conceitual. A ética, como uma área da filosofia, é a ciência da conduta humana (ARISTÓTELES, 2007) que tem por objeto de estudo as ações humanas. A moral, por sua vez, é o objeto de estudo da ética, pois se caracteriza como o conjunto de normas de conduta ou de costumes que são adotadas por certo grupo social (NALINI, 1999). Nesse contexto, cabe à ética discutir as diversas morais, buscando estabelecer uma forma mais ampla do comportamento humano, extraindo dos fatos morais e fundamentos comuns a

eles aplicáveis (GUISÁN, 1995).

Como exemplo desta heterogeneidade podemos citar a moral cristã, a moral judaica, a moral islâmica, entre outras, que estabelecem, de diferentes formas, valores utilizados como diretrizes de conduta para as sociedades que as adotam. Dentro desta diversidade axiológica, compete à ética desenvolver uma análise das diversas morais, encontrando pontos de interligação e de contato entre elas, constituindo e elaborando suas críticas.

Por todos estes elementos, é que o uso da fundamentação ética se mostra tão apropriada para a elaboração de uma definição de “direitos humanos” (CAMPOS, 1993, p. 82), pois, sua capacidade de diálogo com as diversas morais facilita a aproximação intercultural e o estabelecimento de valores universais que formam o núcleo conceitual desta categoria de direitos, afastando-se, com o seu uso, o risco de sua inaplicabilidade em certos contextos culturais.

3.1 A fundamentação da dignidade humana

A análise das inúmeras teorias que atualmente buscam fundamentar a classe dos direitos humanos (BAEZ; BARRETTO, 2007) evidencia que todas elas relacionam, por diferentes caminhos, formas de realização da *dignidade humana* (SARLET, 2001, p. 38)²⁹, pondo em relevo que é este o elemento ético nuclear desta classe de direitos (FERNANDEZ, 1991). No próprio preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU o reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana **como fundamento** da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (KANT, 1998, p. 23), ou seja, estruturado na totalidade dos direitos ali declarados. Este alicerce valorativo é facilmente verificável, visto que não se consegue conceber um bem jurídico ao qual queira se atribuir o status de direitos humanos que não tenha por base a dignidade humana. Para Kant (1980, p. 134-141): “a dignidade humana é uma qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, o qual impede a sua coisificação”, se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão.

Já para Dowrkin (2003, p. 309-310):

²⁹ Opta-se pelo uso da expressão *dignidade humana*, por representar abstratamente um atributo reconhecido à humanidade como um todo, evitando-se, com isso, o uso da expressão *dignidade da pessoa humana*, por estar associado ao atributo de uma pessoa, individualmente considerada.

Este atributo, contudo, é também reconhecido aos indivíduos desprovidos de condições de se autogerirem, como, por exemplo, as crianças de tenra idade e as pessoas que sofrem de problemas mentais, uma vez que também eles possuem o direito de receberem um tratamento digno por sua existência.

Autores como Pérez-Luño (1984) e Croce (2002), atribuem um conteúdo crescente e variável ao conceito da dignidade humana, baseados no entendimento de que esta é delimitada em seu momento histórico, tendo como norte as necessidades humanas externadas pelos valores morais adotados por cada sociedade.

Nas palavras de Sarlet (2009, p. 32), a dignidade humana é ao mesmo tempo limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral. Como limite implica na impossibilidade de se reduzir qualquer ser humano à condição de objeto; é fonte emanadora de direitos fundamentais contra atos que a ameacem ou violem. Como tarefa, enseja deveres concretos de proteção por parte dos órgãos estatais. Pode-se dizer também que a dignidade “não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori” – “um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana” (SILVA, 1998, p. 87). De todo modo, exerce relevante papel na arquitetura constitucional: o de fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo o valor que dá unidade e coerência a eles. Os direitos fundamentais (derivação interna dos direitos humanos) são, nesse sentido, uma primeira concretização da dignidade (FARIAS, 1996).

Aliás, segundo observa Bonavides (1999), abordando o vocábulo “fundamental” em seu significado lexical tem-se o que serve de fundamento, o que é necessário, essencial, definição que não difere do sentido na esfera jurídica. Logo, direito fundamental “é o mínimo necessário para a existência da vida humana” (BREGA FILHO, 2002, p. 66), considerada em seu vértice vida digna, “porque todas as pessoas têm algumas necessidades fundamentais que precisam ser atendidas para que elas possam sobreviver e para que mantenham sua dignidade” (DALLARI, 1994, p. 07). Então, apesar da crítica de Canotilho, para quem reduzir o campo dos direitos humanos ao âmbito da dignidade humana é restringir suas possibilidades de conteúdo – parece acertado compreender que são direitos humanos os que se ligam de maneira intrínseca à dignidade humana, conjunto de dados que representa uma qualidade própria do indivíduo, demandando o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral, sob pena da coisificação do ser humano: um direito somente será humano quando contiver em seu bojo valores éticos que re-

presentem formas de realização da dignidade humana (BAEZ, 2010).

Por fim, é certo que, por suas características, a dignidade humana não depende de reconhecimento jurídico para existir (MARTINEZ, 1996), tratando-se de bem inato e ético, que se coloca acima, inclusive, das especificidades culturais e suas diversas morais, visto que tem a capacidade de persistir mesmo dentro daquelas sociedades que não a respeitam – sua violação evidencia afronta a capacidade de autodeterminação do ser humano e de sua própria condição de ser livre.

3.2 Os níveis de compreensão da dignidade humana

É possível compreender a dignidade humana a partir de algumas teorias (...) por exemplo, de Kant, Croce e Perez-Luño, quando subdivida em dois níveis: 1) no primeiro, a *dimensão básica*, referentes aos bens jurídicos básicos e essenciais para a vida humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação individual, impedindo a sua coisificação (KANT, 1998); 2) no segundo, a *dimensão cultural*, onde estão inseridos os valores que variam no tempo e no espaço, que atendem as demandas sociais de cada tempo, de cada sociedade (PÉREZ-LUÑO, 2001; CROCE, 2002³⁰).

Estruturadas estas premissas, pode-se afirmar que a *dimensão básica* da dignidade humana é universal, ou seja, tem de ser observada em qualquer cultura, pois representa justamente uma qualidade própria do indivíduo (ROCHA, 2004, p. 13)³¹, a demandar o respeito por sua vida, liberdade e integridade física e moral (SARLET, 2009). Por tais motivos, sua violação é facilmente constatada, pois estará caracterizada em qualquer situação em que uma pessoa venha a sofrer a redução de seu *status* de sujeito de direitos.

Já quanto à *dimensão cultural*, representa as formas e condições com que a dignidade humana, em sua *dimensão básica*, é implementada em cada grupo social ao longo da história. Neste nível de análise, abre-se espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas, pois se busca uma compreensão ética das finalidades de cada

³⁰ Como líder nacional de um movimento cultural, Benedetto Croce atingiu uma geração de intelectuais italianos e tornou-se uma figura reconhecida internacionalmente, tanto por suas contribuições no âmbito da estética, quanto por sua teoria da história, fundamento de sua teoria política.

³¹ “Gente é tudo igual. Tudo igual. Mesmo tendo cada um a sua diferença. Gente não muda. Muda o invólucro. O miolo, igual. Gente quer ser feliz, tem medos, esperanças e esperas. Que cada qual vive a seu modo. Lida com as agonias de um jeito único, só seu. Mas o sofrimento é sofrido igual. A alegria, sente-se igual”.

grupo social, a fim de se construir significados que tenham capacidade de serem entendidos interculturalmente (HÖFFE, 2005, p. 77-78).

Dentro desse quadro, ao se entenderem os direitos humanos como o conjunto de valores éticos que buscam proteger, garantir e realizar a dignidade humana em suas duas dimensões, vislumbra-se, como consequência lógica, a concepção de dois níveis de atuação dessa classe de direitos. O primeiro nível engloba os direitos humanos que visam proteger a *dimensão básica* da dignidade humana, ou seja, aqueles que buscam preservar os bens jurídicos básicos e essenciais à existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação. O segundo nível de proteção inclui a *dimensão cultural* da dignidade humana, ou seja, busca assegurar novos bens jurídicos que vem surgindo e se ampliando no tempo e no espaço, de acordo com as peculiaridades, avanços e demandas de cada sociedade.

Como refere Andrade (2001), alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade, que modela todo o conteúdo deles: vida, identidade e integridade pessoal, liberdade física e de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos pessoais. Estes são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos. Porém, há outros direitos que decorrem desse conjunto de direitos fundamentalíssimos, completando-os como explicitações de segundo grau, mediadas pela particularidade das circunstâncias sociais e econômicas, políticas e ideológicas, dependendo de opções políticas estruturais: direito de resposta, direitos trabalhistas, habitação, saúde, seguridade social, cultura.

Como decorrência, o conjunto de direitos humanos que protege a dignidade humana em sua *dimensão básica* é, por natureza, **universal**, pois permeia todos os níveis legislativos e culturais para definir que cada ser humano tem direito de acessar os bens básicos e essenciais para sua existência, como a vida, a liberdade e a integridade física e moral, impedindo que o indivíduo venha a perder sua característica humana de ser um fim em si mesmo, tornando-se um mero instrumento ou coisa.

Por outro lado, os direitos humanos que envolvem a dignidade humana em sua *dimensão cultural* estão sujeitos às variações nas formas e condições com que são implementados em cada sociedade, já que se destinam a atender a demandas sociais surgidas ao longo da história. É exatamente neste nível de proteção que os direitos humanos não são estáticos, mas constituem uma espécie que está em permanente processo de construção e reconstrução (ARENDDT, 2004, p. 332-333).

Por tais motivos, deve-se admitir na segunda dimensão de proteção dos direitos humanos a ocorrência de diferentes práticas culturais, muitas vezes antagônicas

entre si, que podem ser perfeitamente conciliadas por meio de um diálogo intercultural (HÖFFE, 2000), estabelecido por critérios éticos capazes de demonstrar que certos costumes representam a dimensão cultural da dignidade de cada indivíduo e devem ser respeitados, observando-se sempre o limite no sentido de não reduzir a pessoa a mero instrumento ou objeto.

4 DA UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789³² é o prenúncio da emancipação humana: a humanidade, uma invenção da Modernidade, nunca antes fora sujeito de direitos. Doravante o homem se torna a fonte de toda lei, não está mais sujeito a preceitos divinos ou provenientes da tradição; passa a ser dotado de direitos pela singela condição de ser humano.

Acontece que uma década depois da Revolução Francesa, a ditadura militar de Napoleão Bonaparte ascenderia ao poder (1799). Pior: o raiar do Século XX traria consigo a Primeira Guerra Mundial. E quando o mundo ainda se recuperava de seus efeitos (ou os sentia pelo Tratado de Versalhes), teve vez a Segunda Grande Guerra, de proporções jamais vistas. O que viria a seguir seria um mundo estarrecido diante da revelação de sucessivos holocaustos, em sua generalidade realizados sob os auspícios da uma legislação alemã considerada uma das mais humanitárias do mundo à época.

É nesse mar de incertezas que surgem questões mais do que relevantes: a condição de homem é realmente suficiente à imposição dos direitos humanos? Os direitos humanos podem existir sem que haja um vínculo entre seus supostos titulares e alguma forma política organizada e detentora de força suficiente para os garantir?

³² A declaração dos direitos colocou diversos problemas, que são a um tempo políticos e conceituais. Antes de tudo, a relação entre a declaração e a Constituição, entre a enunciação de grandes princípios de direito natural, evidentes à razão, e à concreta organização do poder por meio do direito positivo, que impõe aos órgãos do Estado ordens e proibições precisas: na verdade, ou estes direitos ficam como meros princípios abstratos (mas os direitos podem ser tutelados só no âmbito do ordenamento estatal para se tornarem direitos juridicamente exigíveis), ou são princípios ideológicos que servem para subverter o ordenamento constitucional. Sobre este tema chocaram nos fins do século XVIII, de um lado, o racionalismo jusnaturalista e, de outro, o utilitarismo e o historicismo, ambos hostis à temática dos direitos do homem. Era possível o conflito entre os abstratos direitos e os concretos direitos do cidadão e, portanto, um contraste sobre o valor das duas cartas. Assim, embora inicialmente, tanto na América quanto na França, a declaração estivesse contida em documento separado, a Constituição Federal dos Estados Unidos alterou esta tendência, na medida em que hoje os direitos dos cidadãos estão enumerados no texto constitucional.

Podem eles existir fora do âmbito da cidadania? O que ocorre quando os Estados se tornam os maiores ofensores dos Direitos Humanos? Os direitos humanos são realmente universais?

4.1 Uma utopia inalcançável

Para muitos, a universalidade dos direitos humanos não passa de uma utopia inalcançável. Alguns autores são emblemáticos em suas críticas a tal pretensão de universalidade. O pensador anglo-irlandês Edmund Burke, por exemplo, como membro do Parlamento entre 1765 e 1780, foi um engajado defensor do liberalismo. Porém, em vez de se entusiasmar com a Revolução Francesa, como tantos liberais da época, insurgiu-se com veemência contra o episódio (KRITSCH, 2011).

Segundo o entendimento de Burke, os revolucionários franceses seguiam uma política metafísica, como “especuladores” – a especulação é a crença de que a política, a arte do possível, deve ser guiada pela teoria, por receitas filosóficas, por algum plano concebido pela razão. “Mas essa é a maior tolice”: nenhum aspecto da política pode ser concebido em abstrato. O ponto de vista do absoluto, do universal, do imutável (campo da teoria) cega o político diante das realidades do particular e do concreto e o torna metafísico e profético, repleto de hipérboles retóricas incapazes de governar (DOUZINAS, 2009, p. 161).

Não só isso. Os direitos haveriam de ser os direitos de um inglês e não do homem geral e indeterminado da Declaração. Conforme afirma Joseph de Maistre: “já conheci italianos, russos, espanhóis, ingleses, franceses, mas não conheço um homem geral”. A abstração resultaria não só na inoperância dos direitos, mas também na indeterminação do sujeito – um ser imaginário, cuja proteção sequer é possível (DOUZINAS, 2009, p. 166). Os humanos são seres socialmente marcados e historicamente construídos: só existem a partir dos preceitos primários de cada povo, isto é, da experiência acumulada por um determinado corpo social e civil (BURKE, 1982). Corolário disso é que, exatamente pela facilidade desordenada de mudar de regime – solapando a história – os direitos humanos metafísicos seriam uma ameaça à composição orgânica da sociedade, podendo pô-la na poeira das vontades individuais, uma vez carregados pelos caprichos e modismos.

Na visão de Burke, a abstração dos direitos é justamente o que provoca essas várias contradições entre a teoria e o que ocorre na prática. Logo, é preciso abandonar o pseudo-universalismo e levar os direitos a sério. E ele não ficou sozinho. Bentham, propôs o total repúdio de todas as reivindicações revolucionárias, precisamente por que eles não são legalmente baseados. Ele insistiu que os “direitos

naturais e imprescritíveis (uma frase americana) são simples *tolices retóricas*". Ele explicava que o substantivo "direito" é o filho da lei – das leis reais derivam dos direitos reais; já das leis imaginárias, do "direito da natureza", somente podem vir "direitos imaginários" (SEN, 2010, p. 161). Arendt (2004) também não deixou por menos. Seu pensamento escancarou a precariedade da abstração da noção de direitos do homem no período da Segunda Guerra Mundial. Segundo ela, a ideia da existência de um ser humano em si desmoronou quando confrontada com os judeus perseguidos – seres que perderam todas as qualidades e relações, exceto que ainda eram humanos.

Conquanto haja um aparente consenso que os direitos humanos devem iluminar a dignidade humana e se auto afirmar onde quer que se esteja, isso não parece ocorrer quando tomados os homens que perderam o status de cidadão. Nas palavras de Arendt (2004), no momento em que os seres humanos deixam de ter um governo próprio, não resta nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los. É com supedâneo nisso que para Arendt os direitos humanos pressupõem a cidadania não apenas como um fato e um meio, mas sim como um princípio, pois a privação da cidadania afeta substantivamente a condição humana, uma vez que o ser humano privado de seu estatuto político perde a qualidade de ser tratado pelos outros como um semelhante (LAFER, 1988).

Em suma, o reconhecimento de direitos humanos pode ensejar, ao menos em parte, inspirando ou ajudando a promover, mudança institucional – um valor ético que causa ação prática. Se uma garantia completa de realização fosse realmente aceita como uma condição para qualquer exigência para ser vista como um direito, então não apenas a segunda geração de direitos (conectadas com desenvolvimento), mas também a primeira geração de direitos (conectadas com liberdade e sem interferência) seria seriamente comprometida.

4.2 Uma realidade tangível

A sociedade contemporânea é heterogênea, sem dúvidas. Seja no plano nacional ou internacional, o Século XXI apresenta sociedades multiculturais (PUREZA, 2004). De que maneira é possível, então, dar efetividade ao universalismo estabelecido no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo"? Como compatibilizar a universalidade dos direitos

humanos com o característico pluralismo cultural dos novos tempos?

A resposta está, justamente, em reconhecer o pluralismo como traço característico das democracias que almejamos. É comum que diferenças culturais tragam a lume entendimentos conflitantes na órbita pública, os quais por vezes são irreconciliáveis. Esse contexto é resultado inevitável do exercício das faculdades da razão humana em um ambiente de instituições livres. Em um cenário em que as pessoas têm liberdade para adotar, e de fato adotam, diferentes concepções, a menos que se recorra à violência, não há como fazer imperar uma só visão de mundo, uma espécie de expressão única da verdade, em exclusão a todas as demais. Ainda assim, é possível um consenso sobre elementos basilares no trato do homem enquanto tal. É aí que se inserem os direitos humanos na dimensão básica da dignidade humana.

Em sua primeira dimensão, a dignidade humana gera uma espécie de *consenso sobreposto* (para usar aqui uma expressão adotada por autores como John Rawls), em que os direitos humanos se tornam, precisamente, o ponto de convergência das diferenças existentes entre as culturas. Desse modo é possível a existência de sociedades livres e iguais, ainda que profundamente divididas por diferenças culturais, religiosas, filosóficas e morais, que embora incompatíveis, não interferem na dignidade básica dos cidadãos.

Tanto é assim que a despeito de todo o pessimismo, com o fim da II Guerra Mundial, o problema dos direitos básicos da pessoa humana se renovou, ou seja, posto como prioridade nas discussões entre chefes de Estado. Com a Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945, foi criada uma organização internacional denominada de Organização das Nações Unidas (CARVALHO, 1998)³³, voltada a permanente ação conjunta dos Estados na defesa da paz mundial, incluída aí a promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas (art. 1) (ANGELO, 1998, p. 92). Com tais propósitos, ao menos em tese a noção dos direitos humanos deixou de ser um compromisso de cada país, individualmente. Passou a ser um princípio internacional a inspirar as ações dos membros fundadores ou futuros da organização.

Também ONGs globais (Save the Children, Fronteiras Médicas e outros) passaram a se envolver em projetos voltados ao avanço dos direitos humanos, pro-

33 Os objetivos das Nações Unidas são: Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz.

movendo programas reais para fornecer comida ou medicamentos, abrigo ou ao ajudar a desenvolver oportunidades econômicas e sociais. Mais do que isso, muitas entidades se engajaram na discussão política, na advocacia e até mesmo em ações investigativas, passando a denunciar violações a direitos humanos.

Esse é um dos motivos pelos quais muitos autores acreditam que a Segunda Guerra Mundial constitui um marco na história político-jurídica: é a partir dela que o mundo passa a caminhar para o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob o pálio de que a tutela de tais direitos não pode ficar restrita ao âmbito nacional (FERREIRA FILHO, 2010). A soberania não pode servir de escudo à prática de atrocidades, demandando a criação de mecanismos supraestatais de proteção do ser humano (CASTILHO, 2013).

Por fim, o ampliado empenho em torno da proteção internacional dos direitos humanos, *de per se*, demonstra que a efetiva universalização da categoria é sim uma realidade tangível. A concretização dessa pretensão passa pela conscientização daqueles que ainda se encontram céticos à ideia, pela pronta resposta àqueles que apõem o obstáculo do multiculturalismo e pela soma de esforços para colocar em prática as noções nos lugares em que ainda se insiste em atentar contra a dignidade humana em sua dimensão básica.

5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos espalharam-se pelo mundo (especialmente Ocidental), passando a ser entendidos como base da sociedade contemporânea – estenderam a relevância e alcance de sua argumentação para a ética social e política, tendente a render exigências que possam ser convenientemente chamadas de direitos humanos.

Primeiro porque é difícil definir o que é um direito humano. Muitos tentam ligá-los a fatores jurídicos. E nesse aspecto é certo que a precisão presumida dos direitos positivos é frequentemente contrastada com ambiguidades inescapáveis nas exigências éticas dos direitos humanos. Este contraste, entretanto, não é por si só motivo de embaraço para as exigências éticas, incluindo aquelas de obrigações imperfeitas, uma vez que uma estrutura de razão normativa pode sensivelmente permitir variações e não podem ser facilmente acomodadas em requerimentos de especificidades legais. Aristóteles já pontava em “*nicomachean ethics*” (STANFORD, 2001), que temos de procurar por precisão em cada classe de coisas tanto quanto a natureza do assunto exige.

Em segundo plano, as desconfianças e críticas que se levantam contra a aparente

hegemonia dos direitos humanos se devem, também em muito, à heterogeneidade da aplicação em âmbito universal, diante de sua inobservância em diversas nações. Entretanto, eventual ineficácia fática em certo momento histórico (ou local) não deve servir a desacreditar toda a categoria. Na medida em que direitos humanos são significativamente exigências éticas, o diagnóstico quanto a se suas exigências têm força institucional ou normativa em um recorte temporal ou geográfico é um dado irrelevante (para fins existenciais, embora não seja para fins práticos).

A existência dos direitos humanos independe de sua completa implementação prática a todo tempo e lugar; ao contrário, seu reconhecimento é que demanda a implementação de ações práticas à sua salvaguarda, inclusive por meio de intervenções internacionais como último recurso (*ultima ratio*), já que o princípio da impenetrabilidade não é absoluto e a soberania deve ser vista não só como prerrogativa internacional, mas também como responsabilidade dos Estados nacionais.

Pode parecer uma tautologia, mas não é. A análise da dignidade é mais bem compreendida (e se torna mais objetiva e manejável na prática) quando tomada em uma dúplici dimensão: (a) *dimensão básica*, em que se encontram os bens jurídicos básicos e essenciais para a existência humana; (b) *dimensão cultural*, em que estão os valores que variam no tempo e no espaço.

A *dimensão básica* é universal, devendo ser observada em qualquer cultura, pois representa a defesa primordial do respeito à vida, à liberdade e à integridade física e moral, isto é, dos bens jurídicos básicos e essenciais à existência humana, os quais são necessários para o exercício da autodeterminação de cada indivíduo, impedindo a sua coisificação. Já a *dimensão cultural* tutela as formas e condições secundárias com que cada grupo social busca tutelar a dignidade, abrindo espaço para as peculiaridades culturais e suas práticas.

Diante disso, uma defesa da aplicação universal dos direitos humanos é plenamente possível quando vinculada à defesa da dignidade humana em sua dimensão básica. Se assim for, a ideia de direitos humanos com alcance universal sai do âmbito de uma utopia inalcançável e passa a ser uma realidade tangível.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ANGELO, Milton. **Direitos Humanos**: Carta das Nações Unidas, art. 1º. 1998.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Dimensões de aplicação e efetividade dos direitos humanos. *In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Florianópolis. Anais [...]. Florianópolis, 2010. p. 7120-7134.*

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente. Direitos Humanos e Globalização. *In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETTO, Vicente (orgs.). Direitos Humanos em Evolução*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2007.

BASTIAT, Frédéric. **A lei**. Tradução Ronaldo da Silva Legey. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2010.

BECERRA, José Antônio García. [Teoría de los derechos humanos](#). México: Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.

BEDIN, Gilmar Antonio. A doutrina jusnaturalista ou do direito natural: uma introdução. **Revista Direito Em Debate**, v. 23, n. 42, p. 245–251, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução em França**. Brasília: UnB, 1982.

CAMPOS, Germán J. Bidart. **Teoría General de los Derechos Humanos**. México: UNAM, 1993.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Júlio Marinho de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Alexandre Araújo. Do historicismo ao conceitualismo: Savigny. 2020. Disponível em <https://novo.arcos.org.br/hermeneutica-juridica/#2dohistoricismooaconceitualismosavigny>. Acesso em: 28 fev. 2020.

CROCE, Benedetto. **Declarações de Direitos**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, Ministério da Ciência e Tecnologia, 2002.
DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que são direitos da pessoa**. 10 ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DONELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. 2. ed. New York: Cornell University, 2003.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução Jerferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

FERNANDEZ, Eusébio. **Teoría de la Justicia y Derechos Humanos**. Madrid: Debate, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUISÁN, Esperanza. **Introducción a la ética**. Madri: Cátedra, 1995.

HART, Herbert L. A. Are There Any Natural Rights?. **The Philosophical Review**, n. 64, abril 1955.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HART, Herbert L. A. Positivism and the Separation of Law and Morals. **Harvard Law Review**, v. 71, 1958.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo hoje**. Tradução Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUNT, Lynn. **A invenção dos Direitos Humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ISHAY, Micheline. **The history of human rights: from ancient times to the globalization era**. California: University of California Press, 2004.

KANT, Immanuel. **Declaración Universal de Los Derechos Humanos**. Versión Comentada. México, DF: Aministría Internacional – Seccion México, 1998.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. *In*: KANT, Immanuel. **Os pensadores – Kant (II)**. Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134-141.

KRITSCH, Raquel. Política, religião, revolução e soberania em Reflexões sobre a revolução em França do conservador E. Burke. **Revista espaço acadêmico**, Londrina, n. 123, p. 68-82, ago. 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o**

pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia das Letras, 1988.

LAPORTA, Francisco J. **Sobre el concepto de derechos humanos**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

MARTINEZ, Miguel Angel Alegre. **La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español**. León: Universidad de León, 1996.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A doutrina do Estado**. Tradução Fernando de Miranda. vol. 1. Coimbra: Coimbra, 1969.

PEREZ-LUÑO, Antonio Enrique. Concepto y concepción de los derechos humanos: anotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2001.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos em la sociedade democrática**. Madrid: Tecnos, 1984.

PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 6. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

PUREZA, José Manuel. Direito Internacional e Comunidade de Pessoas: da indiferença aos direitos humanos. *In*: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RAWLS, John Bordley. **O direito dos povos**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Direito de todos e para todos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHLESENER, Anita Helena. O pensamento político de croce: o modelo liberal. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 22, n. 1, p. 71-96, jan./abr. 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Venice Academy of Human Rights**. Veneza, 2010.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, abr./jun. 1998.

STANFORD. Stanford Encyclopedia of Philosophy. **Aristotle's Ethics**. 2001. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/aristotle-ethics/>. Acesso em: 28 mar. 2020.

TORRES, Adelino. **Modernidade, Relativismo e Ciência**. 2002. Disponível em: https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1076/1/Adelino%20Torres-Modernidade_Relativismo%20e%20Cincia.pdf. Acesso em: 03 mai. 2017.

TRABALHO DO CUIDADO, NOVAS TECNOLOGIAS E VULNERABILIDADE SOCIAL³⁴

DOI10.55339/9788560757244008

Regina Stela Corrêa Vieira
Natálie Vailatti

1 INTRODUÇÃO

As relações sociais estão em constantes mudanças e as novas tecnologias estão presentes em todas as áreas da vida, como nas relações pessoais e nas relações de trabalho. Apesar de muito alardeadas, parte significativa das “novas questões sociais” já eram questões antes da era das plataformas digitais e das conexões em alta velocidade, uma vez que o capitalismo segue reproduzindo sua lógica (ANTUNES, 2020) e as necessidades básicas para a vida humana pouco mudaram ao longo da história. Assim, a proteção social e a garantia dos direitos fundamentais pelo Estado, ainda que aviltadas pelo neoliberalismo, continuam como pilares inafastáveis para uma sociedade livre, justa e democrática.

O cuidado possui íntima conexão com os debates sobre proteção social, afinal todo o sistema jurídico que visa à sua garantia parte do pressuposto da vulnerabilidade humana. O cuidado está presente na vida de todas as pessoas, que cuidam ou são cuidadas, em maior ou menor grau, de acordo com a fase da vida. Uma criança precisa de cuidado, tal qual um idoso, uma pessoa com deficiência, uma pessoa enferma ou aquela que chega em casa após um dia exaustivo de trabalho.

Apesar disso, exalta-se socialmente o individualismo e uma suposta independência de pessoas bem-sucedidas, que ascendem às custas da delegação de tarefas de cuidado, principalmente, para mulheres de classes mais baixas. Como explica a teoria da divisão sexual do trabalho (KERGOAT, 2009), ao tempo empenhado no cuidado da casa, da família, do entorno é desvalorizado, avaliando-se o trabalho reprodutivo como inferior ao trabalho produtivo, feito na esfera pública e designado prioritariamente aos homens.

³⁴ O presente artigo foi originalmente apresentado no *II Congreso Internacional Derechos fundamentales y democracia en el constitucionalismo digital*, na Universidade de Granada, Espanha, em fevereiro de 2022. Sua realização deu-se com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (PPGD-Unoesc).

Mesmo quando inserido no mercado, o trabalho de cuidado segue sendo avaliado como inferior aos demais. Não à toa, o emprego doméstico é definido pela legislação brasileira como uma espécie distinta de trabalho, por possuir “finalidade não lucrativa” e prestação “no âmbito residencial” (Art. 1º, LC 150/2015), o que justificou a negação de direitos à categoria durante décadas (cf. VIEIRA, 2020) e hoje é usado como indulto às exceções espúrias à lógica protetiva trabalhista, como é o caso do reconhecimento das diárias. Ademais, as trabalhadoras domésticas são a parcela da força de trabalho com o menor rendimento médio mensal do país, inferior a um salário mínimo (IBGE, 2021a, p. 20) e altos níveis de informalidade. Quanto às cuidadoras e babás, até a regulamentação jurídica da profissão lhes foi negada³⁵.

A essa realidade histórica de desproteção social das trabalhadoras do cuidado remuneradas, soma-se mais recentemente a profusão de novas tecnologias voltadas à prestação de serviços em diversas esferas da vida. As mudanças informacionais, as plataformas digitais e outras ditas inovações no mundo do trabalho têm pressionado as bases do Direito do Trabalho, bem como juristas e magistrados, os quais tentam estancar um processo disruptivo que parece não ter retorno.

Diante disso, partindo da hipótese de que as novas tecnologias podem agravar o quadro de vulnerabilidade social das trabalhadoras do cuidado, o presente artigo pergunta quais respostas jurídicas podem ser elaboradas no sentido de reduzir esse impacto e garantir direitos fundamentais a essa categoria. A pesquisa objetiva elaborar um panorama sobre a informatização do cuidado e buscar propostas para garantir juridicamente trabalho decente a quem se dedica a tais atividades.

Para isso, lança mão de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como referências teóricas os estudos do cuidado, a sociologia do trabalho e a teoria feminista do direito do trabalho. O método de abordagem será indutivo, com análise de documentos internacionais que trazem orientações sobre o cuidado e uso de dados empíricos secundários sobre uso de tecnologias no mundo do trabalho, desigualdade de gênero e responsabilidades familiares.

O texto é composto por esta introdução, a conclusão e três tópicos com as seguintes premissas: i) o Estado deve articular políticas públicas de corresponsabilidade das atividades de cuidado entre família, sociedade civil e setor privado; ii) a inserção tecnológica na vida das mulheres que desempenham atividades de cuidado é potencialmente benéfica para redistribuição dessas responsabilidades,

35 O PL 11/2016 (na Câmara, PL 1385/2007), que regulamentava as profissões de cuidador de pessoa idosa ou pessoa com deficiência e de cuidador infantil, foi vetado pela Presidente da República em 2019.

e a motriz para inserção no trabalho formal, amparo social e alcance da independência financeira; e iii) as plataformas digitais podem facilitar o ingresso da mulher no mercado de trabalho formal (de cuidado, ou outros), mas observa-se que a falta de regulamentação específica, potencializa o abismo de oportunidades disponíveis para homens e mulheres. Por isso, é necessária a atuação constitucional fundada na proteção dos direitos fundamentais, promoção da inclusão tecnológica para todos e todas e o combate às desigualdades de gênero.

2 O CUIDADO NO CENTRO DE POLÍTICAS PARA O TRABALHO DECENTE

As organizações internacionais, preocupadas com a falta de reconhecimento do trabalho do cuidado e os impactos econômicos e sociais dessa invisibilidade, criam diretrizes e orientações para que os poderes públicos nacionais criem políticas públicas que sirvam de ferramentas de recompensa e representação de cuidadores, cuidadoras e de pessoas que necessitam de cuidados. Tais ferramentas foram pensadas como meio para que responsáveis e beneficiários do cuidado possam acessar estruturas de proteção social, sem distinção de gênero, incluindo direitos trabalhistas e incentivos à independência financeira.

Neste tópico, serão apresentadas as pesquisas e os documentos internacionais propostos pela Organização das Nações Unidas (ONU) e suas agências especializadas sobre o tema do cuidado. Como primeira referência, toma-se o documento “Reconhecer, Redistribuir e Reduzir o trabalho de cuidados: Práticas inspiradoras na América Latina e Caribe”, elaborado pela ONU Mulheres, como resultado de discussões sobre políticas de empoderamento econômico, em novembro de 2018 pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe) e OECD (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico).

O documento enfatiza a necessidade de governos, Estados, o mercado e as empresas aplicarem táticas que reconheçam, redistribuam e reduzam o trabalho do cuidado (UN WOMEN, 2018). E para facilitar a compreensão das ações, definiu as questões centrais de cada ação:

Reconhecer: tornar o trabalho de cuidado visível e valorizá-lo como chave para o bem-estar das sociedades e para o funcionamento da economia, tanto como serviço prestado nos lares quanto como um setor econômico e fonte de emprego digno.

Redistribuir: distribuir trabalho de cuidado não remunerado e responsabilidades domésticas entre homens e mulheres de uma forma mais justa e equilibrada, assim como o exercício da parentalidade responsável.

Reduzir: apoiar e dar cobertura a necessidades básicas do cuidado, reduzindo a carga de trabalho não remunerado suportado desproporcionalmente pelas mulheres em suas casas, a partir de um enfoque de direitos (direito ao cuidado como um direito-chave para a cidadania), baseado nos princípios da igualdade, universalidade e solidariedade (UN WOMEN, 2018, p. 6).

Soma-se a essa leitura outro documento publicado pela ONU Mulheres e CEPAL em 2020, em razão da situação pandêmica causada pelo vírus SARS-CoV-2, intitulado “Cuidados na América Latina e no Caribe em tempo de Covid-19: em direção a sistemas integrais para fortalecer a resposta e a recuperação”. Na publicação, são apresentados dados sobre problemas sanitários e impactos da pandemia na vida das mulheres, que incluem o aumento da dedicação de tempo ao cuidado e a redução da participação feminina nos postos de trabalho remunerado, situações que intensificaram a crise econômica e social. O documento aborda políticas de cuidado que foram tomadas na América Latina e Caribe, consideradas práticas inspiradoras de reconhecimento, redução e redistribuição do trabalho do cuidado para o enfrentamento da crise econômica mundial (UN WOMEN, 2020, p. 1-2).

O sistema de bem-estar social se baseia na disponibilização de direitos fundamentais como saúde, educação e segurança social, porém o acesso à parte expressiva deles ocorre, em grande medida, por meio do emprego remunerado formal. A necessidade de integração do cuidado como quarto pilar central se justificaria, portanto, como um componente do desenvolvimento pessoal, para alcançar uma justa organização de cuidados que contribua para a conquista da igualdade de gênero, com mudanças necessárias nas políticas econômicas e de proteção social (UN WOMEN; ECLAC, 2020, p. 5).

Revelando uma preocupação contínua com a valorização do cuidado, a ONU Mulheres e CEPAL lançaram, em 2021, o documento “Para a construção de sistemas de atenção integral na América Latina e no Caribe: elementos para a sua implementação”. Elaborado por Julio Bango e Patricia Cossani, aponta elementos indispensáveis para a criação de modelos de sistemas integrais de cuidado, colocando o tema como vetor das políticas para alcançar os objetivos da Agenda 2030 de

Desenvolvimento Sustentável e da Agenda Regional de Gênero (UN WOMEN; ECLAC, 2021, p. 4). De acordo com a publicação, um sistema integral de cuidados pode ser definido como um conjunto de políticas que buscam uma nova organização social, na qual o Estado articula a implementação de corresponsabilidade entre sociedade civil, setor privado e as famílias para que cuidem das pessoas que precisam de cuidados, e também o reconhecimento, redistribuição e redução dos trabalhos de cuidado exercidos principalmente pelas cuidadoras mulheres (UN WOMEN; ECLAC, 2021, p. 23).

Na seara trabalhista, a OIT (Organização Internacional do Trabalho) dedica uma página de seu sítio eletrônico ao tema da Economia do Cuidado, e aborda o trabalho do cuidado como central para combater as desigualdades entre homens e mulheres e para o futuro do trabalho decente. Além das ações “reconhecer, redistribuir e reduzir” o trabalho do cuidado, o Programa de Trabalho Decente aborda que as políticas devem recompensar de maneira adequada os trabalhadores e as trabalhadoras de cuidado, e promover a representação de cuidadores não remunerados e de pessoas destinatárias de cuidados (ILO, 2019, p. 43).

Vale mencionar que CEPAL e OIT, em novembro de 2021, publicaram informativo com políticas de proteção laboral para as contratações durante e após a crise gerada pela pandemia de Covid-19. Segundo as agências, a mudança das relações de trabalho, com maior desemprego e informalidade, geraram prejuízos econômicos e menor proteção social para toda a sociedade, de forma que as alternativas para o progresso seriam fomentar subsídios para o aumento de contratações formais, juntamente com uma remodelação da proteção social, a fim de beneficiar principalmente os mais vulneráveis, as mulheres e jovens (ECLAC; ILO, 2021, p. 6-7).

Os dados apresentados no informativo demonstram que a participação das mulheres em trabalhos formais é muito inferior aos homens, possivelmente devido à sua maior presença em setores que ainda não se recuperaram completamente, como o trabalho doméstico remunerado, os setores de serviços e comércio. Ademais, a discrepância também possui relação com a demora no retorno totalmente presencial das atividades escolares, que reforça a feminização do trabalho doméstico não remunerado (ECLAC; ILO, 2021, p. 10-11).

Os documentos internacionais apresentados convergem em suas conclusões, sugerindo diretrizes para a valorização do trabalho do cuidado e reforçando a necessidade de remodelação dos sistemas de proteção social para alcançar as mulheres que são invisibilizadas na realização de atividades de cuidado. E, ainda, sustentam a criação de mecanismos que possam oportunizar o ingresso igualitário entre ho-

mens e mulheres em empregos decentes e a sua manutenção com iguais condições de progressão profissional e remuneração paritária.

Portanto, as diretrizes internacionais sobre o cuidado preocupam-se com a realidade das mulheres que executam esse trabalho, de forma remunerada ou não, por conta de sua vulnerabilidade decorrente do acesso restrito a direitos sociais, explicado pela invisibilidade e desvalorização dessas tarefas no atual sistema econômico.

Outra preocupação para o mundo do trabalho são as novas tecnologias, que geraram metamorfoses laborais com a promessa de facilitar a vida das pessoas, mas que acabaram por ampliar a intensidade da exploração e precarização de trabalhadoras e trabalhadores (ANTUNES; BRAGA, 2009). Somando a crise econômica gerada pela pandemia com a crise estrutural no emprego, e mais especificamente a substituição do trabalho humano pelo de robôs, o prognóstico é bastante crítico para quem depende do trabalho para sustentar a si e sua família.

Essa realidade afeta de forma particular as mulheres, o que tem grande relação com o papel social que lhes é socialmente atribuído, uma vez que o acesso e domínio das tecnologias, bem como da internet de qualidade, dependem da renda e de alguma formação para uso dos equipamentos. Não dominar as novas linguagens informacionais reduz a possibilidade de acesso a postos de trabalho, em especial os melhor remunerados. Essas inquietações serão melhor abordadas nos próximos tópicos.

3 ACESSO À TECNOLOGIA E A VIDA DAS MULHERES

Diante da ambiguidade da revolução digital, com seu potencial de aumentar o bem-estar das pessoas e a produtividade das empresas, mas sua capacidade de ampliar a exploração do trabalho e precarizar relações laborais, órgãos internacionais têm destacado a necessidade de formulação de políticas para a garantia de capacitação e acesso universal às novas tecnologias, bem como de uma estrutura produtiva e gestão estatal capaz de gerenciar os desafios emergentes dessa nova configuração social (CEPAL, 2021, p. 53).

Para efeitos do presente estudo, o papel socialmente desenhado às mulheres nesse contexto é especialmente relevante, uma vez que se as relações de gênero já impunham a elas um lugar social inferior na esfera pública, gerando barreiras de permanência e ascensão no mercado de trabalho (HIRATA, 2002; SAFFIOTI, 2013), é plausível a hipótese de que seu acesso às novas tecnologias siga pelo mesmo caminho.

Um primeiro dado que referenda esse raciocínio é do Microscópio Global 2020,

elaborado por *The Economist Intelligence Unit*, que compila informações sobre a inclusão financeira no mundo. Segundo o levantamento, o uso de ferramentas digitais para a inclusão financeira tende a ser usado por governos e pela iniciativa privada de forma perene, porém há o risco de excluir milhões de mulheres. Isso porque a população feminina teria menores níveis de acesso a telefones móveis e menores taxas de inscrição em sistemas nacionais de identificação – como o CadÚnico no Brasil –, tratando-se de camada mais vulnerável da população (EIU, 2020, p. 7).

O mesmo estudo revela que a inclusão financeira pelo uso de plataformas digitais é desigual entre os sexos: o acesso das mulheres é 7% menor. Agrava essa situação o fato de que a força de trabalho feminina é menos empregada no setor formal e predomina no setor informal, resultando na falta de proteção social para trabalhadoras e na conseqüente maior dificuldade de manutenção de suas famílias, especialmente em lares que são por elas chefiados (EIU, 2020, p. 16).

Segundo pesquisa de 2020 realizada pela GSMA Intelligence³⁶, com financiamento do governo do Reino Unido e da Suécia, a primeira etapa para a inclusão digital é portar um aparelho móvel, sendo que em países de baixa ou média renda, 82% das mulheres possuem um telefone celular. Apesar da alta porcentagem, ainda há 390 milhões de mulheres que permanecem desconectadas, o que representa 20% menos de probabilidade de usar internet em um celular (GSMA Intelligence, 2020, p. 12-14).

O acesso igualitário a telefones móveis e internet para as mulheres tem potencial de impulsionar o crescimento econômico. Estima-se que a eliminação da diferença de acesso às tecnologias em razão do gênero poderia gerar em países de baixa e média renda o crescimento do PIB em 700 bilhões de dólares e o incremento de 140 bilhões de dólares na indústria de telefonia móvel (GSMA Intelligence, 2020, p. 2).

Logo, o acesso à internet e a dispositivos tecnológicos está atrelado ao empoderamento econômico das mulheres, que tem como um dos principais pilares a promoção do reconhecimento e responsabilização coletiva pelo trabalho de cuidado. Tal como abordado nas diretrizes internacionais vistas no tópico anterior, políticas públicas devem ser formuladas no sentido de promover a redistribuição das responsabilidades do cuidado com a sociedade, o Estado e as instituições, considerando, inclusive, o acesso a esses dispositivos.

Para essa formulação, é necessário conhecer os marcadores sociais de cada região, o que tem sido prejudicado devido ao enxugamento de recursos para essas

³⁶ Trata-se do órgão de pesquisa da Global System for Mobile Communications Association, associação que representa os interesses das operadoras móveis de todo o mundo.

pesquisas e pela dificuldade na coleta de dados detalhados sobre uso do tempo e compartilhamento de responsabilidades domésticas. Esforços e investimentos para coleta e processamento desse tipo de informação são fundamentais para elaboração de análises setoriais e o direcionamento de políticas que tenham o gênero como preocupação transversal.

No Brasil, a Pesquisa Nacional de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), coleta dados em todo o território nacional com informações contínuas sobre a inserção da população no mercado de trabalho, associando com as características demográficas e de educação, e estudos do desenvolvimento socioeconômico do país, incluindo resultados anuais sobre temas permanentes como o cuidado e afazeres domésticos (IBGE, 2021b, p. 5).

Nesse levantamento, uma das informações coletadas diz respeito à força de trabalho intitulada “outras formas de trabalho”. São entrevistadas pessoas de 14 anos ou mais de idade, independente da situação de ocupação, que desempenham afazeres domésticos, cuidado de pessoas, trabalho voluntário e produção para o próprio consumo. Vale dizer que o IBGE entende, portanto, que tais atividades são “trabalho”, ainda que não tenham remuneração (não precificadas) ou não sejam incluídas nos cálculos do Produto Interno Bruto (PIB) do país (IBGE, 2021b, p. 34-35).

A esse respeito, importante dar destaque à crítica de Hildete Pereira de Melo e Lucilene Morandi (2021), ao analisarem a diferença de renda *per capita* entre homens e mulheres no Brasil, no período de 1991 e 2015, comparando dados do PIB e renda nacional. Segundo elas, as mulheres têm salários menores e obtêm menor fatia da renda nacional, situação que se agrava pelo fato de os indicadores econômicos nacionais não incorporarem o trabalho não remunerado, o que oculta seu valor e a importância daquelas que o executam. As autoras concluem que

Fazer valorar o trabalho das mulheres igual ao dos homens é questão de justiça social, de bem-estar econômico, de política de redistribuição de renda e, como não poderia deixar de ser, uma maior renda das mulheres e das famílias encabeçadas por mulheres geraria mais consumo, refletindo em maior PIB e maior nível de emprego na economia. Mulheres e homens seriam beneficiados como um todo (MELO; MORANDI, 2021, p. 20).

Dessa forma, a consequência do não reconhecimento e desvalorização dessas

atividades, em uma sociedade capitalista, é a exclusão econômica principalmente daquelas que as executam de forma predominante em seu cotidiano. Informalidade, trabalhos em tempo parcial, evasão do mercado de trabalho, não acesso à seguridade social, dependência financeira são desdobramentos na vida das mulheres da falta de apoio coletivo em face às responsabilidades do cuidado (SORJ; FONTES, 2012).

Por conseguinte, falar em acesso à tecnologia para as mulheres envolve compreender todo o contexto de disparidade de gênero em termos econômicos, o que está profundamente ligado ao modo como a sociedade encara o trabalho de cuidado na atualidade. Nesse sentido, as novas tecnologias podem ser empregadas, inclusive, para facilitar o trabalho doméstico – vide lavadoras, secadoras, micro-ondas, fritadeiras etc. –, mas seu acesso é mais restrito justamente para as mulheres que mais precisam, as de baixa renda.

Aliás, não apenas as tarefas domésticas mais mecânicas, como também as atividades de cuidado mais complexas, que envolvem relações entre sujeitos, têm sido alvo do desenvolvimento tecnológico. Seria essa a solução para uma distribuição mais equitativa do cuidado entre os gêneros? Ou, na mesma linha que outras profissões, estaria o trabalho de cuidado sob risco em face da substituição por máquinas? O próximo tópico buscará reunir indicativos para reflexão sobre as implicações das novas tecnologias para o cuidado.

4 NOVAS TECNOLOGIAS APLICADAS AO CUIDADO

O trabalho do cuidado, conforme visto ao longo do texto, precisa ser o eixo para a elaboração de políticas públicas que visam garantir autonomia econômica para as mulheres, fundamental para a redução de desigualdades. O cuidado deve ser pensado tanto em medidas de acesso, permanência e ascensão das mulheres no mercado formal de trabalho, como também na remodelação do sistema de proteção social, a fim de amparar todas as pessoas que se dedicam a tais atividades, parcial ou exclusivamente, de forma remunerada ou não.

Dentre os temas mais polêmicos sobre o emprego de novas tecnologias nas relações de trabalho diz respeito à possibilidade de o trabalho humano ser substituído pelo trabalho de robôs e outros dispositivos informatizados, reduzindo ao extremo postos de trabalho de todo o tipo, o que poderia levar um volume crescente de pessoas ao desalento permanente (FORD, 2019). Apesar de o horizonte do “fim do trabalho” ser um debate de décadas nas Ciências Sociais, com comprovação de que o catastrofismo talvez tenha desconexão com a compreensão da dependência do ca-

pitalismo do trabalho real (ANTUNES, 2020), aqui não trataremos dessa cizânia.

Neste tópico, a reflexão volta-se à possibilidade de substituir o trabalho do cuidado pelas novas tecnologias, especialmente pela robótica. De antemão, a primeira pista que leva a crer não ser possível é a realidade vivida durante a pandemia. Segundo a Organização Mundial da Saúde (WHO, 2022) houve um aumento global de aproximadamente 25% dos casos de depressão e ansiedade durante o ano de 2021. Dentre as causas dessa expansão, a OMS (Organização Mundial da Saúde) identifica o estresse causado pelo isolamento e a restrição da possibilidade de os indivíduos buscarem apoio de entes familiares ou de sua comunidade, o que se agravou com a interrupção de parte dos serviços voltados à saúde mental (WHO, 2022, p. 5).

Percebe-se, portanto, que mesmo com alternativas tecnológicas que permitiram que parte da população mantivesse contato com amigos e família, ainda que à distância, ou que não fossem interrompidos o trabalho ou os estudos, isso não foi o suficiente para garantir conforto emocional. Nesse sentido, o ambiente virtual não foi capaz de substituir plenamente o contato presencial e físico entre as pessoas.

Essa interpretação pode ser ampliada para o trabalho de cuidado em sentido amplo, pois há uma interação social entre cuidador e quem é cuidado que a tecnologia não consegue suprir. A esse respeito, Renata (Tica) Moreno (2021, p. 98) elucida tal quadro com as seguintes palavras:

Pode existir trabalho remoto para um monte de coisas, mas, para o cuidado, não tem como. Pense no trabalho das mulheres em uma creche, por exemplo, com as crianças, é preciso do contato. O cuidado tem essa dimensão de construir relação e de construir vínculo. Isso envolve toque, envolve um nível de afetividade, envolve trocar fralda também, envolve ajudar tanto as crianças quanto as pessoas idosas dependentes ou doentes a se limpar. Então não tem “telecuidado”, porque as pessoas precisam da presença. Isso deveria ser muito valorizado, pois é um trabalho que não pode ser substituído de forma alguma por uma máquina. Consequentemente, o cuidado deveria ser muito mais valorizado do que essas muitas iniciativas tecnológicas para acabar com o trabalho das pessoas que estão sendo desenvolvidas.

Além da impossibilidade de substituição completa de um ser humano por um

robô no provimento do cuidado, Angelo Soares (2021) chama atenção para a existência de questões éticas envolvidas nisso, como na atribuição da responsabilidade no acontecimento de possíveis acidentes, ou na possibilidade de passar à máquina comandos para a execução de ação perigosa. Ademais, a presença ininterrupta de um robô na residência ou em instituições pode ensejar debate sobre possível violação da autonomia e privacidade das pessoas cuidadas (SOARES, 2021, p. 44-45).

Vale frisar que pesquisas sobre o trabalho industrial não podem utilizar os mesmos modelos e análises para o trabalho de serviços. O cuidado pode ser enquadrado no setor de serviços e sua análise deve compreender as dimensões emocional, corporal e relacional. A primeira é observada quando “para poder realizar o trabalho de cuidar do outro é necessário fazer uma gestão das emoções do outro e de si próprio”; já na dimensão corporal, os cuidados são realizados havendo contato corpo a corpo, e o toque pode gerar desconforto ou constrangimento; por fim, na dimensão relacional, pode-se observar a interação dos aspectos emocional, sexual e social determinando a qualidade dos cuidados (SOARES, 2021, p. 46-49).

Apesar de o cuidado ser um termo abrangente e polissêmico, sendo mais fácil para o Direito encará-lo da perspectiva da oferta de serviços de cuidados ou das obrigações decorrentes das relações intrafamiliares, Joan Tronto observa que o cuidado deve envolver atividades para manter, continuar e reparar o mundo, incluindo nesse mundo não só o cuidado com o outro, mas consigo mesmo e com o planeta, tangenciando noções como a de sustentabilidade. Logo, o cuidado deve ser direcionado para tornar a sociedade mais democrática e solidária possível (TRONTO, 2007, p. 287, 291).

Pensando especificamente em termos da prestação de serviços, a pesquisa *Artificial intelligence and employment: new cross-country evidence*, analisou a influência da inteligência artificial em certas ocupações, entre os anos de 2012 e 2019 nos países da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Constatou-se que o emprego de inteligência artificial, pelo uso de computadores, ficou abaixo média para as seguintes atividades profissionais: motoristas e operadores de máquinas, trabalhadores agrícolas, trabalhadores de serviços pessoais, processamento de alimentos, cuidadores e ajudantes de limpeza (GEORGIEFF; HYE, 2021, p. 24).

De acordo com a pesquisa, a inteligência artificial neste começo de século XXI fez progressos nas atividades cognitivas, como memorização e organização, enquanto que nas habilidades físicas e psicomotoras ainda houve pouco avanço, o que pode ajudar a justificar a baixa incidência nos profissionais que desempenham

atividades de cuidado em sentido amplo (GEORGIEFF; HYEE, 2021, p. 25).

Em relação às plataformas digitais, elas não conseguem substituir o trabalho humano, mas são utilizadas como instrumento para a oferta de serviços com motoristas, entregas, limpeza doméstica e atendimentos de saúde. Segundo a Organização Internacional do Trabalho, o desenvolvimento dessas plataformas tem potencial para criar oportunidades de trabalho, tornando-se incentivo para que os governos invistam em infraestrutura para o desenvolvimento digital, bem como para as empresas, que podem se beneficiar com o aumento da força de trabalho em escala global, aumento da produtividade e proteção de mercado (ILO, 2021, p. 19).

Entretanto, as plataformas digitais têm gerado problemas de grande magnitude na perspectiva da proteção social, intensificados pela pandemia da Covid-19. Nesse sentido, verificam-se irregularidades nas formas de contratação, más condições de trabalho, dificuldade de fiscalização, restrições à liberdade de organização de trabalhadores e ao direito de negociação coletiva (ANTUNES, 2020). Essas dificuldades são mais acentuadas para os trabalhadores informais ou modalidades atípicas de emprego, com destaque para os casos dos entregadores e motoristas de aplicativos. Tais aspectos devem ser corrigidos, para alinhar o uso das plataformas digitais no mercado de trabalho aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 (ILO, 2021, p. 19).

O avanço tecnológico informacional gera aos proprietários e gestores o acúmulo de riquezas e capitais, enquanto que os trabalhadores exercem atividades que podem ser consideradas uma nova era de servidão. De qualquer forma, há pontos destacados positivamente pela classe trabalhadora, como maior liberdade de horários, menos deslocamentos, melhora na alimentação, e outros benefícios. Apesar dos benefícios destacados, trata-se de uma relação desigual entre trabalho e capital, perdendo-se muito mais do que ganhando (ANTUNES, 2020).

Outro enfoque que deve ser abordado é o uso de algoritmos no mundo do trabalho, os quais promovem classificações que podem discriminar grupos sociais, colocando direitos de igualdade e isonomia em risco, pois o uso de dados por governos e empresas impactam na organização da vida social. Assim, a destinação de oportunidades de trabalho pode ser dissimuladamente dirigida à contratação de nichos específicos da população, como pessoas brancas em detrimento de não-brancas, ou homens em detrimento de mulheres (MENDES; MATTIUZZO, 2019, p. 50), o que exige uma regulação clara sobre os balizadores dessas ferramentas.

A elaboração de normas jurídicas em face dos processos de automação, inteligência artificial e uso de dados algoritmos deve observar os valores que orientam

a sociedade e o Direito, evidenciando a centralidade humana (MENDES; MATTIUSO, 2019, p. 61). É fundamental que seja reforçada a prioridade da proteção de direitos fundamentais em relações marcadas pelas desigualdades sociais, como na seara trabalhista, onde trabalhadores e trabalhadoras são materialmente mais vulneráveis, precisando do amparo estatal como garantidor do equilíbrio contratual e da dignidade.

Nesse sentido, o conceito de constitucionalismo digital foi elaborado em razão da ascensão de demandas judiciais para as Cortes superiores, as quais buscam a solução de conflitos de direitos fundamentais de relações firmadas no mundo digital. Apesar das várias interpretações doutrinárias sobre o constitucionalismo digital, parte-se da definição conceitual de Eduardo Celeste (2019, p. 2), que não se trata apenas de respostas normativas aos desafios da tecnologia digital, mas de uma sincronia de princípios e valores que informam e orientam a criação dessas respostas, em um processo de constitucionalização do ambiente digital.

Nos conflitos e desafios que as relações digitais enfrentam, buscam-se soluções jurídicas, as quais devem estar fundadas nas ferramentas constitucionais clássicas de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais. Algumas estruturas de proteção de direitos digitais dependem da edição de normas formais basilares para a hermenêutica de casos concretos, o que na legislação brasileira ancora-se no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.925/2014), no qual constam cláusulas gerais e princípios aplicáveis aos direitos individuais no ciberespaço (MENDES; FERNANDES, 2020, p. 3-5).

Contudo, a elaboração formal ou codificada de normas em textos vinculantes não deve ser o único recurso para a constitucionalização do ambiente digital, sendo necessário um processo mais amplo de discussão e elaboração dessa nova regulamentação, construído democraticamente, abarcando o direito comum, direito constitucional, as declarações de direitos da internet, e também outras formas de respostas normativas desenvolvidas em nível regional e internacional (CELESTE, 2019, p. 18-19).

Apesar de o espaço digital ser dominado por atores privados, o ente público constitucional precisa assumir o protagonismo de sua regulação (CELESTE, 2019, p. 19), principalmente para relações de trabalho marcadas pela disparidade de poder econômico. A atuação constitucional deve proteger os direitos fundamentais, fomentar políticas públicas de combate às desigualdades de gênero, a fim de promover a inclusão tecnológica de todos e regular as relações nos ambientes digitais, visando o desenvolvimento econômico com igualdade de oportunidades

em um mundo excludente nos espaços físicos e virtuais.

Portanto, considerando as desigualdades de gênero concretas existentes no mercado de trabalho, as novas tecnologias, como as plataformas digitais, podem facilitar o acesso e permanência das mulheres no emprego (de cuidado, ou outros), mas é necessária a elaboração de uma regulamentação mais específica para tais relações. Mesmo no caso das atividades de cuidado, ainda que a substituição completa do ser humano por máquinas e robôs seja pouco provável, a criação de balizas éticas para o uso de ferramentas complementares é interessante para a proteção tanto de quem cuida quanto de quem é cuidado. Para isso, o constitucionalismo digital mostra-se um caminho para efetivação de garantias fundamentais e da dignidade nas relações trabalhistas.

5 CONCLUSÃO

As duas primeiras décadas do século XXI foram marcadas pela expansão e predomínio do fluxo global de dados e informações por meio das novas tecnologias, o que proporcionou rapidez e facilidades nas relações tradicionais, porém, trouxe desequilíbrio para os costumes e modos de vida, bem como desestabilizou processos democráticos e garantias jurídicas. A aceleração do processo tecnológico facilitou a comunicação instantânea, mas gerou “a mitigação da comunidade solidária por um processo individual e desintegrativo” (MENEZES, 2021, p. 50).

Os efeitos das novas tecnologias atingiram também as relações sociais que envolvem o cuidado. Por um lado, a inclusão digital tem o potencial de gerar oportunidades de formação e trabalho para muitos indivíduos, assim como pode facilitar o acesso dos mais vulneráveis às proteções sociais oferecidas pelo Estado. Por outro, a ausência de regulação dos mecanismos e institutos que exploram essas tecnologias têm desencadeado uma colossal concentração de renda entre os mais ricos e piora na qualidade de vida das classes que vivem do trabalho.

Frente a esse panorama, o cuidado mostra-se não apenas como um setor do mercado de trabalho em potencial expansão e com estabilidade frente à crise do emprego, como a ética do cuidado pode servir de referência para a elaboração de políticas públicas, invertendo a lógica econômica e passando a focar no bem-estar coletivo, na igualdade de gênero e no trabalho decente. Por exemplo, a inclusão digital voltada às populações mais vulneráveis, como jovens e mulheres, pode contribuir para uma melhora na qualidade de vida de comunidades inteiras, com compartilhamento de conhecimentos e riquezas.

Além disso, frente a concentração de poderes nos detentores dos meios de produção e das tecnologias, os entes públicos devem assumir papel ativo na elaboração de normas que organizem as relações digitais e reais, promovam acesso livre e universal à internet, formação profissional e educação inclusiva, proteção de direitos fundamentais e ampliação dos programas de seguridade social. Tais ações devem visar à transformação das disparidades sociais e econômicas em igualdade de oportunidades e direitos para um desenvolvimento democrático e sustentável, para a cidadania do presente e do futuro.

REFERÊNCIAS

A. GEORGIEFF; R. HYEE, “Artificial intelligence and employment: New cross-country evidence”, *In: OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, n. 265 Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/artificial-intelligence-and-employment_c2c1d276-en. Acesso em 15 dez. 2021.

A. SOARES, “O trabalho de cuidar e as emoções nos tempos da Covid-19”, *In: B. ANGOTTI; R. S. C. VIEIRA (org.). Cuidar, verbo coletivo: diálogos sobre o cuidado na pandemia da Covid-19*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.

B. SORJ; A. FONTES, “O care como um regime estratificado: implicações de gênero e classe social”, *In: N. A. GUIMARÃES; H. HIRATA (org.). Cuidado e cuidadoras: as várias faces do trabalho do care*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 103-116.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe), “Innovación para el desarrollo: la clave para una recuperación transformadora en América Latina y el Caribe”, Santiago, 2021. Disponível em: <https://innovalac.cepal.org/3/es/documentos/innovacion-desarrollo-la-clave-recuperacion-transformadora-america-latina-caribe>. Acesso em: 10 dez. 2021.

D. KERGOAT, “Divisão sexual do trabalho e relações sociais de sexo”, *In: H. HIRATA; F. LABORIE; H. LE DOARÉ; D. SENOTIER, (org.). Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

E. CELESTE, “Digital constitutionalism: a new systematic theorisation”, *Internacional Review of Law, Computers & Technology*. 2019.

ECLAC (Economic Commission for Latin America and the Caribbean); ILO (International Labour Organization), “Employment Situation in Latin America and the Caribbean (Number 25): Policies to protect labour relations and hiring subsidies amid the COVID-19 pandemic”, Santiago, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/coyuntura-laboral-am%C3%A9rica-latina-caribe/WCMS_830426/lang--en/index.htm. Acesso em: 09 dez. 2021.

EIU (Economist Intelligence Unit), “El Microscopio Global de 2020. El papel de la inclusión financiera en la respuesta frente a la COVID-19”, Nova York, NY, 2020. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/global-microscope-2020/>. Acesso em 07 jan. 2022.

G. MENDES; V. O. FERNANDES. “Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro”, **Revista Brasileira de Direito**, v. 16, n. 1, p. 1-33, 2020.

GSMA Intelligence. “Connected Women: The Mobile Gender Gap Report 2020”, Reino Unido, 2020. Disponível em: <https://www.gsma.com/r/gender-gap-2020/>. Acesso em 10 jan. 2022.

H. HIRATA. **Nova divisão sexual do trabalho? Um olhar voltado para a empresa e a sociedade**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2002.

H. P. MELO; L. MORANDI, “Uma análise da distribuição do pib *per capita* entre mulheres e homens no Brasil, 1991-2015”, **Revista de Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 1, p. 1-23, 2021.

H. SAFFIOTI, **A Mulher na Sociedade de Classes**: mito e realidade. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Notas técnicas Versão 1.9”, Rio de Janeiro,

2021b. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101868>. Acesso em: 04 dez. 2021.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas), “Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2021”, Rio de Janeiro, IBGE, 2021a. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101892>. Acesso em: 05 dez. 2021.

ILO (International Labour Organization), “Care Work and Care Jobs for the future of decent work”, Genebra, 2019. Disponível em: http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang--es/index.htm. Acesso em: 08 jan. 2022.

ILO (International Labour Organization). “World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work”, Genebra, 2021. Disponível em: http://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_823119/lang--es/index.htm. Acesso em: 05 dez. 2021.

J. TRONTO, “Assistência democrática e democracias assistenciais”. **Revista Sociedade e Estado**, Brasília, v. 22, n. 2, 2007.

L. S. MENDES; M. MATTIUZZO, “Discriminação Algorítma: Conceito, Fundamento Legal e Tipologia”. **Revista de Direito Público**, v. 16, n. 90, p. 39-64, 2019.

M. FORD. **Os robôs e o futuro do emprego**. Rio de Janeiro: Best Business, 2019.

P. B. MENEZES, *Fake News: modernidade, metodologia e regulação*, São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

R. ANTUNES, *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado*, São Paulo: Boitempo, 2020.

R. ANTUNES; R. BRAGA, “Apresentação”, *In*: R. ANTUNES; R. BRAGA

(org.), *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual*, São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

R. S. C. VIEIRA, “Trabalho e cuidado no Direito: perspectivas de sindicatos e movimentos feministas”, *Estudos Avançados*, v. 34, n. 98, p. 57-72, 2020.

R. T. MORENO, “Cuidar da vida na pandemia: trabalhos, desigualdades e sobrecargas (in)visíveis”, *In: R. S. C. VIEIRA; B. ANGOTTI (org.), Cuidar, verbo coletivo: diálogos sobre o cuidado na pandemia da Covid-19*, Joaçaba: Editora Unoesc, p. 89-103, 2021.

UN Women. *Recognition, Redistribution and Reduction of Care Work: Inspiring practices in Latin America and the Caribbean*. UN Women, 2018. Disponível em: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2018/11/estudio-reconocer-redistribuir-y-reducir-el-trabajo-de-cuidados>. Acesso em: 7 jan. 2022.

UN Women; ECLAC (Economic Commission for Latin America and the Caribbean), “Care in Latin America and the Caribbean during the Covid-19. Towards comprehensive systems to strengthen response and recovery”, *S.l.*, 2020. Disponível em: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/08/cuidados-en-america-latina-y-el-caribe-en-tiempos-de-covid-19>. Acesso em: 7 jan. 2022.

UN Women; ECLAC (Economic Commission for Latin America and the Caribbean), “Towards the construction of Comprehensive Care Systems in Latin America and the Caribbean – elements for implementation”, *s.l.*, 2021. Disponível em: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2021/11/hacia-la-construccion-de-sistemas-integrales-de-cuidados-en-america-latina-y-el-caribe>. Acesso em: 7 jan. 2021.

WHO (World Health Organization), “**Mental Health and COVID-19: Early evidence of the pandemic’s impact**. Scientific brief”, *s.l.*, 2022. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1. Acesso em: 2 abr. 2022.

ÍNDICE DE BEM-ESTAR URBANO: ANÁLISE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À CIDADE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA³⁷

DOI10.55339/9788560757244009

Rogério Luiz Nery da Silva
Darléa Carine Palma Mattiello

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por tema a efetivação de direitos sociais das pessoas com deficiência e toma por recorte os aspectos relativos ao direito à cidade, à sustentabilidade e ao bem-estar urbano. O problema de pesquisa reside em conferir se os fatores considerados de aferição do índice de bem-estar urbano são suficientes a garantir a efetividade de direitos sociais às pessoas com deficiência.

A justificativa para tal investida deve-se ao fato de que as pessoas com deficiência encontram, sistematicamente, dificuldades de toda ordem no exercício e gozo de seus direitos mais elementares. No Brasil, porém, especialmente nas últimas décadas do século XX e primeiras décadas do século XXI, a produção normativa tem se dedicado a contemplar de forma mais abrangente essa preocupação, o que não é, contudo, uma garantia de resultado.

Nesse contexto, muitas vezes, é na “cidade”, em sentido estrito, que as pessoas com deficiência têm maior possibilidade de identificar, por comparação, o grau e extensão das dificuldades que lhe acometem, já que, no meio urbano, as barreiras tanto físicas como sociais se fazem mais aparentes: o deslocamento, as condições de mobilidade, o acesso a construções edilícias e, até mesmo, a vias de circulação, dependendo da infraestrutura (in)existente, podem impedir as pessoas de alcançar seus objetivos, viver em condições de bem-estar e, por via de consequência, deixar de exercer os seus direitos, situações que facilmente se identificam pelo mero contraste com a situação de vida das pessoas ditas “normais” que dividem o espaço com

³⁷ Trata-se de pesquisa em desenvolvimento, a partir de artigo publicado originalmente na Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, v. 6, n. 2, p. 01-17, jul/dez. 2020, pelos mesmos autores, sob o título “Direito à cidade e pessoas com deficiência: o bem-estar urbano como vetor para a efetivação de direitos”, com utilização de Double Blind Review pelo SEER/OJS, e-ISSN: 2525-989X.

Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistaDireitoUrbanistico/article/view/7082/pdf>

as pessoas com deficiência. Já no campo, a situação de isolamento pode conduzir a uma menor ou a uma ausência de percepção dessas terríveis restrições, e porque não dizer a certa resignação ou acomodação diante dessas injustas diferenças. O índice de bem-estar urbano é considerado globalmente e em duas vertentes específicas: a mobilidade e a infraestrutura urbana.

Como objetivo geral, a pesquisa buscará verificar, a partir das premissas teóricas, os fatores determinantes para averiguar os critérios de efetivação dos direitos sociais para as pessoas com deficiência no meio urbano a partir da apuração do índice de bem-estar urbano. Como objetivos específicos, têm-se: conhecer a base conceitual do direito à cidade e de pessoas com deficiência; enfrentar a concepção conceitual de sustentabilidade e confrontá-las com os padrões de direitos sociais reconhecidos pela Constituição; identificar os indicativos dimensionais e numéricos de índice de bem-estar urbano em âmbito global e específico, para analisar de forma crítica se tais índices são capazes de nortear e aferir a prestação de direitos às pessoas com deficiência no ambiente citadino.

A fim de responder o problema proposto, adota-se a pesquisa bibliográfica e documental, com predominância do método dedutivo e abordagem qualitativa, mediante estudo da literatura técnica e doutrinária atinentes, das normativas aplicáveis à espécie e dos levantamentos de dados já produzidos. Com o mesmo intuito elucidativo, divide-se, estruturalmente, o trabalho em duas partes distintas: a primeira, denominada “Direitos sociais e o direito à cidade”, voltada a apresentar premissas teóricas; e a segunda, identificada como “Pessoas com deficiência e o bem-estar urbano: a evidência dos números”, destinada à análise dos dados, de forma vinculada às concepções doutrinárias e normativas.

2 PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E DIREITO À CIDADE: CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS POR MEIO DO BEM-ESTAR URBANO

As pessoas com deficiência têm, em seu favor, uma série de previsões normativas que levam em conta as necessidades especiais que lhes são características. Porém, contar com a tutela normativa não assegura, por si só, que os direitos previstos serão efetivados. Dessa forma, impende-se estudar o contexto da efetivação de direitos para as pessoas com deficiência e, com especial cuidado, a prestação dos direitos sociais, no contexto das cidades, considerando-se o Índice de Bem-Estar Urbano (IBEU), compilado pelo Observatório das Metrópoles, a partir de dados

levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Vários direitos sociais previstos constitucionalmente são relacionados com o ambiente no qual se insere o seu titular³⁸. Assim, nessa gama de possibilidades, não há como se desvincular o direito à cidade e, em concepção mais acurada, a uma cidade sustentável, como forma de contribuição para a efetividade dos consectários constitucionais. Por via de consequência, considerando-se que as condições de vida proporcionadas em um ambiente urbano adequado são imprescindíveis, sob vários aspectos, para a consolidação dos direitos às pessoas com deficiência, justifica-se a importância do presente estudo.

Invocam-se as premissas conceituais sobre a cidade apresentadas por Lefebvre (2001, p. 62), como sendo a “projeção da sociedade sobre um local”, ou seja, não apenas sobre o lugar sensível como também sobre o plano específico, percebido e concebido pelo pensamento, que determina a cidade e o urbano. Segundo o autor, para os filósofos e para a filosofia, a cidade não foi uma simples questão objetiva, um conceito sociológico ou um dado externo; os filósofos da filosofia clássica “pensaram a cidade, trouxeram a vida urbana para a linguagem e para o conceito” (LEFEBVRE, 2001, p. 35).

Em importante vinculação com o que se tem, atualmente, no Brasil, em termos de direitos sociais, Lefebvre (2001, p. 138-139) afirma que direitos mal reconhecidos “mudariam a realidade se entrassem para a prática social”, referindo-se especificamente ao direito ao trabalho, à educação, à saúde, à habitação, aos lazeres, dentre outros. O autor insere o direito à cidade entre os citados, esclarecendo que se refere “não à cidade arcaica mas à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontros e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses locais” (LEFEBVRE, 2001, p. 139).

2.1 Direitos sociais e o direito à cidade

Ao Estado compete prestar elementos condicionais aos cidadãos para que exerçam seus direitos e garantias, em virtude da demanda de prestações positivas a serem veiculadas e efetivamente implementadas por meio das políticas públicas.

38 A Constituição da República Federativa do Brasil teve o texto de seu artigo 6º modificado com a Emenda Constitucional n. 90, de 2015, para inserir o transporte dentre os direitos sociais, somando-se a educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados, já previstos constitucionalmente (BRASIL, 1988).

Nas cidades, verifica-se, sobremaneira, a necessidade da atuação estatal, seja para organizar os espaços urbanos ou para proporcionar meios aos cidadãos de (con)viver nesses locais com o bem-estar condizente a uma vida digna³⁹, independentemente de suas condições pessoais.

Cabendo, portanto, ao Estado realizar as prestações que lhe são atribuídas legalmente⁴⁰, os entes públicos devem fazê-lo de forma plena, cumprindo as determinações constitucionais. Até porque a função estatal de coordenar as ações para a realização de direitos dos cidadãos, segundo Bucci (1997, p. 90) legitima-se pelo convencimento da sociedade quanto à necessidade de realização de direitos, inclusive – e principalmente – dos direitos sociais, que possuem vértice prestacional.

Invoca-se, aqui, a concepção de Alexy (2015, p. 433-434), para quem algumas previsões normativas constituem o que é denominado “direito a prestações”, ou seja, os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem a um *status* positivo, em sentido estrito. Em contraponto, viriam os direitos de defesa do cidadão contra o Estado, constituindo-se direitos a ações negativas do Estado.

Na esteira dessa classificação, são as palavras de Sarlet (2012, p. 260), para quem os direitos fundamentais, em razão de sua multifuncionalidade, podem ser classificados basicamente em dois grandes grupos, nomeadamente os direitos de defesa e os direitos a prestações. Incluem-se, segundo o autor (SARLET, 2012, p. 260), no primeiro grupo os direitos de liberdade, igualdade, as garantias, bem como parte dos direitos sociais (no caso, as liberdades sociais) e políticos; o segundo grupo, por sua vez, integra-se pelos direitos a prestações em sentido amplo, incluindo os direitos sociais de natureza prestacional.

Nessa linha de raciocínio, considerando-se o espaço da cidade como um produto social, tem-se o direito à cidade como consectário lógico de um ideal da vida em sociedade, a fim de que, no ambiente urbano, possam os cidadãos exercer, em sua plenitude, os direitos que são conferidos em determinado período histórico pelas respectivas previsões normativas.

O termo “direito à cidade” é atribuído a Henri Lefebvre, desenvolvido no livro

³⁹ Haberle (2009, p. 81) afirma que a exata compreensão do que vem a ser o estado de direito depende da existência de um compromisso de sua Constituição com a dignidade humana.

⁴⁰ Considera-se, aqui, o conceito de “lei” *lato sensu*, da forma mais ampla e genérica possível, abrangendo toda e qualquer espécie normativa hábil a autorizar o agir do Estado, enquanto Administração Pública. É o que foi denominado por Freitas (2009, p. 70) de legalidade temperada, no sentido de que a Administração Pública deve pautar-se no Direito como “uma totalidade aberta, maior que o conjunto de regras legais”, considerando-se que “o conteúdo jurídico, por força da natureza valorativa, transcende o mero e esparsamente positivado”.

de mesmo nome publicado em 1968 em francês (“Le Droit à la Ville”)⁴¹. Segundo Lefebvre (2001), utiliza-se a expressão a partir do direito que as pessoas possuem de acesso à vida urbana, considerando-se a premissa que “o habitar reencontra seu lugar acima do habitat” (LEFEBVRE, 2001, p. 132).

Lefebvre (2001, p. 11) apresenta o processo de industrialização como ponto de partida para estudar o que designa de “problemática urbana”, afirmando, porém, que a cidade é anterior à industrialização e que, ao longo da evolução urbanística, podem-se distinguir três períodos: a destruição da realidade urbana pela indústria; a ampliação da urbanização, descobrindo-se que a sociedade pode se decompor sem a cidade; e o reencontro ou reinvenção da sociedade urbana (LEFEBVRE, 2001, p. 28).

Ante a vinculação entre a cidade, o urbano e o campo, bem como da invenção de novas formas urbanas, Lefebvre (2001, p. 75) afirma ter havido uma acentuação da oposição “urbanidade-ruralidade” e uma atenuação da oposição “cidade-campo”. Destaca, ainda, que “a extensão da cidade produz o subúrbio e depois o subúrbio engole o núcleo urbano”, deslocando-se a problemática para o desenvolvimento urbano (LEFEBVRE, 2001, p. 83-85).

Ao abordar especificamente o direito à cidade, Lefebvre afirma que as necessidades sociais possuem fundamento antropológico e que se acrescentam necessidades urbanas específicas às necessidades antropológicas socialmente elaboradas. Consequentemente, não se poderia reconstituir uma cidade antiga, considerando-se, no contexto atual, apenas a criação de novas cidades, “sobre novas bases, numa outra escala, em outras condições numa outra sociedade” (LEFEBVRE, 2001, p. 105-106).

Tal concepção é corroborada por Harvey (2012, p. 73), ao afirmar que “se a cidade é o mundo que o homem criou, doravante ela é o mundo onde ele está condenado a viver”. E ainda, ao preceituar que as pessoas têm o direito de mudarem-se a si próprias pela mudança da cidade, pois a cidade que se deseja não pode ser divorciada dos laços sociais.

As cidades, por configurarem um espaço social e por necessitarem acompanhar os fatos sociais, possuem estreita relação com as noções de sustentabilidade⁴², constituindo campo propício para análise, ideias de concretização e desenvolvimento

41 O presente estudo utiliza a versão traduzida para o português por Rubens Eduardo Frias, publicada em 2011 pela Centauro Editora.

42 Não à toa, Freitas (2012) apresenta a sustentabilidade como um princípio e valor supremo do Estado Constitucional.

principiológico do que seria o “sustentável”. Bosselmann (2015, p. 25-29) esclarece que a sociedade humana – aqui compreendida como espaço do convívio social das pessoas – e o ambiente natural mantiveram equilíbrio por dilatado tempo, o que nos remete à ideia de sustentabilidade, alertando, porém, para um eventual comprometimento do uso desse termo, não se podendo desvirtuar seu significado.

As afirmações de Bosselmann (2008, p. 25) são no sentido de que, com o desenvolvimento de seu conceito, a sustentabilidade já foi compreendida de diversas formas, a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano (CMAH) realizada em Estocolmo, em 1972, passando a ser vista, inclusive, como “desenvolvimento sustentável”.⁴³ Isso não significa, porém, que foi descartado o conceito de sustentabilidade originalmente idealizado (BOSELLEMAN, 2008, p. 35).

Entende-se que, cada vez mais, as cidades devem se coadunar com o ideal de sustentabilidade em uma compreensão contemporânea de seu conceito. Nessa acepção, Freitas e Garcia (2018, 0. 22-23) defendem um conceito de sustentabilidade ao qual se adicionam as dimensões jurídica, política e ética, levando em conta a “relação dialética e circular do homem com o todo”. Trata-se, portanto, de atrelar as noções de sustentabilidade a uma relação intersubjetiva, ultrapassando a correlação ontológica, biológica ou ecológica do homem e os recursos naturais.

Harvey (2014) declara que a ocupação do espaço público nunca foi tão discutida como neste início do século XXI, sobressaindo-se discussões sobre acesso aos recursos urbanos e a organização da vida cotidiana, com qualidade e igualdade. Até porque não se pode olvidar que o desenvolvimento sustentável está relacionado com o progresso econômico (MEDEIROS, 2020, p. 141), no sentido de ambos caminharem conjuntamente, a fim de que a preservação da integridade do ecossistema não comprometa o avanço econômico necessário para o progresso, e vice-versa.

Registra-se, ainda, que o homem da sociedade urbana contemporânea possui novas precisões⁴⁴. Assim, “o direito à cidade não pode ser concebido como um sim-

⁴³ São as seguintes as afirmações do autor (BOSELLEMAN, 2008, p. 25): “Both advocates and critics of the concept of sustainable development agree that the original meaning of sustainability has been obscured by the Brundtland definition. They disagree, however, on whether or not sustainability has been replaced by sustainable development so that it is no longer relevant for policy and law-making.”

⁴⁴ Estranhamente, segundo Lefebvre (2001, p. 117), “o direito à natureza (ao campo e à ‘natureza pura’) entrou para a prática social há alguns anos em favor dos lazeres”, conduzindo-se uma comercialização que destrói, por si só, a naturalidade do campo. Daí surge o questionamento do

ples direito de visita ou de retorno às sociedades tradicionais” (LEFEBVRE, 2001, p. 117), impondo-se sua formulação como direito à vida urbana, transformada, renovada. A cidade, ainda que em novas condições, deve reunir “os interesses (aqueles que superam o imediato e o superficial) de toda a sociedade, e inicialmente de todos os que dela habitam”, nos termos de Lefebvre (2001, p. 118).

Nesse ponto, a teoria de Lefebvre cruza-se com a análise das normativas destinadas às pessoas com deficiência, uma vez que, em se tratando de pessoas originalmente excluídas do contrato social⁴⁵, as pessoas com deficiência não são as destinatárias imediatas das políticas públicas urbanas gerais. Rolnik e Klink (2011), no mesmo condão argumentativo, transportam a discussão para o âmbito da exclusão e inclusão, apresentando a cidade como a representação de “uma arena privilegiada no processo de acumulação”, situação na qual “os atores sociais tradicionalmente excluídos da sua função social não têm conseguido se apropriar devidamente dos frutos do crescimento econômico”.

De qualquer forma, o espaço citadino merece atenção, ante a crescente urbanização verificada ao longo do século XX e a conseqüente necessidade de acomodar os diversos grupos sociais que compõem a urbe. Ao contrário da maioria das pessoas ditas “normais”, aquelas que possuem necessidades especiais para locomoção, habitação e outras atividades diárias nas cidades merecem especial atenção, no que tange às políticas públicas implementadas no espaço urbano e o bem-estar que, delas, pode resultar.

No que tange às políticas públicas, inclusive, convém salientar que os direitos relacionados à cidade estão atrelados ao debate sobre os custos para sua efetivação, decorrentes da exigibilidade das normas⁴⁶ insculpidas constitucionalmente e de sua relação com prestações positivas, veiculadas por meio de políticas públicas. Tal exigibilidade de cumprimento, segundo Abramovich e Courtis (2009, p. 4-5),

autor: “o direito à natureza e o direito ao campo não se destroem a si mesmos”? (LEFEBVRE, 2011, p. 117).

⁴⁵ Ao se pensar as doutrinas do contrato social, sobressai-se a premissa rousseauiana sobre a vida social ser “considerada sobre a base de um contrato, em que cada contratante condiciona sua liberdade ao bem da comunidade, procurando proceder sempre de acordo com as aspirações da maioria” (ROUSSEAU, 2001, p. 8). As pessoas com impedimentos físicos e mentais não se incluem, em primeira análise, no grupo daqueles que escolhem os princípios políticos básicos (NUSSBAUM, 2013, p. 19), estabelecendo as regras do contrato social, daí a necessidade da inclusão observando-se as necessidades especiais de tais pessoas.

⁴⁶ Toma-se, aqui, a ideia de “direitos” considerando-se a classificação de Robert Alexy (2015), quanto à estrutura das normas de direitos fundamentais como princípios ou regras.

decorrente do reconhecimento constitucional dos direitos sociais, “depende de la disposición de fondos públicos, y que por ello el Poder Judicial no podría imponer al Estado el cumplimiento de conductas de dar o hacer”, veiculando a prestação dos direitos sociais a prestações positivas, muitas vezes custosas ao Estado.

Salienta-se, porém, que os direitos sociais não se esgotam em prestações positivas, porque “al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten”, referindo-se Abramovich e Curtis (2009, p. 6), especificamente, aos direitos à saúde, moradia, educação e outros relacionados ao bem-estar social.

Em se tratando de exigibilidade, especificamente quanto aos direitos sociais, Khaitan (2019) defende a necessidade de uma proteção robusta para sua implementação, inclusive com viável, justificada e cautelosa judicialização, como forma de auxiliar aqueles que estão na “base da escada econômica”⁴⁷. Assim, ao Estado, não seria possível proteger e prestar tais direitos para todos, independentemente de sua posição mais ou menos hipossuficiente.

Isso se aplica, inclusive – e principalmente – aos direitos sociais, ante o vértice prestacional que lhes caracteriza e sua inserção no debate sobre os custos dos direitos advirem de seu caráter de fundamentalidade e exigibilidade, razão pela qual é impossível não conduzir o discurso às premissas do planejamento orçamentário e da eleição de prioridades na alocação dos recursos públicos para a prestação de tais direitos.

De fato, para a efetividade do direito à cidade e suas vertentes, deve o Estado cumprir o dever de desenvolver, promover, praticar, executar e fiscalizar políticas públicas eficazes, que podem esbarrar nos custos para sua prestação. Nesse sentido, afirma Schwarz (2011, p. 90-91) que “existe una diferencia substancial entre la inexistencia de recursos y la elección de prioridades en la distribución de los recursos existentes”.

Nabais (2002), ao falar sobre os deveres e o custo dos direitos, aborda-os como uma “face oculta” dos direitos fundamentais⁴⁸. Para além dos direitos sociais, sus-

⁴⁷ Nas palavras do autor: “A robust judicial protection of social rights, including the rights to shelter, education, nutrition, and other essentials, go some way in helping those at the bottom of the economic ladder. The theory and practice concerning judicial capacity with regard to the implementation of social rights is fairly sophisticated, and does not need revisiting here. Suffice it to say that a cautious and contained judicial enforcement of social rights is certainly viable, and justifiable” (KHAITAN, 2019).

⁴⁸ O pesquisador português faz a seguinte correspondência: “Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta

tenta que todos os direitos têm custos financeiros públicos, uma vez que “[...] a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros”, no sentido de que “[...] os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do estado com a sua realização e protecção” (NABAIS, 2002, p. 20).

Para efetivação dos direitos sociais, há que se atentar, ainda, segundo Nery da Silva e Mattiello (2021, p. 357), que “não somente o cenário fiscal e o orçamento em si são determinantes para a elaboração de instrumentos de planejamento, especificamente, como também o são as decisões políticas inerentes aos interesses de um ou outro governo”. Depende-se, portanto, como via de regra, da adequada utilização da discricionariedade administrativa para que se concretizem as previsões constitucionais assecuratórias de direitos sociais⁴⁹, o que se aplica, comumente, às ações de melhoria urbana relacionadas ao bem-estar nas cidades, como as políticas habitacionais e de transporte.

Destaca-se que a cidade sustentável, em todo o seu alcance e extensão conceitual, no sentido de atender a dignidade da pessoa humana, é preocupação constante da Organização das Nações Unidas (ONU). Atualmente, enquadra-se nos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), especificamente no Objetivo n. 11 – “Cidades e comunidades sustentáveis” – por meio do qual se pretende tornar as cidades e comunidades mais inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis (ONU, 2022).

2.2 Pessoas com deficiência e o bem-estar urbano: a evidência dos números

A inclusão, assim como a sustentabilidade urbana, é preocupação constante em âmbito nacional e internacional, tutelada de forma normativa e por meio de ações sociais. No sentido de promoção da inclusão e de análise dos resultados das medidas promovidas, convém ressaltar as palavras de Alvino-Borba e Mata-Lima

do lugar indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem” (NABAIS, 2002, p. 9).

⁴⁹ No mesmo sentido, Nery da Silva e Mattiello, 2017, sobre a discricionariedade e o agir administrativo: “Muitas vezes, é pela conveniência e pela oportunidade que os atores das políticas públicas agem, especificamente quando se trata de autoridades com poderes de gestão pública. Assim, a discricionariedade administrativa assume papel determinante na realização das políticas idealizadas para a concretização dos direitos sociais, por ser o que definirá prioridades e procedimentos”.

(2011, p. 222). Ao analisar a exclusão e a inclusão social nas sociedades modernas, afirmam que “exclusão social é um forte fator de preocupação da sociedade contemporânea e que, infelizmente, as políticas de inclusão não têm sido suficientes para fazer face aos imperativos sociais”, o que se verifica primordialmente na organização dos espaços urbanos.

Nussbaum (2013, p. 2), no mesmo sentido, esclarece que um dos problemas pendentes de resolução na sociedade funda-se na justiça social para pessoas com impedimentos físicos e mentais. Ou seja, algumas capacidades são tão importantes para a vida humana que, em caso de falta de qualquer uma delas, não se configuraria uma vida humana com dignidade, o que inclui, por óbvio, a concretização de ações no ambiente urbano.

Propõe a autora (NUSSBAUM, 2013), assim, a aceitação das terminologias “impedimentos” e “deficiências” em suas diferentes concepções, frisando haver, pelo menos, duas maneiras de compreender a deficiência. A primeira a entende como uma manifestação da diversidade humana, entendendo-se que um corpo com impedimentos é o de alguém que vivencia impedimentos de ordem física, intelectual ou sensorial⁵⁰ (essa ideia correspondente ao modelo social da deficiência, por meio do qual a garantia da igualdade entre pessoas com e sem impedimentos corporais não deve se resumir a critérios biomédicos). Já a segunda forma de entender a deficiência sustenta que ela é uma desvantagem natural, devendo os esforços se concentrarem em reparar os impedimentos corporais, a fim de garantir a todas as pessoas um padrão de funcionamento típico à espécie.

O deslocamento do tema da deficiência dos espaços domésticos para a vida pública foi permitido e consolidado pela tese central do modelo social, até porque a deficiência não é matéria de vida privada ou de cuidados familiares, mas uma questão de justiça, segundo Nussbaum (2013). Com isso, a inclusão social recebeu outra concepção, constituindo-se como um processo bilateral pelo qual “a sociedade se adapta para poder incluir, em seus sistemas sociais gerais, pessoas com deficiência (além de outras) e, simultaneamente, estas se preparam para assumir seus papéis na sociedade” (SASSAKI, 2010, p. 39).

Distinguem-se, assim, os conceitos de “impedimento” (*impairment*), “deficiência” (*disability*) e “incapacidade” (*handicap*)⁵¹, impondo-se que as pessoas, ainda

⁵⁰ Nessa análise, não se pode afastar a ideia de que as barreiras sociais, ao ignorar os corpos com impedimentos, provocam a experiência da desigualdade, sendo a opressão não um atributo dos impedimentos corporais, mas resultado de sociedades não inclusivas (NUSSBAUM, 2013).

⁵¹ Segundo a abordagem de Sasaki (2010, p. 45-46), esses conceitos são assim diferenciados

excluídas, e a sociedade busquem equacionar problemas em parceria, ao mesmo tempo em que decidem sobre soluções e efetivam a equiparação de oportunidades para todos.

A separação entre o normal e o patológico, representada pela oposição entre o corpo sem e com impedimentos, permitiu a consolidação do combate à discriminação como objeto de intervenção política, tal como previsto pela Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (BRASIL, 2009), ratificada pelo Brasil em 2008 e promulgada no Brasil em 2009 pelo Decreto n. 6.949⁵². Como resultado das discussões internacionais entre os modelos biomédico e social, referido instrumento define as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (BRASIL, 2009).

A Convenção da ONU, assim, enfatiza a perspectiva de que se deve reconhecer a deficiência como um “conceito em evolução”, segundo seu preâmbulo. Impõe-se, assim, olhar a deficiência como resultado de uma interação, propiciada em maior ou menor grau, das pessoas com impedimentos e obstáculos, sejam ambientais ou comportamentais (BRASIL, 2009). Significa dizer que a deficiência somente será assim considerada se impedir a inclusão plena e a efetiva participação das pessoas na sociedade com fulcro nas oportunidades com os demais, se estas não forem iguais.

A partir dessas considerações, torna-se imperativo analisar a concretização dos direitos previstos para as pessoas com deficiência no ambiente urbano, considerando-se que eventuais impedimentos e deficiências permitem constatação direta no ambiente diário, conforme os fatores socioambientais que interferem no agir em sociedade. Assim, importa ao presente estudo conhecer o número de pessoas

segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS): impedimento, como sendo “qualquer perda ou anormalidade da função ou estrutura psicológica, fisiológica ou anatômica”; deficiência, “qualquer restrição ou falta (resultante de um impedimento) da habilidade para desempenhar uma atividade de uma maneira, ou com variância, considerada normal para um ser humano”; e incapacidade, “uma desvantagem, resultante de um impedimento ou de uma deficiência, que limita ou impede a realização de um papel considerado normal para um dado indivíduo”, considerando-se, aí, as variáveis de idade, sexo e fatores sociais e culturais.

⁵² Conferiu-se patamar relevante à Convenção da ONU sobre as Pessoas com Deficiência, tendo sido esse o primeiro diploma internacional a ser aprovado no Brasil com status de Emenda Constitucional, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

com deficiência e da população urbana no Brasil, bem como, nesse cenário, quais as condições de bem-estar urbano ofertadas às pessoas com deficiência. Para tanto, são utilizados os dados colhidos no último censo decenal do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2010.

Dados desse censo – para o qual 191 mil recenseadores visitaram 67,6 milhões de domicílios nos 5.565 municípios brasileiros – apontaram uma população formada por quase 191 milhões de pessoas. O censo procurou identificar o número de pessoas com deficiências visual, auditiva e motora, considerando os graus de severidade das deficiências, e a deficiência mental ou intelectual. Os resultados apontaram que quase 46 milhões de pessoas declararam ter pelo menos uma das deficiências investigadas, o que corresponde a cerca de 24% da população brasileira (IBGE, 2010a).

Em 2018, o IBGE divulgou a Nota técnica 01/2018, anunciando uma releitura dos dados de pessoas com deficiência no Censo Demográfico 2010 à luz das recomendações do Grupo de Washington para Estatísticas sobre Pessoas com Deficiência (*Washington Group on Disability Statistics – WG*) vinculado à Divisão de Estatísticas do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (IBGE, 2018)⁵³. Com o objetivo principal de informar a política de equalização de oportunidades, o WG desenvolveu, testou internacionalmente e adotou o *Short Set on Functioning* (WG-SS) composto de seis medidas de deficiência adequadas para uso em censos, pesquisas nacionais baseadas em amostra ou outros instrumentos estatísticos (UN, 2021).⁵⁴

Ao aplicar a linha de corte utilizada pelo WG, a população total de pessoas com deficiência residentes no Brasil captada pela amostra do Censo Demográfico 2010 não se faz mais representada pelas 45.606.048 (quarenta e cinco milhões, seiscentos e seis mil e quarenta e oito) pessoas, ou 23,9% (vinte e três vírgula nove por

⁵³ O Grupo de Washington busca padronizar e harmonizar definições, conceitos e metodologias de modo a garantir a comparabilidade das estatísticas entre diferentes países. É formado sob a Comissão de Estatística das Nações Unidas e composto por representantes de Institutos Oficiais de Estatística e organizações representantes da sociedade civil. Como representante oficial do Brasil, o IBGE participa desde o início da formação do grupo, em 2001, acompanhando as discussões e estudos propostos (IBGE, 2018).

⁵⁴ Estudos desenvolvidos pelo Grupo de Washington apuraram, por exemplo, que as pessoas classificadas nos resultados do Censo 2010 como “pessoas com deficiência severa” foram o principal alvo das políticas públicas voltadas para a população com deficiência (IBGE, 2018) e que as pessoas com deficiência foram um dos subgrupos mais afetados negativamente pela pandemia (UN, 2021).

cento) das 190.755.048 (cento e noventa milhões, setecentos e cinquenta e cinco mil e quarenta e oito) pessoas recenseadas nessa operação censitária, mas, sim, por um quantitativo de 12.748.663 (doze milhões, setecentos e quarenta e oito mil, seiscentos e sessenta e três) pessoas, ou 6,7% (seis vírgula sete) do total da população registrado pelo Censo Demográfico 2010 (IBGE, 2018).

Importante frisar que o Censo de 2010 abordou a evolução do conceito de deficiência, pois considerou não apenas o modelo biomédico (patologias, sintomas e enquadramentos da área da saúde), considerando também a limitação conforme os fatores socioambientais (IBGE, 2010a), diferentemente do recenseamento anterior, realizado no ano de 2000. O Censo de 2010, considerando a população brasileira residente por situação de domicílio, apontou que o número da população urbana atingiu cerca de 161 milhões de pessoas, enquanto o número da população rural alcançou menos de 30 milhões (IBGE, 2010b). Evidenciou-se, portanto, especialmente nas últimas décadas do século XX, um número expressivo de êxodo rural, invertendo-se o panorama registrado até pouco mais da primeira metade do referido século.

Quanto aos indicadores demográficos referentes à urbanização, verificou-se no Brasil em 2010 uma taxa de urbanização no patamar de 84,36%, com taxa média geométrica de crescimento anual de 1,17%, densidade demográfica de 22,43 hab./km² (habitantes por quilômetro quadrado). Os dados obtidos com o censo de 2010 foram objeto de estudo compilado realizado pelo IBGE no ano de 2020, com projeções pautadas nos números então recenseados. Tendo-se, em 2010, apurado que a população brasileira era de 190.755.799 pessoas, sendo 160.925.804 no meio urbano e 29.829.995 no meio rural, a projeção para o ano de 2020 foi de 211.755.692 pessoas (IBGE, 2020).

A partir de tais estatísticas, despontaram no Brasil pesquisas destinadas a apurar as condições das cidades para abrigar o número expressivo de pessoas decorrente da urbanização. Nesse contexto, merece destaque no presente estudo a compilação realizada pelo Observatório das Metrópoles⁵⁵, instituto que passou a calcular o Índice de Bem-estar Urbano (IBEU) a partir dos dados censitários do IBGE. Para

⁵⁵ O Observatório das Metrópoles integra o Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT) do CNPq com o programa de pesquisa “As Metrópoles e o Direito à Cidade na inflexão da ordem urbana brasileira”. Trata-se de um instituto que “trabalha de forma sistemática e articulada sobre os desafios metropolitanos colocados ao desenvolvimento nacional”, apresentando como referência “a compreensão das mudanças das relações entre sociedade, economia, Estado e os territórios conformados pelas grandes aglomerações urbanas brasileiras” (OBSERVATÓRIO, 2020).

tanto, utilizam-se indicadores que verificam cinco dimensões: mobilidade urbana, condições ambientais urbanas, condições habitacionais urbanas, atendimento de serviços coletivos urbanos e infraestrutura urbana.

Segundo a compilação realizada pelo Observatório (2018), as dimensões estudadas revelaram uma grande diversidade referente ao bem-estar urbano no Brasil. Apesar de apenas seis municípios apresentarem condições muito ruins de bem-estar urbano, somente 273 apresentarem condições muito boas, de um conjunto de 5.565 municípios do país. Esses 273 municípios que apresentam as melhores condições de bem-estar urbano correspondem a 4,9% do total de municípios do Brasil. Em contraponto, na parte inferior, há 1.068 municípios com condições ruins de bem-estar urbano, correspondentes a 19,2%. Em condições médias de bem-estar urbano, há 2.298 municípios, correspondentes a 41,3%. E, em condições boas de bem-estar urbano, há 1.920 municípios, correspondentes a 34,5% (OBSERVATÓRIO, 2018).

Das dimensões analisadas pelo Observatório das Metrópoles, duas, em especial, relacionam-se com o bem-estar urbano das pessoas com deficiência: a mobilidade e a infraestrutura. Isso porque a dimensão da mobilidade urbana é construída a partir do tempo de deslocamento diário de casa para o trabalho. Já a dimensão de infraestrutura urbana compreende iluminação pública, pavimentação, calçada, meio-fio/guia, bueiro ou boca de lobo, rampa para cadeirantes e logradouros, indicadores que demonstram as condições de infraestrutura na cidade que podem possibilitar (quando da sua existência) melhor qualidade de vida para pessoas, estando relacionados com a acessibilidade, saúde e outras dimensões do bem-estar urbano diretamente relacionadas às pessoas com deficiência.

No que tange à dimensão de mobilidade do IBEU, verifica-se grande parte dos municípios brasileiros em condições boas e muito boas, correspondentes a 12,1% e 84,7%, respectivamente, o que totaliza 5.388 municípios do país. Dos outros 177 municípios, 103 apresentam condições médias de mobilidade, 61 apresentam condições ruins e 13, condições muito ruins (OBSERVATÓRIO, 2018).

Quanto à infraestrutura urbana, os números referem tratar-se não apenas de um problema de dimensões nacionais, mas, principalmente, de um problema metropolitano. Isso porque, dos 294 municípios das principais regiões metropolitanas do país, 132 estão em nível ruim e 111 municípios estão em nível muito ruim de bem-estar urbano, correspondendo a 82,6% dos municípios metropolitanos. Além disso, 48 municípios estão em nível médio de bem-estar urbano. Ou seja, no Brasil, um país com dimensões continentais, somente três municípios apresentam

boa condição de bem-estar urbano referente à infraestrutura (OBSERVATÓRIO, 2018).

Os dados relativos ao IBEU quanto às dimensões da mobilidade e da infraestrutura urbana mostram-se adequados para analisar as condições das pessoas com deficiência porquanto são setores dos mais afetados pelo crescimento das cidades, considerando-se que o desenvolvimento econômico acompanha tal crescimento e interfere nos fatos socioambientais. Vinci (2020, p. 179), nesse sentido, esclarece que tais afetações foram maiores “nos últimos 10-15 anos”, referindo-se ao período que compreende as duas primeiras décadas do século XXI.⁵⁶

No que concerne à efetividade de direitos e sua relação com o IBEU, especificamente em suas dimensões da mobilidade e da infraestrutura urbana, devem ser consideradas as deficiências com base na categorização a elas conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro. O art. 5º, I, do Decreto n. 5.296/2004 conceitua pessoa com deficiência como sendo aquela que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias: (a) deficiência física; (b) deficiência auditiva; (c) deficiência visual; (d) deficiência mental; e (e) deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências (BRASIL, 2004). Ainda, a partir da Lei n. 12.764/2012, as pessoas com transtorno do espectro autista (TEA) passaram a ser consideradas pessoas com deficiência, por apresentarem deficiência significativa na comunicação e na interação social (BRASIL, 2012).

A referida categorização convive harmoniosamente com o conceito de deficiência que se encontra em evolução no Brasil, buscando adequar-se com o que preceitua a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo. Nesse caminho evolutivo, considera-se, então, acertado adotar a visão conceitual com aporte contemporâneo, coadunada com os dizeres da Convenção, para o fim de considerar o conceito de deficiência que reconhece o impedimento das pessoas no convívio social em detrimento de critérios biológicos (BRASIL, 2009). Evidencia-se, dessa forma, cada vez mais a importância dos elementos ambientais urbanos na categorização das deficiências e a influência de uma cidade sustentável para o exercício de direitos e o pleno desenvolvimento das pessoas com deficiência.

⁵⁶ Segundo o autor: “Le città sono state storicamente un spazio privilegiato per diverse forme di condivisione di beni e servizi, dalle biblioteche pubbliche ai servizi di comunità, ma è solo negli ultimi 10-15 anni che tali pratiche hanno interessato in forma sistematica il settore dei trasporti e la mobilità” (VINCI, 2020, p. 179).

3 CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou elucidar, a partir das noções teóricas e de dados previamente produzidos, se os índices apontados como determinantes para aferir o bem-estar urbano podem servir, igualmente, como balizadores para a constatação de maior ou menor efetividade de direitos para as pessoas com deficiência, especialmente os direitos sociais, no ambiente das cidades e sob o olhar conceitual do direito à cidade.

Para tanto, tomou-se a concepção de pessoas com deficiência como sendo não aquelas que possuem alguma restrição exclusivamente biológica, como, por exemplo, a falta de um membro ou função organicamente considerados, mas, sim, aquelas com restrição de participação do meio em que vivem, em virtude de eventuais limitações, a partir do que preceitua a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo da Organização das Nações Unidas (ONU).

O fenômeno determinante para a identificação e resolução do problema de pesquisa, portanto, foi a deficiência pela desigualdade, constituindo-se como critérios balizadores os impedimentos advindos de fatores socioambientais. Considerou-se, ainda, a definição legal brasileira para categorização das deficiências, segundo a qual são considerados, em diversos graus, impedimentos de ordem física, visual, mental e múltipla (quando se associam duas ou mais das referidas deficiências).

No que tange ao direito à cidade, tomou-se sua concepção como sendo um espaço social que necessita acompanhar os fatos sociais, de modo sustentável. O conceito alinha-se com as análises produzidas a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano (CMAH) realizada em Estocolmo, em 1972, e com os atuais Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, bem como com as noções de dignidade da pessoa humana.

Considerando-se, assim, a cidade como uma arena de convívio, a falta de inserção e interação no meio urbano relaciona-se diretamente com as deficiências quando a ausência de políticas públicas adequadas cause restrições às pessoas. Daí a intersecção do bem-estar urbano com a efetivação de direitos (nomeadamente, os direitos sociais), já que as pessoas com deficiência não podem ser coibidas, por exemplo, de ter acesso a prédios públicos, à moradia digna ou a quaisquer outros elementos constituintes da vida urbana sustentável.

Nesse contexto, os dados analisados na presente pesquisa evidenciaram uma predominância de condições médias e boas de bem-estar nas cidades, considera-

das globalmente a partir da análise das seguintes dimensões urbanas: mobilidade, condições ambientais, condições habitacionais, atendimento de serviços coletivos e infraestrutura. Pequeno número de locais no país apresentaram as condições gerais de bem-estar urbano muito ruins, predominando, conforme referido, índices médios e bons.

Quanto às dimensões de mobilidade e infraestrutura urbana analisadas especificamente, pois consideradas determinantes para apurar o bem-estar das pessoas com deficiência, os índices revelaram-se distintos. Enquanto, por um lado, predominaram condições muito boas de mobilidade urbana em 84,7% dos municípios brasileiros, de outro norte foram revelados graves problemas de infraestrutura, especialmente nos espaços das metrópoles. Considerando-se que, quanto à infraestrutura, 82,6% dos municípios metropolitanos apresentaram índices ruins e muito ruins, a falta de estrutura adequada nos espaços citadinos revelou-se um problema urbano por excelência.

Evidenciou-se, dessa forma, que não existem significativas dificuldades de deslocamento na maioria dos núcleos urbanos brasileiros, cumprindo-se a mobilidade proposta como uma das dimensões de bem-estar nas cidades. Isso facilita o “ir e vir” das pessoas com deficiência, possibilitando-lhes o desenvolvimento pessoal e direito de muitas atividades e, por consequência, o exercício de direitos. No que concerne à dimensão da infraestrutura, porém, não se pode afirmar o mesmo, porquanto foram apontados óbices na prestação de adequadas condições urbanas relacionadas a pavimentação, calçada, meio-fio/guia, bueiro ou boca de lobo, iluminação pública, rampa para cadeirantes e logradouros.

Com isso, alguns direitos sociais podem não estar sendo prestados de forma efetiva às pessoas com deficiência, já que, se o cidadão não possui acesso a determinados locais urbanos por não existir rampa de acesso, iluminação pública ou pavimentação, poderá ter cerceamento em direitos considerados fundamentais, tais como moradia digna, lazer, segurança, saúde, dentre outros. E mais: considerando-se o modelo social para aferição das deficiências, fundado na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas, muitas pessoas que não possuem perda de membro ou função, por exemplo, poderão ser consideradas deficientes. Dessa forma, a questão ultrapassa a previsão normativa, uma vez que a efetivação dos direitos sociais para as pessoas com deficiência exige a prestação de condições físicas e sociais aptas a propiciar o exercício de direitos.

Como óbice à veiculação de um número maior de políticas públicas adequadas e fomentadoras de maior efetividade de direitos e bem-estar para as pessoas com

deficiência, apontou-se o custo para implementação de medidas no ambiente urbano, como ocorre, comumente, com a prestação do rol constitucional de direitos sociais: é o denominado “custo dos direitos”, que se relaciona com a existência de recursos financeiros, a sua alocação nos instrumentos de planejamento e a discricionariedade dos agentes públicos para implementação de políticas urbanas efetivas e sustentáveis.

Concluiu-se, assim, a partir da análise específica das dimensões de mobilidade e infraestrutura, que os índices de bem-estar urbano são determinantes para o exercício de direitos pelas pessoas com deficiência. Aliados à noção de cidade sustentável, os apontadores relacionados ao bem-estar urbano revelaram-se imprescindíveis para definir se as pessoas com deficiência estão exercendo, ou não, em condições plenas, os direitos fundamentais no ambiente citadino, especialmente no que tange à prestação e efetividade dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: Courtis, Christian; Santamaría, Ramiro Ávila. **La protección judicial de los derechos sociales**. 1ªed. V&M Gráficas. Quito, Ecuador: 2009. P. 3-29.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Herlander. Exclusão e inclusão social nas sociedades modernas: um olhar sobre a situação em Portugal e na União Europeia. **Revista Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 106, p. 219-240, abr./jun. 2011.

BOSELTMANN, Klaus. **The principle of sustainability: transforming law and governance**. Hampshire: Ashgate, 2008.

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 5 set.2022.

BRASIL. Decreto n. 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm. Acesso em: 2 ago.2020.

BRASIL. Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 26 ago.2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 2 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.764, de 27 de dezembro 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 28 dez.2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 2 ago. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198>. Acesso em: 05.ago.2015.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez; GARCIA, Júlio César. Evolução conceitual do princípio da sustentabilidade. **Revista Direito Sem Fronteiras** – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Foz do Iguaçu. Jan/Jun. 2018; v. 2 (4); p. 13-26.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed, rev. et ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 45-103.

HARVEY, David. Direito à cidade. Trad. Jair Pinheiro. **Lutas Sociais**, São Paulo, n.29, p.73-89, jul./dez. 2012.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes**: do direito à cidade à revolução urbana. Trad. Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico**: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência, 2010a. Disponível em: http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf. Acesso em: 30 jul.2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo demográfico**: população residente por situação de domicílio, 2010b. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/2098-np-censo-demografico/9662-censo-demografico-2010.html>. Acesso em: 6 set.2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Nota técnica 01/2018**: releitura dos dados de pessoas com deficiência no Censo Demográfico 2010 à luz das recomendações do Grupo de Washington. 2018. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/metodologia/notas_tecnica_s/nota_tecnica_2018_01_censo2010.pdf Acesso em: 28 fev.2022.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil em Números:** Brazil in Figures. Rio de Janeiro, v. 28, p. 1-498, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2/bn_2020_v28.pdf. Acesso em: 23 set.2020.

LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

MEDEIROS, Jeison Francisco de. Tributação verde: um importante instrumento à efetivação do desenvolvimento sustentável no âmbito das cidades. In: DE MARCO, Crithian Magnus (org.). **O futuro das cidades:** direitos fundamentais, sustentabilidade, resiliência e disrupção. Joaçaba: Unoesc, 2020. Disponível em: https://www.unoesc.edu.br/images/uploads/editora/o_futuro_das_cidades.pdf. Acesso em: 6 set.2020.

KHAITAN, Tarunabh. Political insurance for the (relative) poor: how liberal constitutionalism could resist plutocracy. **Global Constitutionalism**, v. 8, 2019, p. 536-570. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/DC9793F05F3F0CA6E58616296A153AF6/S2045381719000200a.pdf/political_insurance_for_the_relative_poor_how_liberal_constitutionalism_could_resist_plutocracy.pdf. Acesso em: 28 jan.2021.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, v. 3, n. 2, 2002. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 26 jan.2021.

NERY DA SILVA, Rogério Luiz; MATTIELLO, Darléa Carine Palma. Políticas Públicas e Educação: o equilíbrio entre a discricionariedade e a vinculatividade administrativas. **Revista de Direito Sociais e Políticas Públicas**. V. 3. N. 2 (2017). Jul/dez. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/2540>. Acesso em: 21 out.2021.

NERY DA SILVA, Rogério Luiz; MATTIELLO, Darléa Carine Palma. Os direitos sociais e orçamento público no Brasil: estudo do Plano Plurianual federal 2020-2023. **Direito Sociais e Políticas Públicas**. III Encontro Virtual do Conpedi (2021). Coord. Ivan Dias da Motta; Julia Maurmann Ximenes; Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Florianópolis: CONPEDI, 2021. P. 345-360. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/276gsltp/uv843e0i/fl3Uj1rXdrN0I7R6.pdf>. Acesso em: 21 ago.2022.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. Trad. Susana de Castro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

OBSERVATÓRIO das Metrôpoles. **IBEU Municipal**: índice de bem-estar urbano dos municípios brasileiros. Rio de Janeiro, Observatório das Metrôpoles, 2018. Disponível em: https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/wp-content/uploads/2019/11/IBEU-MUNICIPAL_FINAL.pdf. Acesso em: 6 set.2020

OBSERVATÓRIO das Metrôpoles. **Apresentação**. Rio de Janeiro, Observatório das Metrôpoles, 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodasmetropoles.net.br/>. Acesso em: 6 set.2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Objetivos do Desenvolvimento Sustentável**. 2022. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em: 4 set.2022.

ROLNIK, Raquel; KLINK, Jeroen. **Crescimento econômico e desenvolvimento urbano**: por que nossas cidades continuam tão precárias? Novos estudos, São Paulo, n. 89, p. 89-109, ed. 89, v. 30, n. 1, mar. 2011. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-89/>. Acesso em: 6 set.2020.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 13.set.2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão**: construindo uma sociedade para todos. 8ª ed. Rio de Janeiro: WVA, 2010.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Derechos sociales**: imprescindibilidad y garantías. Aranzadi: Pamplona, 2011.

UN – United Nations. **Washington Group on Disability Statistics**. 2021. Disponível em: <https://www.washingtongroup-disability.com/>. Acesso em: 2 out.2021.

VINCI, Ignazio. Mobilità condivisa e processi di sviluppo sostenibile nelle città: le questioni aperte e gli spazi per le politiche pubbliche. **Diritto & Questioni Pubbliche**: Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica, v. 20, n. Special Issue, jun/2020, p. 173-186. HeinOnline. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Contents?handle=hein.journals/dirquesp20&id=1&size=2&index=&collection=journals>. Acesso em: 6 set.2020.

ASPECTOS DO DIREITO À PRIVACIDADE DECISÓRIA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE PESSOAL⁵⁷

DOI10.55339/9788560757244010

Riva Sobrado de Freitas

Não tenho medo da morte, mas medo de morrer, sim a morte é depois de mim mas quem vai morrer sou eu o derradeiro ato meu e eu terei que estar presente assim como um presidente dando posse ao sucessor terei que morrer vivendo sabendo que já me vou...
Não tenho medo da Morte

Gilberto Gil

1 INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado tem como título: “Aspectos do Direito à Privacidade Decisória e suas implicações no Direito de Morrer com Dignidade Pessoal”.

Em um primeiro momento nossa preocupação com o tema nos levou a pesquisar os diferentes procedimentos para a morte que pudessem conferir alguma dignidade pessoal, já que se trata de um momento significativo na vida de cada um. Entretanto, observando a pluralidade de caminhos disponíveis, entendemos a importância de retomar a discussão sobre a Privacidade, notadamente a Privacidade Decisória, em face da sua relevância para o controle e disponibilidade do próprio corpo, sem os quais a dignidade pessoal ficaria comprometida.

Desta forma, procuramos redescrever a Privacidade e sua tutela constitucional buscando conferir a ambas um substrato conceitual mais apropriado às necessidades contemporâneas a partir das informações críticas que tendem a indetificá-las com os demais direitos individuais de tradição liberal e conteúdo abstrato, que não atendem às necessidades de tutela concreta do indivíduo.

Posteriormente, nos ocupamos da apresentação e descrição dos diferentes procedimentos disponíveis para a morte, buscando problematizá-los, mas, acima de tudo, ressaltando a importância do respeito à Privacidade como essencial para a

57 Uma versão desse artigo foi publicada em 2014 na Revista Pensar (UNIFOR).

garantia da dignidade pessoal intransferível. Para tanto, identificamos como necessária a simetria nas relações entre médicos e pacientes, único meio capaz de promover uma decisão responsável.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE EM SUA DIMENSÃO AUTONOMIA DECISÓRIA: A PROPOSTA DE UMA REAVALIAÇÃO DE SEU CONTEÚDO

Numa tentativa de retomar o Direito à Privacidade procurando reavaliar seu conteúdo com vistas à construção de um novo significado, especialmente para os alcançados por este direito observamos que, se por um lado a privacidade pessoal constitucionalmente protegida tem representado um avanço indispensável a qualquer concepção moderna de liberdade, de outra parte tem sido objeto de inúmeras críticas.

Alvo de diferentes acusações e desconfianças, o Direito à Privacidade é apontado sobretudo por reforçar um modelo ideológico liberal, fundado na dicotomia público/privado. Interpretados consoante esta afirmação os direitos à privacidade teriam como meta central a proteção dos indivíduos contra o Estado, o que reforçaria ainda as tendências desagregadoras e atomizadoras da sociedade moderna. (COHEN, 2012)

De outra parte (COHEN, 2012), identifica ainda as críticas “comunitaristas” que consideram a constitucionalização do Direito à Privacidade um retrocesso, na medida em que inviabiliza a afirmação dos valores comunitários assim como a solidariedade.

Pelo que se pode observar, ambas abordagens formulam críticas ao Direito à Privacidade tomando como base argumentos contrários à interpretação liberal desse direito, como se esta fosse a única possível.

Entretanto, antes de podermos levar a efeito algumas ponderações sobre as abordagens críticas ora apresentadas seria oportuno a delimitação do conteúdo do Direito à Privacidade, pelo menos nas suas dimensões mais importantes para que pudéssemos refletir a respeito.

Duas dimensões são preponderantes quando se trata da privacidade pessoal. A primeira consiste no direito de ser “deixado em paz”. Esta possibilidade tutelada tornou-se extremamente importante especialmente quando, uma tecnologia já bastante desenvolvida torna a vida pessoal vulnerável e passível de ser devassada, por motivos fúteis ou interesses escusos e não apenas na intimidade do lar, mas

também, no que diz respeito às informações arquivadas nos diferentes bancos de dados. Naturalmente, as informações quando cruzadas, sem que para tanto haja interesse público relevante, expõem e comprometem a integridade pessoal e física/emocional (BITTAR, 1989). Desta forma, “o direito de ser deixado em paz” significa o direito de não sofrer intromissão ou vigilância sem motivo justo. É importante ressaltar que não se trata do reconhecimento de mais um direito individual em termos liberais. Não se busca a tutela de mais um valor abstrato, ideologicamente atribuído ao indivíduo “natural”, mas a proteção individuada (YOUNG, 1990), concreta e real da intimidade de uma pessoa, atributo que a torna única e a identifica entre as demais. A violação desta dimensão da Privacidade, especialmente em face de uma tecnologia avançada e globalizada poderá causar um dano irreparável à Dignidade Humana.

Embora seja extremamente significativa esta dimensão da Privacidade, ela vem sendo pouco contestada. Entretanto, há outra dimensão, própria do Direito à Privacidade que nos parece ser o alvo central das polêmicas atuais que são travadas por todos os que discutem os limites da autonomia decisória, no que se refere ao próprio corpo. Trata-se da “privacidade decisória”, ou seja: o direito de não ser submetido ao controle indevido (regulações inclusive) por parte de terceiros. (COHEN, 2012).

Desta forma, a primeira dimensão apontada estaria referida na “privacidade informacional” (COHEN, 2012), ou seja: posse e disseminação de informações sobre a pessoa (indivíduos ou organizações privadas, assim como autoridades públicas). A segunda, objeto de inúmeras polêmicas tocava primordialmente a autonomia decisória quanto à “zona de intimidade”, abrangendo desta forma a disponibilidade íntima (COHEN, 2012) para relações sexuais, casamentos, abortos, eutanásia, etc.

Considerando esta última dimensão apresentada observamos que, as principais críticas levadas a efeito sobre os direitos individuais em geral e especificamente sobre os direitos de privacidade referem-se, como já pontuamos, ao modelo liberal sociedade/Estado, que supostamente estaria sendo reforçado pela tutela da privacidade, na sua dimensão “autonomia decisória”.

Estas abordagens críticas, constantemente levantadas pelos movimentos de gênero pontuam a questão da igualdade, comprometida de forma recorrente nas relações liberais/iluministas.

Em verdade quando nos reportamos ao Liberalismo inicial (Rosseau, Montesquieu), constatamos a sua correspondência ao momento marcado pela afir-

mação do segmento social burguês e da imposição de toda a sua ideologia. Neste sentido, a teoria do Direito Natural trouxe contribuições decisivas, na medida em que toma como base a existência de “regras naturais”, supostamente perenes e essenciais à “natureza humana”, para além de serem anteriores e independentes ao Estado. (BOBBIO, 1992).

As revoluções liberais, como é fato, utilizaram-se destes argumentos “naturais” como forma de derrubar governos absolutos e instaurar a ordem burguesa.

Em que pese a sedução de tais argumentos revolucionários é forçoso admitir-se que as “regras naturais” e os valores estabelecidos como próprios à “natureza humana” estavam repletos do conteúdo ideológico burguês e que historicamente serviram à exclusão dos segmentos sociais subalternos e à dominação de gênero, de fácil constatação. Basta lembrarmos-nos que as relações sociedade/Estado Liberal foram estabelecidas com base no voto “qualificado” apenas para homens, proprietários, e com um determinado nível de conhecimento. Certamente as “regras naturais” destinaram o espaço privado às mulheres e conservaram a dimensão pública à convivência masculina. De outra parte, ainda nas relações domésticas, marcadas por valores patriarcais supostamente “naturais”, às mulheres ficou reservado o *status* subalterno, comprometendo definitivamente a igualdade.

Entretanto, embora os argumentos de igualdade e gênero sejam irrefutáveis, quando apresentados em oposição aos direitos individuais liberais, o Direito à Privacidade pode e deve ser retomado sob ótica distinta. O Direito à Privacidade, especialmente na sua dimensão decisória (autonomia decisória) designa o indivíduo como o centro de seu processo decisório. Não determina de forma alguma uma escolha ética, ou ideológica a ser seguida, mas apenas uma esfera de autodeterminação dentro da qual deve exercer a sua identidade concreta, efetuando suas escolhas pelos próprios motivos, sem ter inclusive que justificá-los (COHEN, 2012). A respeito direitos desta natureza Hannah Arendt (1998) também se refere explicando que estes atribuem ao indivíduo uma “personal legal” que serve como “escudo protetor” para sua identidade pessoal.

Outra crítica recorrente sobre a qual já nos referimos neste trabalho, também parte de considerações contrárias às formulações liberais, especialmente porque entendem que a autonomia decisória quando tutela o poder de autodeterminação estaria a reforçar no indivíduo o seu desenraizamento, propondo-lhe uma ruptura com as normas e valores comunitários, promovendo desta forma a quebra dos vínculos de solidariedade que o cercam.

Quando consideramos os direitos individuais, de corte liberal, próprios do

individualismo burguês e das formações sociais forjadas a partir deste ideário, certamente, percebemos que as relações sociedade/Estado se estabelecem a partir de indivíduos dissociados, cujas decisões políticas do Estado se originam da “vontade geral”, nos moldes da democracia burguesa, baseada no voto qualificado, como já mencionamos.

Em verdade, o que se percebe é que o indivíduo deslocado do todo social, através do voto censitário, tem como meta fundamental a realização de seu próprio bem-estar. Desta forma, suas relações passam a ter como fundamento ético somente o cálculo de seus próprios interesses. Assim, o indivíduo apartado da coletividade tende a valorizar unicamente a possibilidade de realização de suas potencialidades e de sua capacidade de possuir. Quanto mais realiza o seu bem-estar, quanto mais possuirá e maior será seu valor enquanto indivíduo. (MACPHERSON, 1979)

Esta qualidade que se encontra na própria definição do indivíduo burguês consoante C.B. Macpherson (1979, p. 250) traduz-se na: “Condição do indivíduo como sendo essencialmente o proprietário de sua pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo à sociedade por elas.

Sem dúvida, são merecedoras de crédito as considerações de Macpherson. A coletividade concebida como uma somatória de indivíduos, cada um a defender seus próprios interesses, significa a negação de qualquer possibilidade de existência de um todo social, dotado de conceitos morais próprios e valores éticos definidos.

Nesta circunstância a única identidade possível entre seus membros é a vocação para possuir, que se pretende inerente à “natureza humana”.

Entretanto, em que pese as críticas formuladas ao ideal voluntarista da pessoa, descrito por (MACPHERSON, 1979) não nos parece determinante subordinar conceito de Direito à Privacidade, na sua dimensão privacidade decisória a uma concepção de indivíduo desenraizado, o que seria característica do paradigma liberal. Em verdade, o que se estaria buscando com esta tutela seria a proteção do núcleo de autonomia pessoal, quer contra as “normas comunitárias” que muitas vezes poderiam ser abusivas no que toca a autonomia pessoal decisória, quer contra a própria vontade da maioria, desrespeitosa muitas vezes no quesito diversidade.

2.1 A privacidade decisória mediada pelo corpo: o “*embodiment*” enquanto substrato crucial da identidade

Quando nos reportamos à tutela dispensada aos atributos físicos e mentais, individualizadores do nosso ser pelo ordenamento jurídico, identificamos um grupo

de direitos conexos, conhecidos como Direitos de Personalidade.

A teoria dos Direitos de Personalidade é de construção recente e ainda não sedimentada, daí as divergências apontadas sobretudo no que toca a sua generalidade e extensão. (BITTAR, 1989).

Entretanto, como os Direitos de Personalidade tendem a alcançar dispositivos sobre o Direito ao Corpo assim como sobre a Privacidade, por entenderem essenciais à Dignidade Humana, pensamos haver pertinência em uma breve exposição sobre o tema, nesta oportunidade.

Em verdade, quando observamos a proteção dispensada à personalidade pelo direito, constatamos que ele não se ocupa nem da sua definição, nem da sua tutela direta. Ao contrário, busca normatizar a proteção dos atributos próprios à individualização de uma pessoa. Desta forma, procuram a tutela de aspectos íntimos do indivíduo, tomado em si mesmo, ou como ente individualizado na sociedade, ou ainda os aspectos originados da sua interação, ou projeção em sociedade. (BITTAR, 1989).

Assim teríamos entre Direitos de Personalidade a tutela dos atributos do corpo físico, tais como o Direito ao Corpo (ou partes separadas do corpo), o Direito à Voz, o Direito a Imagem (retrato), etc. A proteção da esfera pessoal psíquica também estaria contemplada, alcançando os direitos ao segredo, de maneira geral e especificamente o Direito à Intimidade e o Direito à Privacidade. (BITTAR, 1989).

Os aspectos relativos à projeção em sociedade também compreenderiam os Direitos de Personalidade, alcançando desde a tutela da reputação ao Direito do Autor. (BITTAR, 1989).

É importante ressaltar ainda que estes direitos conexos apresentados possuem já uma dimensão que transita para além dos direitos individuais em abstrato aos moldes liberais. Constatam-se a preocupação com a tutela concreta do indivíduo. Interessa ao Direito exatamente a proteção específica de componentes distintos da personalidade, capazes de torná-lo único entre os demais.

Não se procurou de forma alguma a proteção da Personalidade Humana em abstrato, de modo a ser preenchida conforme concepções ideológicas distintas.

É exatamente nestas bases e com estas preocupações que retornamos nossa proposta de revisão da Privacidade com vistas a redesenhar o seu conteúdo especialmente no que toca a sua dimensão de autonomia decisória.

Entretanto, como promover a privacidade individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da sua identidade?

É certo que o indivíduo concreto, real não se caracteriza como uma abstração.

Ele convive em sociedade e dela assimila valores com os quais se identifica plenamente. De outra parte, é igualmente certo que nem sempre seria possível uma correspondência plena entre os valores pessoais e os comunitários. Assim, afirmar que o “indivíduo concreto” seria a resultante dos valores comunitários seria no mínimo temerário. Ao contrário, consoante o nosso entendimento haveria necessidade de protegê-lo inclusive contra ingerências da sua própria comunidade ainda que tais invasões desrespeitosas adviessem da convivência em grupos de libertação e movimentos sociais com os quais ele tivesse uma relação de pertinência.

Um caminho importante entretanto para a reflexão e garantia da autonomia decisória seria a reintrodução do Direito ao Corpo na temática privacidade. Certamente não na sua dimensão “individualista – possessivo” descrito por Macpherson (1979), com já mencionamos anteriormente, como se os nossos atributos pessoais, inclusive o próprio corpo fossem propriedades individuais, ou mercadorias a serem negociadas, mas por exemplo, a partir das observações de Goffman (1971, p. 28) para quem o corpo constitui “um dos territórios de si”.

Goffman (1971) entende que o sentimento de controle sobre o próprio corpo é essencial para uma percepção íntegra de si mesmo, assim como para a própria autoconfiança pessoal. Consequentemente, o controle sobre o corpo é fundamental para a configuração da própria identidade, assim como para a Dignidade Pessoal.

Discutindo sobre a autonomia decisória mediada pelo corpo, Cohen (2012, p. 195) afirma: “nós somos nosso próprio corpo” e ainda para exemplificar a importância do corpo para a individualidade pessoal pontua: “não podemos escolher levá-los conosco por onde formos como o fazemos com nossas bolsas”. (IDEM, p. 195).

A questão da dignidade pessoal e da identidade ligadas ao controle do próprio corpo foi largamente utilizada pelas feministas para defender o direito ao aborto. Assim afirmam: “nosso corpo, nós mesmas” (COHEN, 2012, p. 87). Não queremos aqui esgotar o tema, mas apenas para o esclarecimento do que se vê aqui defendido apresentaremos em breves linhas seus argumentos.

Para as feministas afirmar a importância da integridade corporal, para efeitos de autonomia decisória, não está em afirmar o direito de fazer com o próprio corpo o que se queira, como se este fosse um direito de propriedade, aos moldes do individualismo-possessivo. (MACPHERSON, 1979).

A questão central reside na defesa da individualidade e identidade femininas. Forçar uma mulher a uma gravidez indesejada implicaria em violar sua identidade corporal, impondo-lhe uma identidade de mulher grávida e de mãe. A experiência da gravidez constitui uma mudança substancial em sua identidade física, emocional,

com reflexos de natureza econômica, promovendo alterações profundas em sua individualidade (COHEN, 2012). Vale lembrar que, em momento algum tais argumentos buscam a defesa do aborto como um método anticonceptivo, mas apenas colocar sob reflexão a importância da integridade corporal para a integridade da personalidade, considerando que a mulher não se restringe apenas ao seu útero. De qualquer forma é relevante ponderar que esta realidade, consoante a importância de que se reveste, somente poderia ser posta em segundo plano em face de um interesse estatal relevante, ou de uma situação de risco significativo. A este respeito concordamos com Thomas (1992) para quem a privacidade é sempre mediada pelo próprio corpo, muito embora existam ainda outras dimensões presentes, tais como os recursos e os valores culturais disponíveis na comunidade. (COHEN, 2012).

Daí a importância do termo *embodiment* significativo da nossa corporificação, ou seja: o próprio corpo como o substrato mais relevante da identidade pessoal. Assim, como ocorre com as outras dimensões da privacidade, a integridade corporal é necessária e fundamental para a autonomia decisória sobre si próprio e consequentemente para própria identidade pessoal.

3 AUTONOMIA DECISÓRIA: O DIREITO DE MORRER COM DIGNIDADE

Até o presente momento procuramos uma reflexão sobre a tutela da Privacidade, buscando estabelecer um conteúdo mais apropriado às necessidades contemporâneas. Para tanto, retomamos as considerações sobre as suas dimensões: “o direito de ser deixado em paz” e a “autonomia decisória”, identificando o controle sobre o próprio corpo como essencial à integridade e dignidade pessoal.

Certamente, se tais argumentos apontam a autonomia decisória sobre o próprio corpo, o *embodiment*, como forma de garantir uma vida plena em sua dignidade, seria pertinente neste momento recolocarmos nossas reflexões sobre a própria morte já que se trata de um momento significativo na vida de cada um.

Seria viável afirmar que esta autonomia decisória sobre o próprio corpo remanesceria mesmo diante da morte, como forma de conferir dignidade pessoal, ainda que no final da vida?

Enquanto as relações de saúde foram construídas sob uma ética paternalista, esta autonomia decisória ficou prejudicada.

Entretanto, o que se tem observado em geral é o abandono paulatino das teses paternalistas pela afirmação cada vez mais marcante da autonomia decisória en-

quanto poder de autodeterminação sobre o próprio corpo em questões atinentes à saúde. Este movimento já é visível a partir do Relatório Belmont de 1978, apresentado pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, instituída pelo governo americano em 1974.

É bem verdade que o objetivo central do estudo em questão foi identificar os princípios éticos básicos capazes de nortear a experimentação em seres humanos, nas ciências do comportamento e na biomedicina (RIBEIRO, 2006). Entretanto, de qualquer maneira, premida ou não a ética médica, por necessidades outras que não a preocupação estrita com a autonomia decisória, ou a integridade pessoal dos pacientes, o certo é que a autonomia foi identificada como princípio ético básico.

O princípio da autonomia, uma vez consagrado à partir de então, constituiu marco histórico nas transformações da ética médica paternalista em prol do consentimento livre e esclarecido. Atualmente denomina-se *empowerment health*, ou seja, o empoderamento do paciente sobre a sua saúde, transformando-o em titular de direito e o profissional da saúde em titular de uma obrigação. (RIBEIRO, 2006).

Entretanto, a autonomia decisória implica em capacidade para a sua expressão e há situações em que o paciente se torna incapaz para decidir. Nestes casos poderíamos justificar o surgimento de testamentos vitais, instrumentos de manifestação de vontade para o futuro.

Todavia, essas questões podem ensejar caminhos de difícil solução especialmente quando, mesmo um testamento feito de próprio punho, por um indivíduo saudável, ou no início de um processo de adoecimento, possa nos colocar em situação de eventual invalidação do mesmo, quando este adoeceu. Em verdade, é preciso que se considere a possibilidade de uma adaptação após um período de crise e uma mudança nas decisões quanto ao planejamento da própria morte. Como proceder nestes casos, quando o paciente já estivesse impossibilitado de manifestar-se? (HENNEZEL, 2001).

De outra parte, há ainda a situação das crianças que se encontram diante de problemas semelhantes. Poderiam elas manifestar validamente o seu desejo de viver ou morrer? Seus pais, os tutores tomariam por elas esta decisão?

Para as questões levantadas certamente não haveria uma solução consensual. Entretanto, é preciso não nos esquecer da presença de uma variável constante: os altos custos despendidos pelos tratamentos médicos a pressionar pela opção menos onerosa, qual seja, a suspensão imediata dos mesmos.

3.1. Algumas considerações de ordem geral: distanásia, eutanásia e

suicídio assistido

Diante da gravidade das questões que se apresentam, especialmente quando se está em presença da autonomia decisória, como expressão da própria dignidade pessoal e de outro lado, o enfrentamento de decisões tão definitivas quanto viver ou morrer, algumas considerações de ordem geral parecem fundamentais para uma reflexão inicial.

Em primeiro plano, como já pontuamos anteriormente, teríamos a autonomia do paciente enquanto poder de autodeterminação, para que este pudesse participar e contribuir com os tratamentos médicos disponíveis. Entretanto para que seja realmente viável a privacidade decisória, deverá existir a informação necessária fruindo da equipe médica para o paciente de modo a esclarecê-lo, para que qualquer decisão a ser tomada seja responsável (KOVÁCS, 2003). Tal situação entretanto só será possível, é claro, se houver simetria nas relações médico/paciente.

É importante considerar também a necessidade do esclarecimento de que, em muitas situações não haverá caminhos suaves ou até mesmo uma cura possível. Assim, haverá conflitos entre as várias possibilidades de tratamento, com riscos distintos que deverão ser ponderados na informação prestada.

Existirá também o risco ainda que velado, da indução pelos caminhos menos onerosos em termos econômicos por parte dos hospitais ou dos sistemas privados de saúde, a pressionar o profissional da medicina de modo a que ele “aconselhe” ao paciente uma “escolha mais conveniente” para os hospitais ou sistema de saúde e, não tão interessante, talvez, para o doente em questão. Nestes casos, estaríamos diante da violação da autonomia decisória, para além do código de ética profissional, muito embora realidade de difícil comprovação.

Ainda neste sentido, quando pensamos em autonomia decisória e no direito de morrer com dignidade é preciso não esquecer os excluídos econômica e socialmente, que permanecem nas filas dos sistemas públicos de saúde, aguardando uma oportunidade para o atendimento médico, muitas vezes com o comprometimento definitivo de sua saúde e o óbito consequente. Para estes casos não haveria sequer uma eutanásia. Estaríamos em presença da realização pura e simples do extermínio, o que nos faria refletir sobre a honestidade dos argumentos morais, éticos e religiosos contrários à eutanásia, quando desconectados do compromisso com esta realidade.

3.2. Distanásia

Uma vez respeitada a autonomia decisória, vamos nos deparar com uma plura-

lidade de respostas para o processo de morrer na atualidade.

Entre elas encontramos a distanásia. Trata-se de vocábulo composto pelo prefixo “dys”, que significa ato defeituoso, e “thanatos”, que significa morte.

A distanásia é a morte lenta, com muito sofrimento, resultado sempre de uma intervenção médica, que se recusa em aceitar a dimensão da finitude da vida.

Este caminho, até porque implica em tratamento médico de alto custo, não constitui uma alternativa ou uma preocupação para a grande maioria da população. Entretanto, foi, de maneira recorrente, procedimento médico destinado à pessoas de reconhecida expressão social, ao longo da história, notadamente políticos, entre eles: Truman, Franco e Tancredo Neves. (KOVÁCS, 2003)

A distanásia ocorre em instituições médicas extremamente bem aparelhadas, com instrumentos médicos sofisticados, capazes de promover o ressuscitamento, o que nos leva, diante do prolongamento de tanto sofrimento, indagar até que ponto uma vida pode ser distendida?

De uma outra parte, verifica-se ainda a presença dos “tratamentos fúteis”, ou seja: aqueles que não conseguem manter ou restaurar a vida, nem sequer promover o bem-estar, ou mesmo levar o paciente ao estado de consciência, segundo o que ficou estabelecido pelo documento publicado pelo *Hasting Center*, em 1987. Consoante o documento estes procedimentos só trariam sofrimentos adicionais.

Em que pese o reconhecimento do sofrimento inútil promovido pela distanásia a questão central nestas situações seria identificar, de forma acertada, até que ponto a utilização dos recursos médicos disponíveis teria utilidade, quando não para salvar o paciente, pelo menos para oferecer alívio ou controle dos sintomas. (KOVÁCS, 2003).

A dificuldade em estabelecer os limites entre os tratamentos médicos obrigatórios (com alguma utilidade) e os absolutamente fúteis levou ao conceito do que atualmente conhecemos como o tratamento proporcional para cada caso.

De qualquer forma é importante que se entenda que a suspensão eventual de um tratamento fútil não significa eutanásia, nem abandono do doente. Pelo contrário, representa a preocupação com a qualidade de vida do paciente e o respeito ao direito de morrer com dignidade.

3.3. A Eutanásia em suas diferentes modalidades

Com a preocupação de colher esclarecimentos para uma possível reflexão nos reportaremos ao autor Kaplan (2000) que apresenta algumas distinções sobre o

tema.

Consoante o autor teríamos a eutanásia ativa que consistiria em uma ação concreta capaz de causar a morte ou de acelerá-la. Haveria também a eutanásia passiva que ocorreria sempre que houvesse a retirada dos procedimentos médicos capazes de promover a distensão da vida, para os casos de impossibilidade de cura, cujo o prolongamento pudesse adicionar sofrimento ao paciente. Alguns autores (KOVÁCS, 2003) não adotam esta terminologia, utilizando-se do termo ortotanásia, ou seja: morte na hora certa.

Poderíamos mencionar ainda a eutanásia voluntária que seria a ação causadora da morte a pedido do paciente e finalmente a eutanásia involuntária, para a qual não haveria consentimento do paciente. Certamente nesses casos ocorreria o homicídio, possivelmente com atenuantes, se considerássemos a vontade de promover alívio ao sofrimento.

Em conexão com o tema, também valeria mencionar o suicídio (ação capaz de provocar a própria morte), o suicídio passivo, que implicaria em sabotar o tratamento médico (ex: não ingerir os medicamentos prescritos) e ainda o suicídio assistido, para os casos em que houvesse ajuda para realizá-lo. Do ponto de vista legal, esta ação estaria tipificada como crime.

3.4 Eutanásia e o Direito de morrer com dignidade

A eutanásia, definida originalmente como a boa morte é vocábulo derivado do grego. Seu prefixo “eu” significa bom e “thanatos” morte. Atualmente acabou adquirindo uma nova dimensão que seria a indução ou o apressamento do processo de morrer. (KOVÁCS, 2003)

É importante ressaltar contudo que só haverá eutanásia se houver um pedido voluntário do paciente, conforme Kovács (2003). A inexistência do pedido em questão caracterizaria o assassinato, ou a “morte roubada” (HENNEZEL, 2001), ainda que com a intenção de evitar o sofrimento para o paciente, para a sua família ou até mesmo para os profissionais da medicina.

Os locais onde mais se pratica a chamada “morte roubada” são os hospitais, onde para além do perigo de eventuais impulsos mortíferos de alguns profissionais, haveria também a preocupação em racionalizar custos (ex: os atuais casos de indução a morte ocorrido no Hospital Evangélico de Curitiba, e praticado em sua grande parte por uma mesma profissional médica).

Uma alternativa que a nós pareceria pertinente e que agora merece reflexão é

a legalização da eutanásia. Trata-se de proposta controvertida, objeto de intensos debates promovidos em todo mundo e que agora tem encontrado eco em países como a Holanda desde 2002 por exemplo, com a mudança do seu ordenamento jurídico legalizando e regulando a eutanásia.

Entretanto algumas dúvidas a respeito das consequências desta legalização ainda não foram sanadas: a legalização da eutanásia poderia desviar a preocupação com a criação de programas de cuidados paliativos ao paciente, uma vez que a morte poderia ser o caminho mais fácil?

Em verdade não há garantias de que este fato não possa ocorrer e certamente haverá sempre a pressão pela diminuição dos gastos com o tratamento. Também, não se pode garantir em contra-partida que, para os casos de pessoas famosas, como os políticos no exercício do cargo, não seja, ministrada a distanásia para poder acomodar eventuais necessidades de governo.

De qualquer forma pensamos que a legalização da eutanásia, sob uma regulação capaz de oferecer parâmetros claros de comportamento possa estabelecer limites de atuação aos profissionais da medicina, aos hospitais e aos sistemas de saúde (privados e públicos).

Estas providências certamente não evitariam definitivamente, a “morte roubada” ou a distanásia, mas poderiam estabelecer as regras de procedimento sobretudo para garantir de outra parte o exercício da autonomia decisória.

Outra questão constantemente levantada refere-se às pressões contrárias à legalização da eutanásia originadas por convicções religiosas e igrejas constituídas.

A este respeito é preciso lembrar que, para além das crenças religiosas existentes em sociedade, que devem ser respeitadas e protegidas, o Estado é laico e que a eutanásia não seria uma decisão imposta de forma obrigatória à sociedade. Significaria apenas uma possibilidade de autodeterminação e garantia do exercício da autonomia decisória, no que toca o direito de morrer com dignidade, tão somente para aqueles que dela quisessem fazer uso.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando nos ocupamos do Direito de morrer com dignidade, vamos nos deparar com uma pluralidade de caminhos disponíveis para o processo de morrer em face de todo o avanço tecnológico da atualidade. Diante destas possibilidades fomos conduzidos a retomar a discussão sobre o conteúdo da privacidade e sua tutela constitucional em suas dimensões mais importantes, como vistas à proteção

da autonomia decisória e dignidade pessoal.

Alvo de diferentes acusações e desconfianças o Direito a Privacidade é apontado sobretudo por reforçar um modelo ideológico liberal, fundado na dicotomia público/privado, Consoante estas formulações críticas, o Direito à Privacidade teria como meta central a proteção de indivíduos contra o Estado, o que reforçaria as tendências desagregadoras e atomizadoras da sociedade contemporânea, inviabilizando a afirmação dos valores comunitários tais como a solidariedade.

De outra parte, a privacidade positivada em termos liberais consistiria no reconhecimento de mais um direito individual onde se estaria buscando a tutela de um valor abstrato, atribuído ao indivíduo “natural”, repleto do conteúdo ideológico burguês, o que historicamente serviu à exclusão e a dominação social.

Em que pese as críticas apresentadas procuramos estabelecer para a Privacidade e sua tutela, um substrato conceitual mais apropriado às necessidades contemporâneas, retomando seu conteúdo em duas dimensões: “o direito de ser deixado em paz” e a “autonomia decisória”, identificando esta última dimensão com o controle do próprio corpo (*embodiment*) como essencial à integridade física e a dignidade pessoal.

Certamente, os mesmos argumentos que apontavam a autonomia decisória sobre o próprio corpo como garantia de uma vida plena em dignidade pessoal, nos levaram a refletir sobre sua importância diante da morte, já que se trata de um momento significativo na vida de cada um.

Diante da gravidade da questão apresentada, especialmente quando se trata de afirmar a autonomia decisória como expressão da própria dignidade pessoal e de outro lado o enfrentamento de decisões tão definitivas quanto viver ou morrer, algumas considerações de ordem geral foram fundamentais para as nossas conclusões:

Em primeiro plano a relevância da autonomia decisória do paciente, enquanto poder de autodeterminação, para que este pudesse participar e contribuir com os tratamentos médicos disponíveis;

Concluímos também, pela necessidade da simetria nas relações entre médicos e pacientes, de modo a garantir a fruição das informações necessárias para esclarecê-lo, contribuindo para a tomada de uma decisão responsável;

Para as questões atinentes à indução ou o apressamento do processo de morrer (eutanásia), apontamos novamente a relevância da autonomia decisória do paciente, como a única forma possível e necessária a sua viabilização. Qualquer outra possibilidade caracterizaria o assassinato ou a “morte roubada”;

Entendemos também, que a legalização da eutanásia, através de uma regulação responsável poderia oferecer parâmetros claros de um comportamento, estabelecendo limites de atuação aos profissionais da medicina, hospitais e sistemas de saúde (privados e públicos). Por estas razões ela já seria defensável. Compreendemos ainda que a legalização não evitaria de forma absoluta as possibilidades da distância, “morte roubada”, ou mesmo assassinatos, mas concluímos que ao estabelecer as regras de procedimento, estaríamos identificando os limites de comportamento podendo assim garantir em contra-partida o exercício da autonomia decisória, necessária à dignidade pessoal.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. (1998). **A Origem do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras.
- BITTAR, C.A. (1998). **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense.
- BOBBIO, Norberto. (1992). **Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant**. Brasília: UNB.
- COHEN, Jean L.. (2012). Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 7, Apr. 2012.
- GOFFMAN, Erving. (1967). **“The nature of deference and demeanor” Interaction ritual: essays on face-to-face behavior**. Nova Iorque: Pantheon.
- HENNEZEL, M. (2001). **Nós não nos despedimos**. Lisboa: Editorial Notícias.
- KAPLAN, K.; BRATMAN, E. (2000). Gender, pain and doctor involvement: High school student attitudes toward doctor assisted suicide. **Omega, Journal of Death and Dying**, Nova Iorque, 31(3).
- KOVÁCS, M. J. (2003). Bioética nas questões da vida e da morte. **Revista de Psicologia da USP**. São Paulo, 14 (2).
- MACPHERSON, C.B. (1979). **A teoria do individualismo possessivo**. Rio de

Janeiro: Paz e Terra.

RIBEIRO, D. C. (2006). Viver a própria morte e morrer a própria vida. **Cad. Saúde Pública**. Rio de Janeiro, 22 (8).

THOMAS, Kendall. (1992). Beyond the privacy principle. **Columbia Law Review**, 92.

YOUNG, Iris. (1990). **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press.

A CONFIANÇA NAS REDES CONTRATUAIS: UM ENSAIO SOBRE DIREITO, ORGANIZAÇÃO E CONGRUÊNCIA DE SENTIDOS

DOI10.55339/9788560757244011

Arnaldo Rizzardo Filho
Paulo Júnior Trindade dos Santos

1 INTRODUÇÃO

Em contratos comerciais ou (inter)empresariais, nas situações em que as empresas se relacionam economicamente, ou seja, quando contratam entre si, a confiança costuma ser analisada em conjunto com a boa-fé. Essa é uma visão de confiança externa à empresa, que considera o momento em que a empresa está no mercado. Ao encontro disso, o artigo 422 do Código Civil dispõe que “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Embora esse dispositivo legal não faça menção expressa ao termo “confiança”, mas apenas aos termos “probidade” e “boa-fé”, há um contínuo de sentido que pode ser estabelecido entre os três. Forgioni (2010, p. 95) por exemplo, afirma que a boa-fé objetiva diz respeito à confiança no contrato e que confiança (*trust*) significa “[...] determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual o agente avalia que um outro agente ou grupo de agentes praticarão uma determinada ação; a existência de confiança, assim, aperfeiçoa a fluência das relações de mercado”. Pode-se notar, assim, a perspectiva exógena com que a confiança nas empresas é tratada pelo Direito; a confiança e a boa-fé são pensadas nas relações entre empresas.

Em termos gerenciais, a confiança é analisada nos relacionamentos internos e externos das empresas, ou seja, na estrutura organizacional interna das empresas e nas suas relações de mercado. Trata-se das perspectivas endógena e exógena à empresa, que analisam a confiança, respectivamente, no relacionamento interno entre cargos e funções das empresas e no relacionamento comercial entre empresas.

Poderiam essas perspectivas, também denominadas jurídica e gerencial-organizacional, ser tratadas em um contínuo de sentidos? Em caso positivo, qual seria o resultado dessa abordagem para o Direito? Com o intuito de perscrutar essa questão, nas seções a seguir, são retomadas: a literatura sobre confiança para a teoria de direito contratual, sobretudo para a teoria de contratos (inter)empresariais; a

literatura sobre a confiança para a teoria gerencial, com ênfase ao comportamento organizacional; a visão sociológica da confiança para o sistema jurídico a partir das lentes luhmannianas; e os resultados que podem ser gerados ao Direito pela análise continuada (congruente) da confiança de dentro para fora da empresa.

O presente artigo tem caráter de ensaio. Trata-se, portanto, de um texto voltado a discutir o tema da confiança segundo as perspectivas jurídica e organizacional, com o intuito de mostrar sua relevância teórica, principalmente ao Direito das redes contratuais, que, por vezes, apresenta-se demasiadamente generalizado a ponto de gerar uma aplicação jurídica do princípio da confiança incongruente com sua dimensão prática e social.

2 A CONFIANÇA EM TERMOS JURÍDICO-CONTRATUAIS

Em termos empresariais (contratos comerciais), a confiança é vista da empresa para fora, ou seja, na relação contratual entre empresas. Faz-se importante entender essa faceta exógena porque assim é tratado o tema da responsabilidade civil, ou seja, as consequências do cometimento de falta ou de descumprimento contratual (ato ilícito).

Na obra *A boa-fé no Direito Privado*, Martins-Costa (2018) cita quatro princípios que regem os negócios nesse ramo do Direito: autonomia privada, boa-fé, confiança e autorresponsabilidade. Há uma ligação significativa entre o princípio da confiança e os demais princípios do Direito Privado. A autonomia privada é o poder de autorregulamentação dos interesses privados, que constitui fundamento de ação e fonte normativa, gerando o dever de cumprimento das expectativas criadas antes, durante e após o processo contratual (isto é, no transcorrer operacional).

Boa-fé e confiança possuem uma raiz comum, a *fides*, e mantêm uma relação de superposição e de diferenciação. Há superposição porque, enquanto a confiança tutela as legítimas expectativas, a boa-fé tutela os comportamentos no tráfico negocial, e há diferenciação (funcional) em relação ao comportamento imediatamente protegido, porque, enquanto a confiança exerce o papel negativo de proibir a violação da legítima expectativa, a boa-fé exerce o papel ativo de direcionar e coordenar a interação social.

Dessa forma, a autorresponsabilidade faz fluir a autonomia privada, substituindo o longo período necessário à formação da confiança de que não ocorrerá frustração injustificada de expectativas legítimas.

Confiança, portanto, em termos de direito contratual e, especialmente, em

termos de contratos interempresariais, diz respeito à tutela das expectativas legítimas geradas pelo tráfego negocial. Exsurge disso a necessidade de caracterização do tráfego negocial, tendo em vista que cada negócio ou segmento de negócios possui seu próprio tráfego contextual.

2.1 A confiança nas relações contratuais lineares e nas relações contratuais em formato de rede

Certamente, a legítima expectativa é diferente no tráfego de uma relação contratual “linear” entre empresas e no tráfego de uma relação contratual “em rede”. Neste artigo, considera-se relação contratual “linear” como a compra e venda, o fornecimento e a prestação de serviços. Já a relação contratual “em rede” é entendida como negócios de franquia empresarial, de agência e de distribuição, parcerias, alianças, economia de plataforma etc.

A esse respeito, cabe mencionar que teóricos da sociologia jurídica, como Teubner (2011), aduzem que rede não é um conceito legal. Inobstante, em termos legais, considera-se a existência de três espécies de contratos legislados no Brasil aptos à formatação de redes: o contrato de franquia (Lei n. 8.955/1994), o contrato de representação comercial ou agência (Lei n. 4.886/1965 e artigos 710 a 721 do Código Civil) e o contrato de concessão de veículos automotores de via terrestre (Lei n. 6.729/1979) (BRASIL, 1965; 1979; 2002; 2019).

Em termos organizacionais, Todeva e Knoke (2005) classificam as redes como relações hierárquicas, *joint ventures*, união para investimentos de capitais, cooperativas, consórcios de pesquisa e desenvolvimento, acordos de cooperação estratégica, cartéis, franquias, licenças, redes subcontratantes (terceirização), grupos de padronização industrial, grupos de ação (para *lobbies* e influência política) e relações de mercado. Balestrin e Verschoore (2016), por sua vez, referem que as redes de cooperação pressupõem três condições fundamentais: objetivos comuns, interação e gestão. Neste ensaio, entende-se que os “objetivos comuns” indicam que as redes são “coletividades” de atores econômicos (constituindo direitos coletivamente pensados, portanto) e que, por isso, há uma dimensão de direitos coletivos. Além disso, considera-se que a “interação” no interior das relações em rede é preponderantemente “cooperativa” (posto que a competição no interior causa seu esfacelamento) e que isso importa na caracterização desses contratos como cooperativos (sendo pautados pelo princípio da boa-fé contratual, disposto no artigo 422 do Código Civil). Já a “gestão” representa a condição de “coordenação” das

redes (reguladas pelo princípio da proibição contratual, disposto no artigo 422 do Código Civil), pois redes não são eventos econômicos aleatórios). Esses são os três critérios utilizados para identificar as relações contratuais em rede: coletivismo, cooperação e coordenação.

Nas relações contratuais das redes de franqueados ou de distribuidores, de agentes ou de prestadores de serviços em plataformas, a legítima expectativa é muito mais intensa, estando ligada a interesses “coletivos” e a deveres de “coordenação” e “cooperação”.

O “coletivismo” consiste em estratégia econômico-organizacional, conceito esse que, segundo Balestrin e Verschoore (2016), surgiu com maior vigor a partir da década de 80 do século XX, por meio de estudos desenvolvidos principalmente por Astley e Fombrun. Tais estudos concluíram que as estratégias empresariais não precisam se limitar a relacionamentos concorrenciais, uma vez que existem inúmeras possibilidades para o desenvolvimento de ações colaborativas que substituem as ações competitivas por ações cooperativas, horizontalizando a organização empresarial. As coletividades interorganizacionais são, assim, organizações horizontalizadas de cooperação.

Para as relações econômicas coletivas alcançarem os objetivos e benefícios comuns, ou seja, coletivos, as suas conexões constituintes devem ser “colaborativas” e “cooperativas”. Segundo Balestrin e Verschoore (2016):

[...]a cooperação entre organizações emerge como consequência de agentes individuais buscando equilibrar interesses individuais e coletivos; isto é, as empresas colaboram entre si visando a ganhos que não poderiam obter de forma isolada. E esta cooperação pode ocorrer inclusive entre empresas concorrentes.

Child, Faulkner e Tallman (2005) referem que as organizações realizam seus objetivos via cooperação com outras organizações, em vez de apenas competirem e concorrerem. Enquanto a estratégia competitiva está preocupada com a questão de como uma empresa pode obter vantagem sobre seus concorrentes, a estratégia cooperativa busca angariar vantagens a partir da cooperação entre concorrentes.

Realmente, não há motivo para formatar coletivos interempresariais cujas conexões constituintes (relações *interna corporis*) reflitam relações econômicas competitivas e concorrenciais. Nesse caso, as redes simplesmente se desintegrariam e voltariam ao *status quo*: o livre mercado. As organizações em formato de rede coo-

peram internamente para competir no livre mercado, que é o seu exterior.

Ainda faz-se necessário atentar ao fato de que “coletividades empresariais” não “cooperam” aleatoriamente. É preciso organização, ou melhor, “coordenação”, justamente em razão de não haver aleatoriedade em coletividades cooperadas. Entende-se que a coordenação, nas organizações em formato de rede, é composta por governança e gestão. Wegner (2019, p. 124) refere que:

Governança e gestão representam dois pilares fundamentais para o desenvolvimento e a consolidação de uma rede, aliança ou parceria. Enquanto a governança representa as regras de operação da rede, a gestão consiste na definição de estratégias, estruturas e processos que conduzem as redes aos resultados coletivos.

Locke (2001) entende que as redes alcançam seus objetivos a partir do campo organizacional. Elas reúnem atributos que permitem uma ação mais forte no ambiente competitivo, em uma estrutura dinâmica. Essa ação é uniforme entre os participantes, porém descentralizada e flexível, possibilitando o ganho de escala a partir da união.

Bortolaso *et al.* (2012), por sua vez, esclarecem que a coordenação das redes envolve a adoção de instrumentos contratuais e de mecanismos que regulamentam, protegem e estabilizam a ação coletiva. Esses instrumentos e mecanismos são complexos e formatam a abertura do sistema para o seu ambiente, onde enfrentará a contingência econômica e captará o que lhe for útil para seguir evoluindo.

Conforme Bakken, Hernes e Wiik (2009), a coordenação de uma rede deve fomentar os benefícios que a estratégia coletiva tem a potencialidade de gerar, pois é justamente pelos benefícios que representam que as redes são modelos de ação econômica. Ao encontro disso, Provan e Kenis (2008), ao analisarem a coordenação (governança e gestão) das redes organizacionais e o seu impacto sobre a eficácia do empreendimento coletivo, defendem que as vantagens da coordenação são mensuráveis, incluindo, por exemplo, a aprendizagem reforçada, o uso mais eficiente dos recursos, o aumento da capacidade para planejamento de ações e resolução de problemas e a maior capacidade competitiva.

Ademais, ressalta-se que as redes contratuais devem ser vistas como espécies de “contratos híbridos” ou “contratos relacionais”. Tal afirmação tem peso teórico significativo para o entendimento das redes contratuais.

2.2 Quadro comparativo entre relações contratuais lineares e relações contratuais em rede

No Quadro 1, a seguir, consta um comparativo entre os principais institutos das relações contratuais “lineares” e das relações contratuais em formato de “rede”.

Quadro 1 – Comparativo entre os principais institutos das relações contratuais “lineares” e das relações contratuais em formato de “rede”

Relações contratuais lineares, verticais e de curto prazo (instantâneas)	Relações contratuais em rede, horizontais e de longo prazo (relacionais)
<ul style="list-style-type: none">– Individualidades de interesses– Relações de competição	<ul style="list-style-type: none">– Coletividades de interesses– Relações de cooperação– Obrigação de coordenação
Díade: individualismo/competição	Triade: coletivismo/cooperação/coordenação

Fonte: os autores.

Tal comparativo permite concluir que a confiança possui um grau de incidência muito maior nas relações contratuais em formato de rede do que nas relações contratuais lineares. Independentemente do tipo de relação, em termos de direito contratual, a confiança diz respeito à proteção da legítima expectativa. Nos contratos lineares, a expectativa é de que cada contratante cumpra com suas principais obrigações contratuais, que são identificadas como “dar” (contrato de compra e venda e desdobramentos) ou “fazer” (contrato de prestação de serviço e desdobramentos), em perspectiva individualista e atomizada. Nas redes contratuais, “cooperar” e “coordenar” são as obrigações contratuais principais, oriundas da confiança no ente “coletivo” que cada rede contratual institucionaliza (NORTH, 1991).

2.3 Síntese: evolução gerencial e exploração do mercado

Posto que os contratos lineares compõem quase a totalidade da história dos contratos, cuja origem remete ao período significativamente anterior à Roma Antiga, e que as redes contratuais são fenômenos recentes, desenvolvidos com as duas primeiras revoluções industriais, mas tornados exponenciais com a terceira e a

quarta⁵⁸, entende-se que a evolução gerencial das operações econômicas é recente em perspectiva jurídica, tendo em vista os tipos de contratos vigentes no mercado. Nos últimos duzentos anos, uma diferenciação operacional-funcional de caráter gerencial passou a se inserir de forma marcante no mercado, já que as redes contratuais se formam e se desenvolvem por comunicação (gerenciamento) tecnológica. Nesse sentido, Castells (2007) refere que a economia em rede não surgiu da tecnologia da informatização, mas se tornou exponencial em face dela.

Destaca-se, ainda, que a exploração do mercado pode ser feita por diferentes regimes jurídicos. No momento em que a empresa está individualmente no mercado, as demais empresas são concorrentes. Todavia, se a empresa está no mercado a partir de uma organização contratual (rede contratual), nem todas as empresas são concorrentes; são sistemas interempresariais com regime jurídico coletivo, cooperativo e coordenativo, cuja confiança representa a legítima expectativa que tal regime jurídico faz expandir.

3 A CONFIANÇA EM TERMOS ORGANIZACIONAIS

A literatura organizacional faz rica análise da relação entre confiança e organização. Para começar, crê-se importante para o direito empresarial compreender a distinção entre “organização” e “empresa”. Enquanto a empresa é o todo, a organização é parte desse todo, ou seja, é uma “função administrativa”. Fayol (1990) aponta seis funções fundamentais de administração de negócios: as funções técnicas (relacionadas com produção de bens ou de serviços da empresa); as funções comerciais (relacionadas com compra, venda e permutação/troca); as funções de segurança (relacionadas com proteção e preservação dos bens e das pessoas); as funções contábeis (relacionadas com inventários, registros, balanços, custos e estatísticas); e as funções administrativas (organizadoras das demais cinco funções da empresa). Vê-se que é a função administrativa que organiza a empresa, sendo exatamente essa função que o direito dos contratos interempresariais deve focar.

3.1 A confiança como princípio organizador da empresa: estrutura e mobilização

58 Para mais detalhes sobre a terceira revolução industrial, consultar a obra de Manuel Castells intitulada *A sociedade em rede: do conhecimento à política*, em especial os três primeiros capítulos. Já a quarta revolução industrial remete à indústria 4.0 e à economia de plataforma.

McEvily, Perrone e Zaheer (2003), no artigo *Trust as an organizing principle*, desenvolveram a noção de confiança como um princípio organizador. O propósito fundamental das organizações é atingir objetivos econômicos, que dependem de esforços coordenados de atores que naturalmente possuem objetivos e subjetividades próprios. Gerenciar essa interdependência de incertezas comportamentais constitui um desafio-chave, de modo que os princípios organizadores são:

[...] uma maneira de resolver o problema da interdependência e da incerteza. Um princípio de organização é a lógica pela qual o trabalho é coordenado e as informações são coletadas, disseminadas e processadas dentro e entre as organizações (Zander e Kogut 1995). Um princípio de organização representa uma heurística de como os atores interpretam e representam informações e como selecionam comportamentos e rotinas apropriados para ações de coordenação. (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER, 2003, p. 92).

São exemplos de princípios organizadores o mercado, a hierarquia, os preços, as normas e a confiança. Esses princípios, que, por mecanismos próprios, orientam, permitem e restringem o comportamento econômico, podem atuar em separado ou em conjunto.

Dirks e Ferrin (2001) apontam duas formas pelas quais a confiança influencia o comportamento organizacional. Uma delas ocorre quando a confiança causa “efeito direto” sobre fenômenos organizacionais importantes, como comunicação, conflitos, negociação, satisfação e desempenho, levando a atitudes mais positivas, níveis mais elevados de cooperação e níveis superiores de desempenho. Nesse caso, o aumento na confiança leva a processos empresariais melhores e a um desempenho também superior.

Ao encontro disso, Jones e George (1998) evidenciam o papel da confiança e suas implicações para a cooperação e o trabalho em equipe. A confiança é determinada pela interação entre valores, atitudes, humores e emoções das pessoas, sendo passível de evolução e mudança ao longo do tempo. Constitui, assim, um componente importante do desempenho organizacional e uma vantagem competitiva.

A outra forma acontece quando a confiança causa “efeito indireto”, de maneira apenas a facilitar os efeitos de outros determinantes sobre os resultados perseguidos. Nessa situação, a confiança não propicia diretamente os resultados perquiridos, mas fornece “condições” para que esses resultados se efetivem, ou seja, cria e

aprimora condições de entendimento, que, por sua vez, repercutem como comportamento organizacional cooperativo e coordenado (DIRKS; FERRIN, 2001).

Mayer, Davis e Schoorman (1995) e Rousseau *et al.* (1998) seguem essa linha de raciocínio, entendendo a confiança como postura de aceitação da vulnerabilidade em face das expectativas positivas sobre as intenções ou os comportamentos do outro. Para acreditar no outro contratante, é preciso tornar-se vulnerável, de modo que a confiança constitui uma expectativa positiva sobre os motivos e as intenções do outro.

Em um grande hiato de sentidos que separa as posturas de segurança e de vulnerabilidade, a confiança faz-se presente, mediando a postura contratual orientada para uma ampla possibilidade de comportamentos – distintos dos clássicos comportamentos contratuais de proteção/competição. McEvily, Perrone e Zaheer (2003) entendem que a confiança orienta (efeito indireto) a organização por meio de duas vias causais principais: estruturação e mobilização. Essa lógica conceitual explica como e por que os elementos da organização se combinam.

Estruturação significa:

[...] desenvolvimento, manutenção e modificação de um sistema de posições relativas e ligações entre os atores situados em um espaço social. O resultado é uma rede de padrões de interação estáveis e contínuos, tanto formais (por exemplo, rotinas e unidades organizacionais) quanto informais (por exemplo, cliques e coalizões). A estruturação também cria estratificação social que produz status, poder e conhecimento diferenciais. (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER, 2003, p. 94).

E mobilização significa:

[...] o processo de conversão de recursos em atividades finalizadas realizadas por atores interdependentes. Os recursos, tanto materiais como não materiais (como tempo, esforço, atenção e conhecimento), são descentralizados e desigualmente distribuídos entre os atores. Mobilizar envolve motivar os atores a contribuir com seus recursos, combiná-los, coordená-los e usá-los em atividades conjuntas e direcioná-los para a realização dos objetivos organizacionais. A mobilização de resultados na ação organizacional e, argumentamos,

influencia os caminhos pelos quais tais ações surgem. (MCEVILY; PERRONE; ZAHEER, 2003, p. 97).

Dirks e Ferrin (2001) apresentam, ainda, duas proposições sobre os efeitos indiretos da confiança: a) a confiança modera a relação entre os construtos motivacionais e os comportamentos e resultados organizacionais; e b) a confiança modera a relação de ação e resposta entre parceiros econômicos. Assim, a confiança enquanto geradora de efeitos indiretos na organização é caracterizada como um princípio organizador da empresa, e a organização da estruturação e da mobilização da empresa é função administrativa empresarial. Sem essa função, a empresa não prospera em toda a sua potencialidade.

3.2 Os efeitos da confiança interorganizacional no desempenho empresarial

Zaheer, McEvily, Perrone e Zaheer (2003) explicam que a confiança nas relações de troca interorganizacionais é de suma importância, definindo a confiança interorganizacional como a extensão da confiança depositada na organização parceira pelos membros da outra organização parceira. Além disso, a confiança organizacional é entendida como a previsibilidade nas expectativas de alguém sobre o comportamento de outrem, não se tratando de uma convicção, mas de uma expectativa. Esse tipo de confiança é baseado em três componentes – confiabilidade, previsibilidade e justiça – e repercute de três maneiras – fomentando desempenho, intermediando negociações e mediando conflitos.

Harris (2006) refere que está cada vez mais evidente que a confiança interorganizacional constitui um fator importante que afeta as ações e o desempenho das organizações. Especificamente em relação às redes contratuais, a confiança é reconhecida como um elemento importante do capital social e é invocada como a lógica para os benefícios de redes coesas. A densidade dos laços da rede social está positivamente relacionada à confiança interfirmas, e muitos efeitos da rede dependem de mecanismos de confiança.

Larson (1992), por sua vez, aduz que a confiança interorganizacional tem efeitos positivos sobre a governança das redes de empresas. Com o tempo, à medida que relacionamentos de confiança se desenvolvem entre os parceiros, os contratos formais se tornam cada vez menos importantes. As empresas engajam-se em relacionamentos relativamente estáveis e sustentáveis, caracterizados por

normas de confiança e reciprocidade, transações múltiplas e alto grau de cooperação e colaboração.

Já McEvily e Zaheer (2004) desenvolvem o tema da confiança como algo a ser projetado e construído propositadamente: os “arquitetos da confiança” desempenham um papel vital de facilitadores das redes empresariais em aglomerados geográficos, onde as empresas colaboram e competem simultaneamente. Os facilitadores de rede criam confiança a partir de ações específicas, tais como identificação de interesses compartilhados, desenvolvimento de expectativas comuns, aproveitamento de uma massa crítica de influência e compressão de redes no espaço físico e no tempo.

Vangen e Huxham (2003) referem que muitas organizações buscam vantagem operacional e econômica a partir da relação colaborativa (parcerias), mas, como essas colaborações são difíceis de gerenciar, existe uma grande probabilidade de resultados adversos. Para que essa busca seja bem-sucedida, a relação interempresarial necessita de um contínuo desenvolvimento de processos colaborativos, o que, por si só, possui uma complexidade relevante em termos gerenciais.

Nesse sentido, a literatura sugere três aspectos fundamentais para a gestão da confiança: formação de expectativas, assunção de riscos e vulnerabilidade. As teorias sobre a confiança baseiam-se na noção de interdependência entre a parte que confia e a parte em que se confia, de modo que a confiança remete à capacidade de formar expectativas sobre os objetivos e comportamentos futuros dos parceiros em relação a esses objetivos. Ademais, o conceito de risco (medo de que um parceiro aja oportunisticamente) é central para a noção de confiança, fazendo com que confiança e risco formem uma relação recíproca: a confiança leva à assunção de riscos, e, desde que as expectativas iniciais se materializem, a assunção de riscos reforça a confiança. Tomados em conjunto, os argumentos sobre expectativas, risco e vulnerabilidade indicam que desenvolver confiança é um processo cíclico.

3.3 Síntese: o *continuum* da confiança interna e a confiança interorganizacional

A confiança constitui um princípio organizador da empresa, ou seja, uma maneira de resolver o problema da interdependência e da incerteza empresarial. Constitui, ainda, a lógica pela qual o trabalho é coordenado dentro e entre as organizações, representando uma heurística de como os atores interpretam informações e se comportam nas rotinas e nos processos empresariais.

Sabe-se, além disso, que a confiança influencia o comportamento organiza-

cional direta e indiretamente. No primeiro caso, a confiança leva a melhores processos e desempenho empresariais. No segundo caso, a confiança cria e aprimora condições de entendimento, que, por sua vez, repercutem como comportamento organizacional cooperativo e coordenado.

No que concerne à confiança na relação interempresarial, pode-se afirmar que se trata de uma extensão da confiança depositada na organização parceira pelos membros da outra organização parceira. A confiança é entendida, nesse caso, como uma expectativa baseada em três componentes (confiabilidade, previsibilidade e justiça), atuando como impulsionador de desempenho, negociação e conflito de troca. É um fator importante que afeta as ações e o desempenho das organizações, constituindo elemento importante do capital social e sendo invocada como a lógica para os benefícios de redes coesas.

Em ambas as perspectivas, interna e externa à empresa, a confiança determina o desempenho operacional dos eventos econômicos. Para aquelas empresas que atuam no mercado a partir de redes contratuais, a máxima eficiência será conseguida quando a confiança estiver arraigada no comportamento interno da organização e no comportamento exterior da organização, ou seja, nas suas práticas gerenciais hierárquicas e nas práticas gerenciais das redes contratuais às quais está conectada (seja como coordenadora, seja como coordenada). Para as redes contratuais, a confiança torna-se um duplo problema de eficiência empresarial, o que demonstra seu grau de complexidade. Afinal, se as redes contratuais são estratégias organizacionais, reputa-se que essa estratégia tenha sua própria complexidade, conforme referido na seção 1.1, quando se falou em dimensão coletiva das redes contratuais.

4 A CONFIANÇA DO DIREITO EM TERMOS SOCIOLÓGICOS

A sociedade é o sistema geral composto por subsistemas, como o econômico, o jurídico e o educacional, sendo todos constituídos de comunicação. A função do (sub)sistema jurídico é promover a manutenção da (mínima) ordem social (LUHMANN, 2016). Conceitos como dupla contingência, expectativas normativas e cognitivas e dimensões temporal, material e social são essenciais para entender como conferir congruência ao Direito. Vejamos abaixo esses conceitos.

4.1 A função do sistema jurídico, a identificação de expectativas comportamentais e a congruência de sentidos

Luhmann (2016) expõe que o sistema jurídico tem uma função principal e várias subfunções. Para chegar à identificação dessa função principal, questiona-se qual problema da sociedade é resolvido pelo Direito.

O problema temporal está alocado na função principal do Direito. Deve-se estabilizar as expectativas comportamentais, e uma forma de fazer isso é identificando sentidos invariáveis. Há condensação e confirmação de sentidos, o que prepara a sociedade para enfrentar e até mesmo conformar o futuro e pode ser realizado por meio da simbologia das normas. As normas jurídicas, dessa forma, constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas que expressam os sentidos sociais. Apesar da contínua evolução social, as normas estabilizam os sentidos em um exercício contrafático (por mais que os fatos neguem a norma, a norma segue válida).

O conceito de dupla contingência auxilia a entender como a função do sistema jurídico é exercida. Durante a comunicação, os indivíduos geram expectativas sobre as expectativas dos demais indivíduos quanto às infinitas possibilidades comportamentais, de modo que *ego* e *alter ego* entram em um jogo de recíproca antevisão do comportamento do outro, ponto em que atua o sistema jurídico, na tentativa de resolver essas incertezas do trato social. Assim, a dupla contingência faz exsurgir no seio social a necessidade de estabilização de expectativas. E o Direito desempenha essa função de generalizar de forma congruente as expectativas normativas, reduzindo a complexidade social (LUHMANN, 1983).

Ressalta-se, ainda, que apenas as expectativas normativas passam pelo crivo do Direito⁵⁹. Existem outras expectativas, as cognitivas, que são aquelas que se adaptam à realidade em caso de desapontamento (LUHMANN, 1983). Por exemplo, se alguém não dá bom-dia a um vizinho quando o encontra na porta de casa para ir ao trabalho, nada cabe ao Direito fazer, pois essa não é uma expectativa normativa. Contudo, se alguém agredir seu vizinho, o Direito tem muito a fazer, pois a expectativa normativa é de que as pessoas não se agriam.

Para que uma expectativa seja normativamente generalizada, deve haver congruência em três dimensões: temporal, social e material (prática). A congruência é importante para que o Direito não “invente” a sociedade. Assim, questiona-se,

59 Aqui encontramos uma diferença entre norma e Direito segundo Luhmann.

por exemplo, se uma lei que permitisse a ofensa física (legítima defesa) em caso de *bullying* seria congruente com o que se passa em sociedade e com o que a própria sociedade entende sobre a questão.

A dimensão temporal diz respeito à normatização propriamente dita das expectativas. Já a dimensão social concerne à aceitação social e ao consenso esperado de terceiros (suposições fictícias do consenso), aspectos que são presumidos e que ocorrem por meio de mecanismos de institucionalização. E a dimensão material (prática), por sua vez, remete ao conteúdo das expectativas que devem estar estabelecidas materialmente na sociedade, identificando-se sentidos idênticos, uma inter-relação de confirmações e limitações recíprocas. A função do sistema jurídico consiste na seleção de expectativas comportamentais congruentes nas três dimensões de sentido (LUHMANN, 1983).

A partir da generalização congruente das expectativas normativas nas três dimensões de sentido, o sistema jurídico gera confiança social. Ao encontro disso, Almeida (2017) refere que a confiança do sistema do Direito garante limites para o exercício da discricionariedade na aplicação da norma.

O Direito tem a função de estabilizar coerentemente as expectativas comportamentais, e é a partir dessa função principal que florescem subfunções (LUHMANN, 1983). O argumento verte agora para a identificação das expectativas normativas relacionadas às redes empresariais e à sua coerência jurídica.

4.2 Expectativas comportamentais em nível de rede e interpretação das preliminares das disposições gerais dos contratos em geral do Código Civil

Conforme quadro comparativo apresentado na seção 1.2, as relações prototípicas no modelo da compra e venda (troca) são lineares, verticais, de curto prazo e instantâneas, caracterizando-se pela individualidade de interesses e pelas relações de competição. Já as relações prototípicas no modelo de rede são horizontais, de longo prazo e relacionais, caracterizando-se pela coletividade de interesses, pelas relações cooperadas e pelas obrigações de coordenação. As expectativas comportamentais nas redes contratuais giram em torno desses três critérios – “coletividade”, “cooperação” e “coordenação” –, que precisam ser compreendidos em termos organizacionais e jurídicos de forma congruente.

Nas linhas abaixo esses três critérios serão relacionados com os artigos 421 a 424 das Preliminares das Disposições Gerais dos Contratos em Geral do Código Civil.

4.2.1 Na seção 1.1, explicou-se que o “coletivismo” é uma estratégia econômico-organizacional que leva a objetivos e benefícios comuns. Ao passo que a tradicional estratégia individual trata da obtenção de vantagem sobre a concorrência, a estratégia coletiva trata da obtenção de vantagem a partir da cooperação com aqueles tradicionalmente tidos por concorrentes. Se há interesses coletivos envolvidos, há função social do contrato.

Martins-Costa (2005), tratando da função social do contrato disposta no artigo 421 do Código Civil, observa que as obrigações contratuais foram pensadas pelo Direito das obrigações a partir do protótipo de compra e venda (troca) enquanto contrato padrão, de modo que as relações obrigacionais passaram a ser pensadas como relações entre dois polos vinculados por um laço de subordinação. Por essa razão, não se pensa na eficácia de contratos para além de um vínculo bilateral que une indivíduos isolados, cujos interesses são contrapostos. Entretanto,

[...] importante grupo de casos diz respeito à consideração da eficácia na esfera de terceiros determinados, hipótese que, na Itália e na França, também derivou da construção jurisprudencial. Seu fundamento bifurca-se em explicação sociológica (fundada no fenômeno social da interdependência cujas manifestações são tão diversas quanto conhecidas) e jurídica. Sob esse último ponto de vista, a consideração da eficácia de um contrato na esfera jurídica de terceiros, ou em outros contratos, está na continuidade e na interferência entre esferas de interesse, que se congregam, em múltiplas esferas na vida de relações contratuais, por forma a impor aos gestores das “esferas contíguas” limites internos que, na convivência ordenada e civil, descendem da socialidade (MARTINS-COSTA, 2005, p. 54).

Martins-Costa (2005, p. 56) exemplifica a dimensão transubjetiva com as redes contratuais, as mais diversas formas de parcerias, as associações estratégicas e outros contratos com interdependência funcional. É essa dimensão transubjetiva da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil) para formas contratuais de rede que interessa aqui.

4.2.2 A “cooperação”, por sua vez, representa a relação *interna corporis* das redes. Entende-se que o princípio da boa-fé objetiva, disposto no artigo 422 do

Código Civil, faz nascer deveres de cooperação e proteção.

Martins-Costa (2018, p. 574) refere que “O dever de cooperação é tradicionalmente conotado ao princípio da boa-fé” e que sua finalidade é alcançar o adimplemento satisfatório. Entretanto, a boa-fé não se destina apenas ao adimplemento satisfatório, principalmente quando se trata de relações organizacionais em formato de rede.

Magalhães e Sanchez (2009), sob a perspectiva autopoietica, definem as redes como sistemas gerados por um processo fechado de cooperação, que tende a se autorreproduzir por meio da interação de seus próprios componentes (autorreferência cooperativa). Sob o ponto de vista institucionalista, Macedo Júnior (2007) refere-se à confiança existente no interior dos sistemas empresariais cooperados e afirma que uma grande gama de expectativas de cooperação faz parte dos contratos relacionais – dentro desse gênero, encontram-se as relações contratuais em formato de rede.

Forgioni (2010), citando a doutrina francesa, cita a existência de *affectio cooperandi* nas redes de distribuição. Couto (2015, p. 32), por sua vez, menciona que existem relações jurídicas em que a cooperação se manifesta em sua plenitude, “[...] como nas de sociedades, em parte nas de trabalho e, primordialmente, na comunidade familiar [...]”, em que se trata mais do que simplesmente considerar o outro. Acrescem-se ao argumento do grande mestre as relações contratuais em formato de rede.

Já os deveres de proteção advindos do princípio da boa-fé objetiva estão também dispostos no Código Civil por normas hermenêuticas de proteção dos contratantes aderentes: artigos 423 e 424. Frise-se que a quase totalidade das relações contratuais em rede são adesivas, ou seja, os aderentes às redes não têm possibilidade de discutir e modificar as cláusulas dos contratos, até por motivos de padronização da rede. Para situações como essas a proteção do contratante aderente é de suma importância, e por isso o legislador previu que nos contratos de adesão *a*) as cláusulas ambíguas ou contraditórias deverão ser interpretadas mais favoravelmente ao aderente (artigo 423 do Código Civil) e que *b*) são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (artigo 424 do Código Civil) (BRASIL, 2002).

4.2.3 E as coletividades empresariais não cooperam aleatoriamente, pois requerem “coordenação”, representada pela governança (regras operacionais) e pela gestão (definição de estratégias), dois pilares fundamentais para o desenvolvimen-

to e a consolidação de uma rede. Martins-Costa (2018) explica que a probidade, disposta também no artigo 422 do Código Civil, orienta axiologicamente a boa-fé, determinando a correção da conduta, isto é, o seu direcionamento ético. Nesse sentido, pode-se afirmar que Martins-Costa considera a probidade uma qualificação da boa-fé. De forma semelhante, o entendimento da probidade enquanto qualificação da boa-fé é desenvolvido na temática da improbidade administrativa (Lei n. 8.429/1992, Lei de Improbidade Administrativa) (BRASIL, 1992). No âmbito administrativo, a probidade tem relação com deveres “específicos” do cargo público. Já a moralidade, princípio mais abrangente, tem relação com deveres “gerais” do cargo público (OSÓRIO, 1998).

No âmbito do Direito Público, probidade e moralidade administrativas são institutos diversos e possuem, conseqüentemente, funções diversas na disciplina de Direito Administrativo. A proposta aqui é, no âmbito do Direito Privado, diferenciar probidade de boa-fé. Para isso, busca-se, em Martins-Costa (2018), o ponto em comum que difere probidade de moralidade e probidade de boa-fé. A autora refere, por exemplo, que no cenário internacional os textos doutrinários indicam o princípio da boa-fé sendo utilizado “[...] como ‘instrumento de moralização das relações econômicas’ (isto é: como sanção à má-fé) [...]” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 319).

Martins-Costa (2018) aponta, ainda, que a boa-fé e a moralidade são conceitos que andam juntos⁶⁰. Neste ensaio, entende-se que probidade e moralidade também são noções que andam juntas. Para as organizações em formato de rede, defende-se que a probidade tem relação com deveres específicos de coordenação da coletividade que coopera (ou de coordenação da moralidade coletiva). Enquanto a boa-fé é um instrumento de moralização das relações econômicas, a probidade é um instrumento de especialização das relações econômicas.

Diante disso, já é possível compreender a importância do responsável por coordenar (no sentido de gestão e governança) as redes contratuais, como as franquias ou as plataformas digitais organizadas em rede. Em redes contratuais, o franqueador ou a empresa proprietária da plataforma são os responsáveis pelos prejuízos causados à rede em caso de má coordenação (considerada a coletividade de indivi-

60 “O que indicam os textos doutrinários é que, no cenário internacional, o princípio da boa-fé é utilizado ora como via para assegurar a relevância da prática e dos usos, assegurando a previsibilidade dos comportamentos; ora direciona a soluções previamente postas no sistema, oferecendo um fundamento a que tal ou qual instituto seja convocado como solução ao caso; ora é visto como ‘instrumento de moralização das relações econômicas’ (isto é: como sanção à má-fé); ora é equiparado à equidade (comportando o risco de permitir um julgamento por equidade nas ocasiões em que tal não seria permitido)” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 319-320).

dualidades que a compõem). A jurisprudência, inclusive, tem mandado indenizar danos morais quando problemas decorrentes da má coordenação de rede causam prejuízos excedentes aos aderentes, como é possível observar na Apelação Cível n.º 70079955050, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgada em 12 de dezembro de 2019:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA (FRANCHISING) CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CULPA DA EMPRESA FRANQUEADORA. PROVA. EXISTÊNCIA. EXIGÊNCIA UNILATERAL DE ALTERAÇÃO DO PONTO COMERCIAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. LUCROS CESSANTES. DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. SUCUMBÊNCIA RECURSAL. RESCISÃO CONTRATUAL: Comprovado nos autos que o desfazimento do negócio ocorreu por culpa exclusiva da empresa franqueadora, que exigiu alteração do ponto comercial no qual a empresa franqueada estava se instalando, mesmo após ter participado ativamente do processo de escolha do ponto comercial original. Obrigação da franqueadora de dar suporte técnico a empresa franqueada, nos termos do art. 2º da Lei 8.955/94, e conforme estabelecido na Circular de Oferta de Franquia. Recurso não provido. [...] DANOS MORAIS: Os fatos narrados autorizam indenização pelo inquestionável dano moral sofrido, não podendo este ser tratado apenas como descumprimento contratual, quando a quebra do contrato gerou evidente frustração da autora que sequer deu início a atividades de seu empreendimento, somado este fato ao expressivo valor desembolsado entre custos com taxa de franquia e demais gastos [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2019).

E, para as organizações em formato de rede mais horizontais que as redes de franquia, como é o caso das associações comerciais, ainda assim, acredita-se haver o dever de coordenação e a responsabilidade pelos prejuízos causados decorrentes desse dever mal cumprido. Martins-Costa (2018, p. 309) refere que o Direito Empresarial tem a peculiaridade de ser demasiadamente influenciado pela prática:

[...] que condiciona o sentido da boa-fé, apresentando-a em conformidade com o standard da probidade específica [...] Assim, devendo ser concretizada em imediata ligação com os usos do tráfico e com o ambiente do mercado, nesse campo adquire o princípio da boa-fé tons e cores modulados por uma paleta de significações advindas do viés confiança em seus matizes: a confiança como confiabilidade ou credibilidade [...] e a confiança como previsibilidade necessária para o cálculo do investidor, sócio, ou empresário para poder mensurar o risco, apresentando-se especialmente, então, como elemento da segurança jurídica. A confiança é, como bem aponta Anna Lygia Costa Rego, elemento no processo decisório do investidor, espinha dorsal das transações econômicas tanto em seu viés de credibilidade quanto em suas repercussões na segurança das transações.

Concorda-se, portanto, com a perspectiva de que a probidade é um *standard* específico, que gera confiança e credibilidade e que, no caso das organizações em formato de rede, diz respeito à coordenação do evento coletivo cooperado. Os atores econômicos, pessoas jurídicas (franqueado, distribuidor e lojista) ou naturais (motoristas de aplicativos de transporte como a Uber e a 99 ou proprietários de imóveis de locação por aplicativo como a Airbnb), que aderem às organizações em formato de rede esperam que a coordenação siga o objetivo comum da organização, trazendo vantagens a todos que a compõem. É, assim, a crença nos objetivos comuns que gera confiança e credibilidade no interior das organizações em formato de rede.

4.3 Síntese: congruência de sentidos

A função do (sub)sistema jurídico é manter a (mínima) ordem social, o que é feito por meio da estabilização coerente das expectativas comportamentais em três dimensões de sentido: temporal, material e social. Para tanto, os três critérios que caracterizam as redes contratuais – coletivismo, cooperação e coordenação – devem ser entendidos para que possam ser incorporados na interpretação das Preliminares das Disposições Gerais dos Contratos em Geral do Código Civil – artigos 421 a 424 do Código Civil Brasileiro.

Enquanto o coletivismo está identificado com a função social do contrato disposta no artigo 421 do Código Civil, a cooperação e a coordenação estão identi-

ficadas com a probidade e a boa-fé objetivas, respectivamente, dispostas no artigo 422 do mesmo *Codex*.

5 CONCLUSÃO

A confiança consiste em um princípio que atua sob as mais diversas dimensões sociais. Na perspectiva jurídica, a confiança tutela a legítima expectativa decorrente do tráfego contratual, tráfego esse que é distinto nas relações contratuais lineares (contrato de compra e venda e contrato de prestação de serviços) e nas relações contratuais em rede (franquia empresarial, representação comercial, concessão comercial, distribuição, economia de plataforma – Uber, Rappi, Loggi, Airbnb, Triider, Cargo X – etc.). Os tráfegos contratuais lineares e em rede distinguem-se por uma díade e uma tríade de critérios: enquanto as lineares seguem critérios de ação individualistas e competitivos, os em rede seguem critérios de ação coletiva, cooperada e coordenada.

Na perspectiva gerencial “empresarial”, a confiança é tida como um princípio organizador (organização *interna corporis*), que permite à empresa se tornar eficiente para se lançar em relações lineares. Já na perspectiva gerencial “interempresarial”, a confiança é tida como um princípio governamental, que irradia confiabilidade, previsibilidade e justiça nas relações em rede, pois a formação de expectativas importa na assunção de riscos e de vulnerabilidade.

Em termos de responsabilidade contratual, na perspectiva gerencial “empresarial”, a falta de confiança gera desorganização empresarial-operacional (desorganização *interna corporis*), e o prejuízo advindo dessa desorganização importará apenas aos empresários organizadores de suas próprias empresas. Na perspectiva gerencial “interempresarial”, por sua vez, a falta de confiança gera desorganização da coletividade empresarial (desorganização da rede), e o prejuízo advindo disso importará a todos os agentes econômicos da rede, sejam aqueles que organizam as redes, sejam aqueles que simplesmente aderem às redes e se submetem à organização em rede.

Tendo isso em vista, o que está em jogo é a responsabilidade pelo descumprimento de obrigação contratual em nível de rede. Quais as responsabilidades de estar em rede? Para obter resposta a essa pergunta, deve-se entender a função que cada agente econômico desempenha na rede. Deve-se entender qual agente econômico é responsável por fomentar e manter a organização da rede, bem como a quem a organização da rede deve beneficiar, pois, se o empreendimento é coletivo,

a eficiência econômica deve ser coletiva.

Como é possível notar, a partir da literatura organizacional, a confiança pode alcançar sentidos jurídicos até então inexplorados, tais como obrigação organizacional (obrigações específicas de quem organiza e de quem se submete à organização), eficiência coletiva, tratamento justo da vulnerabilidade (proibição de se aproveitar da posição superior na rede para angariar vantagem econômica), entre outros aspectos que somente o conhecimento operacional (gerencial) é capaz de ilustrar e então apoiar o desenvolvimento de uma teoria jurídica das redes contratuais.

Para tanto, a leitura dos artigos 421 a 424 do Código Civil, que dispõem sobre as disposições gerais dos contratos, precisa estar devidamente contextualizada, ou seja, associada a conhecimentos práticos e sociais sobre o relacionamento em rede, conhecimentos esses que se encontram na literatura organizacional. Tal questão se mostra necessária porque o desenvolvimento racional transdisciplinar é fundamental nas ciências humanas para buscar um entendimento mais holístico ou congruente sobre os fenômenos sociais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. G. V. de. (Des)confiança sistêmica e o direito como generalizador congruente de expectativas normativas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 54, n. 213, p. 241-264, jan./mar. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p241. Acesso em: 16 out. 2022.

BAKKEN, T.; HERNES, T.; WIIK, E. Innovation and organization: an overview from the perspective of Luhmann's autopoiesis'. In: MAGALHÃES, R.; SANCHEZ, R. (ed.). **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009. p. 69-88.

BALESTRIN, A.; VERSCHOORE, J. **Redes de cooperação empresarial: estratégias de gestão na nova economia**. Porto Alegre: Bookman, 2016.

BORTOLASO, I. *et al.* Estratégias cooperativas: avaliando a gestão da estratégia em redes de pequenas e médias empresas. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**, São Paulo, v. 14, n. 45, p. 419-437, out./dez. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbgn/a/bPPmsrDHN696KjHFCKcR58g/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 4.886, de 9 de dezembro de 1965. Regula as atividades dos representantes comerciais autônomos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 dez. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4886.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 nov. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6729.htm#:~:text=Art%20.,nela%20previstas%20e%20disposi%C3%A7%C3%B5es%20contratuais. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.966, de 26 de dezembro de 2019. Dispõe sobre o sistema de franquia empresarial e revoga a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13966.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

CASTELLS, M. **A era da informação**: economia, sociedade e cultura. Porto: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CHILD, J.; FAULKNER, D.; TALLMAN, S. **Cooperative strategy**. Oxford: Oxford University Press, 2005.

COUTO, Clóvis V. *et al.* **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

DIRKS, K. T.; FERRIN, D. L. The role of trust in organizational settings. **Organization Science**, [s.l.], v. 12, n. 4, p. 450-467, 2001. Disponível em: https://econpapers.repec.org/article/inmorsc/v_3a12_3ay_3a2001_3ai_3a4_3ap_3a450-467.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

FAYOL, H. **Administração industrial e geral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

FORGIONI, P. A. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HARRIS, A. Z. Interorganizational trust. *In*: SHENKAR, O.; REUER, J. (ed.). **Handbook of strategic alliances**. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2006. p. 169-197.

JONES, G. R.; GEORGE, J. M. The experience and evolution of trust: implications for cooperation and teamwork. **Academy of Management Review**, [s. l.], v. 23, n. 3, p. 531-546, jul. 1998. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/259293>. Acesso em: 16 out. 2022.

LARSON, A. Network dyads in entrepreneurial settings: a study of the governance of exchange relationships. **Administrative Science Quarterly**, [s. l.], v. 37, n. 1, p. 76-104, mar. 1992. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2393534>. Acesso em: 16 out. 2022.

LOCKE, R. M. Construindo confiança. **Econômica**, [Rio de Janeiro], v. 3, n. 2, p. 253-281, 2001.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, N. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MACEDO JR, R. P. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAGALHÃES, R.; SANCHEZ, R. **Autopoiesis in organization theory and practice**. Bingley: Emerald Group Publishing, 2009.

MARTINS-COSTA, J. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

MARTINS-COSTA, J. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito FGV**, [São Paulo], v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261>. Acesso em: 16 out. 2022.

MAYER, R. C.; DAVIS, J. H.; SCHOORMAN, F. D. An integrative model of organizational trust. **Academy of Management Review**, [s. l.], v. 20, n. 3, p. 709-734, jul. 1995. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/258792>. Acesso em: 16 out. 2022.

MCEVILY, B.; PERRONE, V.; ZAHEER, A. Trust as an organizing principle. **Organization Science**, [s. l.], v. 14, n. 1, p. 91-103, fev. 2003. Disponível em: <https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/orsc.14.1.91.12814>. Acesso em: 16 out. 2022.

MCEVILY, B.; ZAHEER, A. Architects of trust: the role of network facilitators in geographical clusters. *In*: KRAMER, R. M.; COOK, K. S. (ed.). **Trust and distrust in organizations**. New York: Russell Sage Foundation, 2004. p. 189-213.

NORTH, D. C. Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, [s. l.], v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jep.5.1.97>. Acesso em: 16 out. 2022.

OSÓRIO, F. M. Improbidade administrativa: observações sobre a Lei 8.429/92. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 46, n. 244, p. 5-20, 1998.

PROVAN, K. G.; KENIS, P. Modes of network governance: structure, management, and effectiveness. **Journal of Public Administration Research and Theory**, [s. l.], v. 18, n. 2, p. 229-252, ago. 2008. Disponível em: <https://academic.oup.com/jpart/article/18/2/229/935895>. Acesso em: 16 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 19ª Câmara Cível. **Recurso de Apelação**. Acórdão n. 70079955050. Apelante: Saúde no Corpo indústria e Comércio de Alimentos Ltda. Apelado: Fernanda Chamelete Schimidt. Relator: Desembargador Eduardo João Lima Costa. Decisão em 12 de dezembro de 2019. Porto Alegre, 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em: 16 out. 2022.

ROUSSEAU, D. M. *et al.* Not so different after all: a cross-discipline view of trust. **Academy of Management Review**, [Nova Iorque], v. 23, n. 3, p. 393-404, jul. 1998. Disponível em: <https://journals.aom.org/doi/10.5465/amr.1998.926617>. Acesso em: 16 out. 2022.

TEUBNER, G. **Networks as connected contracts**: edited with an introduction by Hugh Collins. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

TODEVA, E.; KNOKE, D. Strategic alliances and models of collaboration. **Management Decision**, [s. l.], v. 43, n. 1, p. 123/148, jan. 2005. Disponível em: <https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/00251740510572533/full/html>. Acesso em: 16 out. 2022.

VANGEN, S.; HUXHAM, C. Nurturing collaborative relations: building trust in interorganizational collaboration. **Journal of Applied Behavioral Science**, [s. l.], v. 39, n. 1, p. 5-31, mar. 2003. Disponível em: <http://oro.open.ac.uk/1697/>. Acesso em: 16 out. 2022.

WEGNER, D. **Redes, alianças e parcerias**: ferramentas e práticas para a gestão da cooperação empresarial. Porto Alegre: Exclamação, 2019.

DO DEBATE PROCESSUAL E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO: O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO JUSTO PROCESSO

DOI10.55339/9788560757244012

Darci Guimarães Ribeiro
Paulo Júnior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Möller

1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Processo tem como um de seus mais importantes e principais efeitos a possibilidade de se falar em uma *ampliação do debate processual* pela constitucionalização do direito ao contraditório, o que oportuniza se falar de uma visão democrático-participativa do processo civil. O direito fundamental ao contraditório amplia a participação das partes pela influência na decisão judicial: a motivação processual, que até então reduzia o processo e o direito à subsunção dos fatos à regra, com a normatividade do direito, advinda na constitucionalização, passa a receber influências da fundamentação judicial que, por sua vez, possibilita o desenvolvimento do objeto do processo a partir do objeto do debate processual (contraditório) para haver a interpretação do contexto.

Para se chegar a essa nova *versão* do processo civil revisita a ciência processual, buscando a constitucionalização do processo, em conformidade com a constitucionalização do direito cujo principal reflexo foi uma abertura semântica e contextual. A consequência é o processo justo, com uma decisão justa.

Assim, a proposta deste trabalho é propor uma reflexão sobre institutos que arquetizam o processo civil e que são importantes à democracia por exprimirem o grau de participação da sociedade na construção do direito via processo civil, quais sejam o contraditório processual, o objeto do debate processual e também a flexibilização da congruência processual e a necessidade de se revitalizar o princípio dispositivo.

Tradicionalmente, o formalismo e o positivismo, em suas diversas formas (seja pelo dogmatismo em excesso como pelo enfoque demasiado na jurisdição-decisionismo), buscam reduzir a importância do processo civil ao direito, tolhendo as possibilidades que o debate junto ao processo poderia trazer para a democracia. Quando se depara com a realidade, o processo não significa nada mais do que a

verificação do caso a determinado texto da lei ou a desconsideração do processo em prol da decisão emanada pelo julgador. O trabalho foi assim pensado como forma de trazer a lume a importância e significado do processo ao direito.

O processo não mais pode ser, frente às complexidades do contexto e frente ao número crescente de violações aos direitos fundamentais, esquecido em detrimento da jurisdição ou do legislador, razão pela qual importa visualizá-lo em sua arquitetura e *desconstruir* conceitos. Esta *virada* na compreensão acerca do significado do processo ocorre em tempos no qual a sociedade sente-se demasiadamente afastada da política e da construção desta, o que exige que se repense no papel das instituições na produção jurídica.

Não pode o processo civil continuar atrelado à formalidade do *objeto do processo*, pois o direito, conteúdo processual, desvela-se pelo *objeto do debate processual*, mais amplo que o objeto do processo e responsável por concentrar o núcleo do contraditório e do processo justo. O debate que ocorre no processo, desta feita, amplia também o horizonte hermenêutico, pois a decisão refletirá as andanças do caso-problema, para além do objeto trazido pelo autor, pois a fundamentará o debate processual. O resultado do processo não se atrela a uma subsunção e a um sentido apenas ou a um sentido que não encontra fundamentação no processo.

Nesse norte, importa falar na revitalização do dispositivo e na necessidade de flexibilização da congruência processual, pois somente desta forma pode o contraditório ser revisitado em sua função e adquirir roupagem constitucionalizada. O dispositivo é revisitado na medida em que passa a ter caráter normativo, e não somente atrelado à regra, o que ocasiona consequentemente a flexibilização da congruência processual, pois a decisão judicial, com a fundamentação a partir do contraditório processual (objeto do debate processual) abre horizontes interpretativos.

No caminhar para ser superada uma forma de democracia baseada somente no numerário voto (povo como ícone), a *participação processual* passa a ser o novo referencial democrático, requalificando o povo para além de mero ícone (BOBBIO, 1997, 2000; MÜLLER, 2003; RIBEIRO, 2010, p. 100)^{61,62}, para que se delinie

61 “Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se.” (SILVA, 1988, p. 106)

62 “Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública.” (PASSOS, 1988, p. 94)

uma aproximação com a democracia participativa: para se saber sobre o desenvolvimento da democracia em um dado local, o importante saber se *os espaços* nos quais a democracia pode ser exercida aumentaram (BOBBIO, 1997, p. 27-28).

Deste modo, para uma abertura democrática pelo processo é possível se alcançar a tutela judicial efetiva que, conforme Calmon de Passos (1998) bem aponta⁶³, somente se alcança com o processo justo. Por processo justo, compreende-se o processo civil constitucionalizado, cuja normatividade é permeada pela constitucionalização, permitindo uma expansão democrática dos institutos processuais, propiciando uma devida semântica ao sem número de conflitos que chegam ao Judiciário.

2 CONTRADITÓRIO PROCESSUAL E PRINCÍPIO DISPOSITIVO: DISPOSITIVO COMO LEI E COMO NORMA

O contraditório não é fenômeno recente junto ao processo, tomando diferentes formas e contornos no correr da história⁶⁴. A compreensão sobre a sua *expressão/manifestação* no processo oscilou e ainda oscila na sociedade, pois se vive em uma Democracia ainda *mal compreendida* em seus institutos, o que afeta ferramentas do exercício democrático, como o contraditório processual. Pelo que se exporá, é necessária uma nova visão do contraditório processual para uma renovação do processo civil e do próprio direito e democracia.

Para conhecer a dimensão e o peso do contraditório no processo, faz-se necessário observar o processo a partir de duas expressões processuais: processo inquisitivo (forma autoritária de governo) e dispositivo (forma liberal-individualista). Esta contraposição demonstrará o *atraso* da ciência processual em (ainda) continuar a defender o dispositivo em um sentido ultrapassado e como isto afeta a tutela judicial em uma democracia. Destaca-se que Fix-Zamudio (1994, p. 103-104), parafraseando Calamandrei, aponta que as formas pela qual o dispositivo é interpretado no correr da história influencia diretamente na existência de uma “relatividade do contraditório”, variando conforme os interesses jurídico-político, razão que por si torna a presente discussão importante: para que se possa falar em contraditório de forma constitucionalizada e democrática (participativa) e desvelar ideologias no conceito.

Inicialmente, em um processo arcaico (medieval), instituído com o processo inquisitorial, ao Estado pertence iniciar, dar andamento ao processo e instituir, a

63 Ver nota de rodapé 2.

64 Constrói Dotti (2005) a evolução histórica e as transformações do contraditório.

partir da consciência do julgador, a decisão, pois apregoa-se a esse processo a mais pura filosofia da consciência (BRUS, 2014, p.337-338; CALAMANDREI, 2017, p. 86) “[...] a ideia dominante é que o processo é um instrumento de tutela de interesses gerais e superiores e, portanto, cabe ao Estado a iniciativa de sua promoção, desenvolvimento, contribuições probatórias e determinação do conteúdo da sentença.” (SOLÁ; BARBEIRO, 2011, p. 32-33, tradução nossa⁶⁵).

Posteriormente a este período, surge o processo dispositivo como nova filosofia política processual, reflexo da ideologia liberal, para conter a inquisitorialidade diante de procedimentos judiciais decorrente da desconfiança da aristocracia judicial (AROCA, 1998; RAMOS, 2016)^{66,67}. A partir dele, os sujeitos do processo dispõem não somente do direito substantivo submetido ao debate, senão também dos direitos processuais inerentes ao processo judicial (LÓPEZ, 2011, p. 61-62). A decisão judicial, a partir daí, estabelecer-se-ia de forma *congruente* a partir do objeto do processo, manifestação de uma racionalidade latente (ORTEIZA, 2003, p. 83 e ss). O princípio dispositivo “[...] responde à ideia geral do processo civil como instrumento ao serviço dos interesses individuais, que dá origem a uma relação de direito privado cuja disposição pertence inteiramente às partes e cujo desenvolvimento formal é supervisionado pelo Estado” (SOLÁ; BARBEIRO, 2011, p. 32-33, tradução nossa⁶⁸).

Com a passagem do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo a ciência processual dos Estados ocidentais redesenharam sua forma institucional de processos formais, que passaram assim a resolver os problemas causados pelos fenômenos conflituais na sociedade a partir de uma valoração do conflito em seus aspectos objetivamente possíveis; ou, melhor explicitado, acostados em uma Ciência Jurídica dedutiva, resolvendo o caso-problema por meio de regras formalmente incluídas na Legislação e na jurisprudência, desde o império da lei (CHASE, 2011,

65 “[...] *la idea dominante es que el proceso es un instrumento de tutela de intereses generales o superiores y por ende, pertenecen al estado la iniciativa para su promoción, desarrollo, aportes probatorios y determinación del contenido de la sentencia.*” (SOLÁ; BARBEIRO, 2011, p. 32-33).

66 “*La tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho Material.*” (RAMOS, 2016, p. 39-40)

67 “[...] *la concepción liberal individualista llevó a considerar que la naturaliza privada de los intereses puestos en juego en el proceso civil, debía significar también que las partes eran dueñas del proceso mismo. Este error de base de los Código del Siglo XIX proviene de la desconfianza que una mente liberal siente frente a las actividades del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales.*” (AROCA, 1988, p. 154)

68 “[...] *responde a la idea general del proceso civil como instrumento al servicio de intereses individuales, que da origen a una relación de derecho privado cuya disposición pertenece por entero a las partes y cuyo desenvolvimiento formal es supervisado por el estado [...]*” (SOLÁ; BARBEIRO, 2011, p. 32-33).

p. 55 e ss.). A congruência processual advém com o dispositivo e passa a expressar a adesão do processo ao *objeto do processo*, o que reflete consequências nocivas diretas na importância do contraditório para o processo civil. Com o princípio dispositivo, não ocorrem mudanças efetivas na importância do contraditório processual, continuando relegado.

A passagem do privatismo ao publicismo processual ainda se apoia nessa concepção do dispositivo, em que pese redimensione o papel do juiz no processo, o que reflete no peso dado ao contraditório: o papel do juiz muda, antes vinha despersonalizada a um juiz burocrata; noutra, o juiz não mais era um simples controlador, mas assumia a direção de um processo publicístico, cuja característica latente era a de uma *desconfiança com relação à controvérsia, diálogo e testemunha*. A *ordo* sob direção do juiz apresenta um caráter *assimétrico*, pois fundado sob a autoridade, hierarquia e lógica burocrática (PICARDI, 2008, p. 135-137)⁶⁹, cujos traços ainda estão presentes no processo civil, dado que a ciência processual pouco evoluiu. O publicismo processual, porém, oferece uma abertura ao processo até então inexistente pelos poderes adquiridos pelo juiz, muito limitado pelo privatismo processual (DE LOS SANTOS, 2006, p. 297)⁷⁰, mas cria também, ao pas-

69 Neste período, em verdade, andava-se afirmando uma “**lógica não dialógica do diálogo**” que marca a “passagem da arte do diálogo à arte da razão”. Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica de contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta e pré-constituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empíricos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência de desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova pré-constituída e a prova legal. (PICARDI, 2008, p. 135-137)

70 Alguns apontam que o garantismo/publicismo processual seria uma forma híbrida do processo inquisitivo e dispositivo, pois o publicismo traz uma atuação forte do Estado junto ao processo que entra em descompasso com o dispositivo na forma clássica: “*Constituye clara evidencia de la precedente afirmación la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil precisamente nace –conforme los estudios de Perelman y contrariamente a lo que sostienen los doctrinarios del “garantismo” que lo vinculan al autoritarismo de los regimenes nazis – a partir del proceso de Nüremberg, vale decir, con la nueva concepción del Derecho y del proceso que surge con posterioridad a la segunda guerra mundial. Esa corriente de pensamiento importó una reacción contra el positivismo jurídico y se tradujo en una concepción del Derecho menos rígida y formalista, que asigna rango preferente a la solución justa del conflicto a través del rol activo del juzgador, quien para resolver los litigios ha de acudir a la metodología de los “tópicos jurídicos” a los fines de llegar a la solución más equitativa o más aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley.[...] Se trata fundamentalmente de disposiciones legales que atribuyen a los jueces poderes o facultades para esclarecer los hechos controvertidos, intentar la conciliación o reprimir inconductas procesales con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso. Sin embargo y tal como con clarividencia señalaba Esclapez con relación a los reparos opuestos a la iniciativa probatoria del juez, el peligro no reside en que el juez exceda sus funciones esclarecedoras, sino en que no las ejercite en la oportunidad que le señala la ley, vale decir, que por exceso de trabajo, formación, comodidad o indiferencia no haga uso de estas atribu-*

so, novos problemas, principalmente pelo demasiado enfoque na *decisão judicial* em detrimento do processo, causado pelo mesmo aumento jurisdicional.⁷¹

Conforme é possível observar, o processo inquisitorial e o processo dispositivo são dois extremos ultrapassados para um processo que deve ser desenvolvido em uma democracia participativa, onde a função privada e a pública mesclam-se (BENABENTOS, 2005)⁷².

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, a ciência jurídica ganha uma normatividade que lhe outorga caráter interpretativo, buscando aproximar texto ao contexto, e absorve o direito um sem número de possibilidades interpretativas postas ao relevo dos fenômenos contextuais, absorvidos pelo direito como adaptação existencial. A Constituição realiza, sobretudo, uma revolução cultural, reconhecendo uma sociedade plural pela primeira vez e registrando a complexidade social em um texto com duas camadas: uma emergente, que se apresenta pelo texto e, sobreposta, uma Constituição material latente e viva, aderindo-se aos fenômenos sociais (GROSSI, 2018).

Para tanto, necessário uma visão *normatizada* (regras e princípios) do direito, para que seja possível uma abertura interpretativa do objeto processual. Essa visão normativa, porém, somente torna-se democrática na medida em que o contraditório processual recebe a devida atenção para fins de construção do direito processo civil, o que até hoje não foi alcançado. O dispositivo é assim constitucionalizado, não podendo mais ser a expressão da subsunção e cisão entre regra e fatos.

Um dos modos de reconhecer a função democrática do contraditório é considerar a importância do contraditório processual à construção do direito e a importância de que a motivação processual ocorra pelo objeto do debate processual, junto à apontada visão normatizada do dispositivo e uma flexibilização da congruência processual (BERIZONCE, 2010; DE LOS SANTOS, 2006; PUGA,

ciones cuando la situación del pleito lo exige. Más recientemente ha señalado el maestro Morello la importancia del rol protagónico del juez, la flexibilización de los principios procesales y la actualización de los criterios de hermenéutica para liberar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza, de manera que por su intermedio adquiera verdadera operatividad del derecho de fondo." (DE LOS SANTOS, 2006, p. 297)

71 Por vezes decidindo de forma totalmente desvinculada ao processo, devido aos novos poderes de atuação do juiz (filosofia da consciência do julgador).

72 Benabentos (2005, p. 202-203) aponta que a revitalização do princípio dispositivo dar-se-ia por um «neo-inquisitorialismo», na busca de um maior respeito à pessoa humana.

2013)^{73,74,75}. Essa visão do processo exprime o processo justo e a constitucionalização do direito e do processo, voltado a proteção de “ameaça ou lesão ao direito” (art. 5º, XXXV, CF) (BRASIL, 1988); direito que supera *em muito* a lei.

Procura-se, assim, ampliar assim a politização do direito pelos debates democráticos e pelo exercício dos cidadãos ativos no processo. O princípio dispositivo deve voltar-se a realização do Processo Justo, o que coaduna com a constitucionalização do processo civil, conforme posto (BRUS, 2014)⁷⁶.

73 “En síntesis: entiendo que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo, tal como fuera sostenido por la doctrina durante algún tiempo.” (DE LOS SANTOS, 2006, p. 297)

74 “Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado case management, que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley.” (BERIZONCE, 2010, p. 192)

75 Mariela Puga também fala sobre a flexibilização da congruência e da renovação do dispositivo em seu trabalho sobre litígio estrutural. Compartilhamos de sua ideia e aderimos esta visão como necessária para o processo civil atual, para que haja efetividade nas decisões: “La depreciación del principio dispositivo y de congruencia estará ligada también a la idea de que la decisión judicial trasciende a las partes procesales, con lo cual se subvierte, además, el principio de los efectos inter alias de la decisión. Al definirse la litis a partir de un todo o interés colectivo que comparten ciertos afectados que no son actores procesales, estos últimos aparecerán también como destinatarios directos de los efectos regulativos de la sentencia.” (PUGA, 2013, p. 21-22)

76 “Le principe dispositif n’est pas une norme juridique ordinaire, mais bien une règle juridique de degré supérieur. [...] qui impose un modèle de conduite sur un mode impératif, plus précisément le modèle de la liberté procédurale [...] Il est au cœur des garanties de bonne justice, il est une garantie du procès équitable. L’office des parties en vertu du principe dispositif est protégé par le droit au juge et la neutralité du juge est protégée par les exigences d’impartialité et ce tant pour la Cour européenne des droits de l’homme que pour le Conseil constitutionnel. De manière plus large, la fondamentalité du principe dispositif est également liée aux relations qu’il entretient avec le principe de la liberté contractuelle. Cette clarification permettra donc de procéder à ce que l’on peut considérer comme un des enjeux du XXI^e siècle, enjeu qui n’est autre que celui de la conciliation des droits fondamentaux. Elle peut passer **par la constitutionnalisation du principe dispositif**. [...] En outre, la constitutionnalisation du principe dispositif permettrait de participer à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux qui doit se développer pour participer à la création d’un système propre à la France de protection des droits fondamentaux.» (BRUS, 2014, p. 343)

2.1 UMA NOVA VERSÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E SEU REFLEXO NO CONTRADITÓRIO PROCESSUAL

O contraditório foi significativamente revalorizado a partir da metade do século XX através de processualistas como *Carnelutti*, *Satta* e *Fazzalari*, por evidenciarem o caráter dialético-dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz (RIBEIRO, 2010, p. 64). Em complemento, Fazzalari(2006, p. 119) alude que os “[...] arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório”. Nesse sentido, o contraditório passou a ser defendido como um direito de influência e de ação/reação, o que se dá pela participação indispensável e necessária da parte na construção da decisão judicial: “[...] de fato, a participação não tem apenas o objetivo de garantir que todos possam influenciar a decisão, mas também a finalidade de contribuir para o exercício da jurisdição” (CABRAL, 2005, tradução nossa⁷⁷).

A ressignificação do princípio contraditório ocorre com a construção do processo pelas partes tidas estas como cidadão ativos, sujeitos de *necessidades potencializadas* pela hodiernidade, criando interesses cuja a hierarquia muda em uma velocidade nunca vista antes, o que acarreta em um sem número de conflitos cada vez mais complexos. A tutela a essas necessidades somente é possível a partir de uma normatividade apregoada a interpretação textual e contextual.

O contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida no processo (PICARDI, 2000, p. 143), evocando a importância da participação do cidadão ativo na busca da tutela judicial: “[...] reside precisamente na sua coerência com o pluralismo das nossas sociedades, em que os valores da pessoa humana, para serem plenamente afirmados, devem encontrar um garante imparcial, capaz de se elevar acima dos demais poderes públicos.” (DENTI, 1988, p. 19, tradução nossa⁷⁸)

É possível por via processual manter a instância política atualizada pelo debate travado pelos sujeitos que discutem sobre suas pretensões, assim como nos casos em que as pretensões exasperam o conflito bipolar através de uma decisão estruturante (PUGA, 2013). A decisão produz um importante reflexo social, somente

77 “[...] infatti, la partecipazione ha non solo l’obiettivo di garantire che tutti possano influenzare la decisione, ma anche lo scopo di contribuire all’esercizio della giurisdizione.” (CABRAL, 2005)

78 “[...] sta próprio un questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri.” (DENTI, 1988, p. 19).

possibilitada por um processo marcado pelo contraditório de caráter dialógico, atualizando o núcleo central da democracia participativa. A finalidade de um bom governo exige a constante renovação do debate para a alocação dos bens, vista a complexidade e dinâmica hoje vivenciada.

A dialética processual é, portanto, **fonte de direito**; mas a mesma dialética processual não permite apenas chegar à *definição jurídica do caso, estabelecendo o chamado direito sobre a coisa; isso é também, e sobretudo, funcional à determinação da norma da norma jurídica pré-posta ao caso em juízo (tanto para não representar o processo nos espaços estreitos da aplicação da norma preexistente ao caso controverso, acredita-se, vice-versa, que justamente no processo, caracterizado pelo andamento dialético, não apenas a norma reguladora é percebida e identificada, mas também que no mesmo processo, graças à atividade dialética das partes nela envolvida, a norma é colocada, ou criada.* (MORO, 2012, p. 92, grifo nosso, tradução nossa⁷⁹)

Nas palavras de Picardi (2008, p. 142) “Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzido com a colaboração das partes.” Concorda-se com o que é dito pelo Jurista, apenas acrescenta-se que o ângulo visual deve voltar-se ao juiz somente no que se compreende pela abertura normativa, mas não na jurisdição como foco da decisão judicial, pois esta é geradora de decisionismos vazios (filosofia da consciência). O enfoque tem que ser o processo civil e a dialética processual como possibilitadores da interpretação. O debate estabelecido entre as partes e o Estado-Juiz investido de sua função jurisdicional vem a fundamentar a decisão, a qual perpassara os limites do anacronismo legal, sendo que o fenômeno desvelado pelo contraditório passa a ser uma via de possibilidade ao Direito: o caso-problema gera direito (SOULIER, 1991, p. 21-22).

Desse modo, em termos democráticos, as decisões que são tomadas pela governança do povo passam também, no processo, a serem tomadas por uma go-

79 “La dialettica processuale risulta, pertanto, **fonte di diritto**; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla **definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialettica delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata.**” (MORO, 2012, p. 92, grifo nosso)

vernança cunhada como “processual”. O contraditório, nesta acepção, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se assim, ao cidadão, a devida tutela jurisdicional.

O contraditório pode ser mais bem compreendido levando em consideração seu desenvolvimento no tempo, por três fases distintas: “A primeira, que denomino forma e está caracterizada pela necessidade de informar; a segunda, material que se caracteriza pela possibilidade de participação e a **terceira, constitucional, identificada pelo direito de influenciar.**” (RIBEIRO, 2014, p. 111, grifo nosso, tradução nossa⁸⁰)

Na fase denominada “direito de influenciar”, que advém com a constitucionalização do ordenamento jurídico, o processo passa a ser compreendido como um espaço público de debates, envolto por uma concepção democrática (RIBEIRO, 2014, p. 114-115): “[...] observe-se que o processo não busca decisões justas, mas assegura às partes participarem de forma isonômica na construção do provimento.” (LEAL, 2016, p. 139).

Conforme melhor será explicitado, o contraditório constitucionalizado justifica a alteração-modificação do objeto do processo na medida em que o contraditório processual é visto e respeitado como direito fundamental, afigurando as partes como protagonistas do processo. Esta visão faz possível que sejam flexibilizados princípios processuais como a congruência processual⁸¹, pois a complexidade social na qual se vive cria um sem número de interesses e conflitos, exigindo do juízo uma abertura semântica ampla calcada no objeto do debate processual.

A resolução dos conflitos em uma sociedade complexa, marcada pela juridicização da vida exige um amplo debate processual, para que decisões incongruentes sejam legitimadas democraticamente, de modo que o direito não fique nem impregnado na lei e nem seja objeto de disposição da consciência dos julgadores. O contraditório ganha especial importância e relevo nesse sentido, pois precisa ser aproximado da sociedade a fim de que exista, de fato, o processo justo.

80 “*La primera, que denomino formal y está caracterizada por la necesidad de informar; la segunda, material que caracterizase por la posibilidad de participación y la tercera, constitucional, identificada por el derecho de influenciar.*” (RIBEIRO, 2014, p. 111, grifo nosso)

81 Acerca da flexibilização da congruência processual, ver Santos (2018).

3 OBJETO DO DEBATE PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO

Os objetos processuais exprimem o material de cognição da decisão judicial, razão pela qual trata-se de tópico essencial para o processo civil. A doutrina mais especializada trata de realizar distinção entre objeto do processo (pretensão processual ou mérito) (RIBEIRO, 2016)⁸² e objeto do debate processual (lide), sendo essa cisão elementar para que a decisão judicial seja legitimada democraticamente pelo contraditório processual. Ao apontar a existência do objeto do debate processual, busca-se destacar o elementar papel do contraditório processual.

O objeto do processo é vinculado com a *causa petendi* (elemento subjetivo), e com o *petitum* (elemento objetivo)⁸³, feito por uma declaração de vontade por meio da qual se solicita a atuação de um órgão jurisdicional frente ao réu. É constituído pelo autor da demanda e:

[...] o Juiz em sua decisão não pode alterar a *causa petendi* no processo civil. [...] a razão de fazê-lo é que se pretende que, provada a identidade entre os fatos do caso e o suposto fato normativo, se produza a consequência jurídica prevista em abstrato naquela norma para todos os casos que se enquadram nesse curso de fato.” (GANUZAS, 2000, p. 64, tradução nossa⁸⁴).

Os fatos que configuram a *causa petendi* de uma pretensão são dedutivamente coincidentes com o suporte fático de uma norma jurídica sobre a qual se deriva o requisitado no *petitum* (ASTETE, 2012, p. 45).

Pelo exposto, observa-se que o objeto do processo segue rigoroso fechamento a partir da *causa petendi* e no *petitum* no momento estático do direito. Ainda, a *causa petendi* seria o reflexo da cisão fato e direito, de modo que o juiz, em sua atividade, estaria limitado ao *ius dicere*, à aplicar o direito ao caso concreto. O princípio dispositivo clássico tinha como núcleo, como foi visto, a consequência de que o

82 Pretensão processual, mérito e objeto do processo são, portanto, conceitos sinônimos, que supõem uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundamentada, para obter uma sentença (RIBEIRO, 2016, p. 28).

83 Para individualizar o objeto do processo, dentro da nossa concepção, bastam unicamente dois elementos: a) o elemento objetivo, conhecido como *petitum*; e b) o elemento causal, que é chamado de causa petendi, já que o núcleo em torno do qual o processo e toda atividade das partes gira reside na petição fundamentada (*meritum causae*) apresentado pelo autor, isto é, o *thema decidendum*. (RIBEIRO, 2016, p. 40)

84 “[...] el Juez en su decisión no puede alterar la *causa petendi* en el proceso civil. [...] el motivo de hacerlo así es que se pretende que, probada la identidad entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, se produzca la consecuencia jurídica prevista en abstracto en esa norma para todos los casos que entren en ese supuesto de hecho.” (GANUZAS, 2000, p. 64)

juiz estaria, até sua decisão, limitado pelo objeto do processo proposto pelo autor. Nesse sentido, a metodologia exposta é fruto da pandectista, formadora da cisão teórica entre *direito material* e *direito processual*, constituiu o processo na formulação de seu mérito com o que se chama de *objeto do processo formal*, algo altamente dedutivista, vinculando o objeto do processo a *causa petendi* (ERNESTO, 1996, p. 4-5). Esta poderia ser considerada uma visão clássica do princípio dispositivo, na qual a decisão somente estaria atrelada ao objeto do processo “[...] em lugar de fundamentar a solução, o julgador se esforça para justificar o duvidoso enlace das suas conclusões com o direito legislado.” (BRUTAU, 1977, p. 10-11)

Porém, com o avanço da ciência processual, desvelou-se um segundo momento processual elementar para se falar sobre a dinâmica processual, responsável pela abertura do objeto do processo, o *objeto do debate processual*.

Em um segundo momento, a devida citação do réu e a posterior resistência deste, poderá ocorrer a) modificação do objeto do processo (reconvenção, fruto da cumulação de pretensões) ou/e b) a ampliação dos termos do debate com a apresentação de fatos extintivos, modificativos e impeditivos, estabelecendo-se assim o objeto do debate processual (ou objeto do litígio), fruto da *lide processual* (RIBEIRO, 2016, p. 37).

O objeto do debate processual, diferente do objeto do processo, consiste na *lide processual*, ocorrendo aqui a principal dicotomia entre objeto do processo e objeto do debate processual: o segundo corresponde ao mérito mais a lide, de modo que o conceito de objeto do debate processual é mais amplo do que o de objeto do processo (RIBEIRO, 2016, p.38-39)⁸⁵. Por isso afirmar que: “[...] o objeto das decisões judiciais é maior que o objeto do processo.” (RIBEIRO, 2016, p. 39).

Assim, a fundamentação judicial não deve centrar-se no objeto do processo, mas sim no objeto do debate processual. Além do mais, o contraditório poderá flexibilizar a congruência processual, permitindo uma abertura interpretativa através da fundamentação. Além do exposto, defende-se que a *causa petendi* do objeto do processo não necessita contar, em seu núcleo, com a subsunção fato e norma, nem

85 Dentro desta perspectiva fica fácil perceber que a lide corresponde essencialmente ao objeto do debate, e não ao objeto do processo, ao mérito, como que o atual CPC, já que lide significa, segundo Carnelutti, seu criador, “un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. Desta forma, o conceito de lide é mais amplo que o objeto do processo e não pode, portanto, ser confundido com seu mérito, pois para que ela possa existir a presença do demandado é imprescindível, enquanto para a existência do objeto do processo a presença do réu é totalmente prescindível, dispensável. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar, de acordo com a redação do art.10 do novo CPC, que o juiz está proibido de utilizar qualquer fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (RIBEIRO, 2016, p. 38-39)

que os pedidos tolham a atividade das partes por fecharem a atuação jurisdicional, dado que a Constituição protege tanto ameaça quanto lesão a *interesses* (que são plurais e também não previstos em lei).

A afirmação da titularidade do direito, isto é, o desenvolvimento processual da ação, legítima por si mesma a parte e, portanto, é supérfluo tentar encontrar as condições da ação. A atividade das partes em termos de direito não deve ser entendida como um problema de titularidade, mas, no máximo, como um problema de probabilidade legítima. A parte, por meio de sua ação, clama pelo direito e lança os pilares que levarão ao seu surgimento no processo. Qualquer outro conteúdo excede a teoria da ação. **É irrelevante falar em demandas fundadas ou infundadas, transpondo para o momento inicial do processo o que só pode resultar de seu ato final, da sentença. A parte move as cordas do processo, embora não esteja sozinha nessa tarefa: participa da criação do julgamento. Esses são os limites individuais de sua atuação e o sentido que ela tem.** (MENDEZ, 1979, p. 189-190, grifo nosso, tradução nossa⁸⁶).

De outro lado, pode que o objeto do processo reflita o direito subjetivo, porém, em razão do objeto do processo não mais limitar ou fechar os horizontes da criação judicial, pois *sempre* haverá interpretação, conforme ensinamentos da hermenêutica. O princípio dispositivo, dessa forma, por sua nova significância, não mais restringe a atividade judicial na motivação do objeto do processo, mas amplia a interpretação ao lado do contraditório processual, o que legitima a interpretação e, inclusive, decisões estruturantes. A fundamentação, como exposto, torna-se elementar ao processo e, para tanto, deve estar unida ao objeto do debate processual.

Em que pese essas importantes teorizações, muitos ainda vinculam o objeto do processo à motivação judicial, o que é fruto de um princípio dispositivo já ultrapassado – e não constitucionalizado. Outros sustentam, de maneira muito

86 “*La afirmación de la titularidad del derecho, esto es el desarrollo procesal de la acción legítima por si mismo a la parte y por lo tanto es superfluo tratar de buscar las condiciones de la acción. La actividad de las partes en orden al derecho no debe ser entendida como problema de titularidad sino a lo sumo como problema de probabilidad legítima. La parte mediante su acción, clama por el derecho y pone los pilares que han de conducir a su eclosión en el proceso. Cualquier otro contenido excede de la teoría de la acción. Es irrelevante hablar de demandas fundadas o infundadas, trasponiendo al momento inicial del proceso lo que sólo puede resultar de su acto final, de la sentencia. La parte mueve los hilos del proceso, aunque no está sola en esta tarea: participa en la creación del juicio. Estos son los límites individuales de su actuación y el sentido que ésta tiene.*” (MENDEZ, 1979, p. 189-190, grifo nosso).

importante e significativa, que a *lide* amplia o objeto do processo, mas não explicam muito bem os termos em que isso ocorre, causando confusões teóricas, não justificando a interpretação junto ao objeto do debate processual, o que tornaria democrática a interpretação.

A ideia de *lide* defendida tem fundamento na *pretensão processual* de Ribeiro (2004), na *lide* de Carnelluti (2006), na *pretensão regulativa* de Puga (2013) e da *pretensão substancial* de Brus (2014). A *lide* enquanto composição de um relato do conflito não é uma mera acumulação de fatos juridicamente validados (subsunção), pois ela importa numa construção pelo qual a *questio facti* reveste uma roupagem própria em cada caso. O objeto do debate processual realiza a abertura do objeto processual, seja foram ou substancial, ampliando a decisão judicial pela fundamentação por seu caráter mais amplo que o do objeto do processo.

A necessidade de participação na formação do juízo do magistrado é, portanto, essencial, não só porque, de outra forma, o comando de autoridade ao perdedor não seria tolerável, **mas sobretudo porque, pela irrelevância ontológica e prática de uma análise externa da do julgamento, ela representa uma ferramenta indispensável por meio da qual é possível (tentar) garantir a justiça da decisão, tanto melhor quanto mais o juiz se depara com a necessidade de avaliar os pontos de vista contrários no diálogo com as partes.** E é, portanto, justamente para isso que, valendo-se de uma experiência laica, exige-se que o julgamento jurídico seja feito segundo formas particulares, visando principalmente, salvo algumas derivações formalistas, favorecer o contraditório das partes, e, portanto, por meio da mediação, a correção do julgamento. (GRADI, 2008, p. 66-67, grifo nosso, tradução nossa⁸⁷)

⁸⁷ “*La necessità di partecipare alla formazione del giudizio del magistrato si impone quindi, non solo perché altrimenti non sarebbe tollerabile il comando dell’ autorità al soccombente, ma soprattutto perché, in ragione dell’ irrilevanza ontologica e pratica di un’ analisi esterna del giudizio, essa rappresenta un irrinunciabile strumento attraverso il quale è possibile (tentare di) garantire la giustizia della decisione, la quale è tanto migliore quanto più il giudicante è posto di fronte alla necessità di valutare gli opposti punti di vista nel dialogo con le parti. Ed è quindi proprio a tal fine che, facendo tesoro di un’ esperienza secolare, si richiede che il giudizio giuridico sia reso seguendo particolari forme, prevalentemente finalizzate, salvo alcune derive formalistiche, a favorire il contraddittorio delle parti, e quindi, in via mediata, la correttezza del giudizio.*” (GRADI, 2008, p. 66-67, grifo nosso)

O mérito do processo sofre ampla resignificação, pois é na atualidade aderido a epistemologia constitucional, que amplia a aquisição de direitos na demanda pela via interpretativa. As fissuras e as interações entre legislação e jurisprudência fazem com que os fenômenos tornem-se jurídicos: essa contextualização de novas gramáticas intersubjetivas entre os cidadãos ativos expressa democracia participativa (RODOTÀ, 2014)⁸⁸.

O *objeto do debate processual* é um amplo espaço de horizontes e de fusão hermenêutica, pois trata os conflitos plurais, absorvidos pelo processo civil e debatidos processualmente, acoplando o textual ao contexto junto ao fenômeno conflitual. A decisão desvela o fenômeno para que este exponha as verdades como horizontes da decisão (SANCHES, 1979), superando a textura fechada do direito subjetivo, elevando à nível democrático a decisão judicial pela criação do direito (GONZÁLES, 2008, p. 7-9).

Com o dispositivo constitucionalizado e com a abertura normativa mais do que em qualquer momento o direito fundamental ao contraditório torna-se relevante e importante ao direito. Levando em consideração que os interesses são plurais e redimensionam-se em uma velocidade muito rápida frente à sociedade complexa na qual hoje se vive (indo muito além do suporte fático da lei), o processo precisa ser local de debate e o contraditório deve servir, diretamente, na construção da decisão judicial, para que não seja somente o reflexo de um decisionismo vazio e antidemocrático. O processo, ele mesmo, cria amarras democráticas que proporcionam a participação na construção do direito.

4 JUSTO PROCESSO: O PROCESSO COMO DIÁLOGO E NÃO MONÓLOGO (LEGISLATIVO/JUDICIAL)

O Processo não é um monólogo: É um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de perguntas, de réplicas;

88 “*Más allá de la discusión siempre abierta sobre las relaciones entre legislación y jurisdicción, es indudable que los tribunales se presentan como actores especialmente significativos para la construcción de un nuevo orden jurídico, en un contexto caracterizado en muchos aspectos por el obligado abandono de la soberanía nacional y por la consiguiente ocupación del espacio global por parte de nuevos soberanos, encarnados en el sistema transnacional de las empresas. Los tribunales nacionales dialogan entre sí, la naturaleza de muchos conflictos obliga a los jueces a superar las fronteras nacionales, las personas buscan en el gran océano de las normas, localizables en los diversos niveles del orden jurídico, aquellas más adaptadas para ofrecer significativas, aunque parciales, formas de resistencia al irresistible orden jurídico global de los privados. En la dimensión global, la voz del derecho consigue no ser apagada del todo gracias a la presencia de los tribunales y a su activismo.*” (RODOTÀ, 2014, p. 98)

um cruzamento de ações e de reações, de estímulos, de ataques e de contra-ataques (CALAMANDREI, 2007, p. 84).

A constitucionalização do processo civil manifesta a superação do *devido processo legal* para o *processo justo*. O processo civil ganha um novo significado, atrelado ao respeito dos direitos fundamentais e, também, adquire qualidade de direito fundamental quando pensado a se aproximar de um tratamento humano e digno, mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALARCÓN, 2000, p. 69). Em último termo, a parte tem garantida a tramitação de um processo que lhe garanta influência na decisão judicial, onde sejam aplicadas as garantias processuais constitucionais, responsáveis por prestar a tutela jurisdicional efetiva.

O direito fundamental ao contraditório revitaliza o processo civil e sua correta importância junto ao processo e ao direito é mais do que necessária na atualidade: ocorre em um momento no qual a discussão política no/do judiciário apresenta-se, por vezes, mais vantajosa; vantajosa, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou representativa em juízo. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política – e, são eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa – preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela parlamentar, a decisão judicial assim se encontra acima da lei (NONET; SELZNICK, 2010, p. 151).

No mesmo sentido, as ameaças e lesões a interesses são plurais e dinâmicas, pois podem ocorrer em um sem número de oportunidades. O próprio conceito de “interesses” dá-se de diversas formas e muda conforme novas necessidades da sociedade, em uma velocidade cada vez mais frenética.

Esta desconstrução do direito também pode ser constada ante o próprio sistema jurídico Estatal. O primado da Constituição sobre o Estado abre caminho para a tese pluralista das ordens jurídicas oficiais e ao problema de seu mútuo reconhecimento e de sua interconexão instável e complexa com referência a casos concretos (VIOLA, 2012)⁸⁹.

A “dialética processual” é muito mais do que permitir a todos, democraticamen-

⁸⁹ “*Questa destrutturazione del diritto si può constatare anche all'interno stesso dell'ordinamento giuridico statale. Il primato della costituzione sullo Stato apre la strada alla tesi pluralistica degli ordini giuridici ufficiali e al problema del loro mutuo riconoscimento e della loro interconnessione instabile e complessa in riferimento ai casi concreti.*” (VIOLA, 2012, p. 20)

te, a possibilidade de dizer o seu ou – ainda mais importante – permitindo o exercício do direito de defesa: é um elo para a base da ação humana e a distinção entre práxis e poiesis; como dizer: a lei de produzir não é a lei do ser (RACHELI, 2013)⁹⁰.

O princípio dispositivo constitucionalizado permite que se fale mais de um juízo limitado à motivação (subsunção, separação entre fato e direito), mas sim que o objeto do debate processual (local do contraditório) sirva de espaço para fundamentação, evitando assim “Sentenças e decisões veem-se, por ai, pejudadas de opiniões alheias, nacionais, e estrangeiras, ao mais das vezes, sem relação alguma com o **objeto do litígio** e cópia de acórdão, de uma jurisprudência falham que induz a erros.” (SOARES, 1940, p. VII) A filosofia da consciência (monólogo judicial) e a redução da decisão judicial à lei (monólogo legislativo) devem ser eliminados do direito (PALMER, 2002, p. 205-306; VARELA, 1999, p. 29)⁹¹.

Nesta direção, o contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório, mas com a expressão princípio aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais do ordenamento positivo. O princípio do contraditório represente, acima de tudo, uma daquelas *regulae iuris* recolhida do último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo, baseada sobre a equidade. **Estamos, com**

90 “*Il giudizio prudente è radicato su una “capacità-di-essere” del giudicante: essere buon giudice è molto più che “sapere”: «non vogliamo infatti sapere cos’è la giustizia, ma essere giusti». Insistere sulle radici non meramente logiche della decisione (e, conseguentemente della motivazione) non vuol dire, ovviamente, negare rilevanza alla logica e alla necessità di una corretta argomentazione, ma significa evidenziare il fatto che il “giudicare” è attività composita, che non si identifica né si esaurisce con la motivazione: «le virtù pratiche dell’uomo» – afferma Gadamer – «sono fondamentalmente strutture dell’essere e ciò significa che queste ultime hanno la loro dimora nell’essere: nell’essere-giusto e non nel mero sapere». Significa, soprattutto, acquistare consapevolezza del fatto che il “giudicare”, proprio in quanto attività non “matematica”, non è attività che possa compiersi in solitudine.” (RACHELI, 2013, p. 60-61)*

91 “*Si se tiene presente que la Constitución es norma fundamental del Estado con preeminencia sobre los demás textos normativos que se dicten en el mismo, es evidente que éstos deben ajustar su contenido a las disposiciones constitucionales para que posean validez y, en este orden de cosas le cabe al derecho procesal una particular importancia en su relación con el orden constitucional, pues está principalmente dirigida a asegurar los beneficios de la libertad y los derechos humanos. De una correcta valorización en las leyes procesales de los principios básicos constitucionales y de una estructura judicial adecuada, resultará que aquéllos se encuentren más o menos garantizados. De ahí, que un análisis de las garantías que determina la Constitución, en el orden procesal posean capital relevancia.” (VARELA, 1999, p. 29)*

toda a probabilidade, nas matrizes da noção de “justo processo”
(PICARDI, 2008, p. 143).

Dessa nova forma de compreensão, tem-se que o processo não é um monólogo (CALAMANDREI, 1968)⁹². A dialética dinamiza e substancializa o desvelamento-desocultamento do fenômeno em uma descoberta projetada na adaptação existencial, com a solução do fenômeno junto ao processo, balizando-se via garantias constitucionais do processo, que pode ser denominado *justo* (BERTOLINO, 2007; FRISON-ROCHE, 1994)^{93,94}.

Desse modo, em termos democráticos, as decisões que são tomadas pela governança do povo passam também, no processo, a serem tomadas por uma governança cunhada como “processual”. O contraditório, nesta acepção, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se assim, ao cidadão, a devida tutela jurisdicional. O contraditório, retira da centralidade política a Jurisdição perpassa essa centralidade ao Processo: “O número 3 (ou a instituição do terceiro imparcial) é uma espécie de garantia de que o 1 nunca se fechará sobre si mesmo, ou que o 2 nunca absorverá o 1” (OST, 2017, p. 39, tradução nossa⁹⁵).

O direito não é somente um meio para exercer a *justificação* e a *dominação*, mas

92 “Dunque nel processo il giudice non ‘e mai solo. Il processo non ‘e un monologo? ‘e un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, dirisposte, di repliche, un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controspinte, di attachi e di contrattacchi. Per questo ‘e stato rassomigliato a una sherma o a una gara sportiva; ma ‘e una sherma di persuasioni e una gara di ragionamenti. In cio consiste quel carattere, il piu prezioso e tipico del processo moderno, che ‘e la dialetticità? Che vuol dire che la volonta del giudice non ‘e mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) ala volonta e al comportamento dele parti, cioe all’ iniziativa, allo stimolo, ala resistenza o all’ acquiescenza di esse. E lo stesso si puo dire per ciascuna dele parti, la cui volonta e la cui attivita si plama e si adegua in ogni momento del processo agli stmoli che le arrivano dal comportamento del giudice e dela contraparte.” (CALAMANDREI, 1968, p. 679)

93 «Il y a identité entre procès et mécanisme dialectique de découverte de la solution juste par le biais des garanties fondamentales.» (FRISON-ROCHE, 1994, p. 23)

94 “Giusto processo è stato anche interpretato come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori dele parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall’art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata ci pare l’interpretazione di chi, pur rifiutando quell’ orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro.” (BERTOLINO, 2007, p. 14)

95 “La cifra 3 (o la institucion del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamas el 1 se va a encerrar en si mismo, o de que el 2 jamas va a absorber al 1” (OST, 2017, p. 39, tradução nossa).

permite a dialética social, como fato de protesto e impugnação. O direito, pelo processo, oferece uma segunda chance ao debate, já não mais a nível de lei, senão na escala individual do caso. É importante realizar essa distinção de planos e funções, realizando um “[...] ([...]) debate de sua própria dramaturgia, uma reformulação de seus próprios atores, como se eles fossem sempre obrigados a responder por seus atos perante um controlador superior ou mais distante.” (OST, 2017, p. 45, tradução nossa⁹⁶).

O contraditório agora adquire uma nova dimensão, pois compreendido como garantia de participação em sentido substancial, e não somente formal, reconhecendo às partes a influência direta na formação do juízo. A dimensão substancial do contraditório significa que as partes tem de ser *ouvidas*, e não somente que devam falar: “Nessa perspectiva, o contraditório é o suporte nuclear e o fundamento a partir do qual se constrói o conceito de processo[...]” (BERIZONCE, 2017, p. 506, tradução nossa⁹⁷), pois “O que nós chamamos de tutela do direito é, na verdade, a tutela do processo.” (SATTA, 1971, p. 36, tradução nossa⁹⁸) “*La que nosotros llamamos tutela del derecho es en realidad tutela del proceso.*”

O contraditório, pelo paradigma da complexidade, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se a devida tutela jurisdicional. Além de estabelecer a igualdade entre as partes, o princípio do contraditório retira a centralidade política na jurisdição e a realoca ao processo, lugar democrático para estar inserida a politização através da participação democrática social (SANTOS, 2018).⁹⁹

O objeto do debate processual compreende a dialética processual, tanto a nível

96 “[...] debate de su propia dramaturgia, una reformulación de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o mas distanciando.” (OST, 2017, p. 45, tradução nossa).

97 “*En esa perspectiva, el contradictorio es el soporte y basamento nuclear a partir del cual se construye el concepto de proceso.*” (BERIZONCE, 2017, p. 506, tradução nossa),

98 “*La que nosotros llamamos tutela del derecho es en realidad tutela del proceso.*” SATTA, 1971, p. 36)

99 Em uma visão paradigmática do processo constitucional, unido a uma visão dialética processual dialogal do fenômeno conflito lógico de interesses, vemos que é possível por via processual manter a instância política atualizada pelo debate travado pelos sujeitos que discutem sobre suas pretensões. Ou seja, o reflexo social é inevitável, pois a reflexão ali posta e possibilitada por um Processo marcado pela colaboração e por um contraditório de caráter dialógico faz manter atualizado o núcleo central da Democracia Participativa posta no Estado Democrático de Direitos. A finalidade de um bom governo não é possível ser expressada frente à sociedade plural, o que exige a constante renovação do debate para a alocação dos bens da sociedade. (SANTOS, 2018)

contraditório, quanto à nível de colaboração processual, consistindo matéria na qual, de maneira fundamentada, deverá o juiz concretizar o direito pela decisão, fornecendo traço de democraticidade e participação à criação do direito no caso concreto.

A jurisdição, diante da passagem do paradigma moderno ao da complexidade, “**não tem qualquer valia sem o processo**” (LEAL, 2016, p. 53, grifo nosso), na medida em que o processo hoje representa:

[...] complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdição (juiz) que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu saber decisório. (LEAL, 2016, p. 53)

Quanto ao juízo, a legitimidade do juízo jurisdicional depende, em uma perspectiva processual e democrática do direito, não apenas do convencimento sobre o caso, mas sim a fundamentação a partir do caso concreto, *a partir do diálogo com as partes ao longo do processo*, conforme se compreende da leitura arts. 5.º, LV, 93, IX, da Constituição Federal e 7.º, 9.º, 10, 11 e 489, § 1.º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1988; 2015).

5 CONCLUSÃO

O trabalho objetivou demonstrar a necessidade de se falar em uma revisão do princípio dispositivo pela constitucionalização, o que impende que seja visto como norma, e não mais como lei. A motivação judicial, nesse sentido, perde sua razão de ser atrelada à subsunção, flexibilizando a congruência processual. Apontar essa deficiência atrelada à motivação judicial é importante, pois, como muito ocorre na prática, nos casos em que a subsunção não é possível, o que ocorre no cotidiano é a presença de decisões judiciais reflexas da filosofia da consciência (discricionariedade em casos das “lacunas judiciais”). Quando se aponta a insuficiência da motivação judicial, aporta-se a fundamentação judicial como possibilidade para interpretação, porém a fundamentação somente é legitimada democraticamente quando realizada pelo objeto do debate processual.

Ao apontar a insuficiência da motivação judicial, a decisão judicial não pode

mais ser vista da perspectiva da decisão *infra* ou *extra petita*, pois a fundamentação passa a exercer importante papel interpretativo para o direito, dada função de proteção a ameaça e lesão de interesses que adquire o processo judicial com a constitucionalização do direito. Esses interesses são plurais e dinâmicos e exasperam a lei e merecem reconhecimento, o que não ocorre muitas vezes por via legislativa, mas pode por via judicial, centrado no contraditório processual.

O Processo Judicial, dessa maneira, representa as complexidades sociopolíticas dinamizadas por fenômenos contextuais, os quais superam os textos normativos estáticos. O contraditório é o espaço de participação democrática junto ao processo, que permite exercer ativamente a governança no processo na construção da decisão.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. El derecho fundamental a un proceso Justo, llamado también debido proceso. **Proceso & Justicia**, Lima, 2000.

AROCA, Juan Montero. **Poderes del juez y poderes de las partes**. Roma: Cedam-Padova, 1988.

ASTETE, Silvia V. Solorzano. **La aplicación del principio iura novit curia**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de San Martín de Porres, Peru, 2012.

BENABENTOS, Omar. **Teoría general del proceso**. 2. ed. Rosario: Editorial Juris, 2005.

BERIZONCE, Roberto. Bases para actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica. **Themis**, Peru, n. 58, p.184-197, 2010. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/45083/31763>. Acesso em: 16 out. 2022.

BERIZONCE, Roberto. Ideologías y proceso. **Revista Eletrônica de Direito Processual (REDP)**, Rio de Janeiro, a. 11, v. 18, n. 2, p. 470-515, maio/ago. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/30029>. Acesso em: 16 out. 2022.

BERTOLINO, Giulia. **Giusto processo civile e giusta decisione**: Riflessioni sul concetto di giustizia procedurale in relazione al valore della accuratezza delle decisioni giudiziarie nel processo civile. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Università di Bologna, Bolonha, 2007. Disponível em: <http://amsdottorato.unibo.it/119/>. Acesso em: 16 out. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Terra e Paz, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRUS, Florence. **Le principe dispositif et le proces civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Université de Pau et des Pays de L'adour, Pau, 2014.

BRUTAU, José Puig. **A Jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, [s. l.], v. 2, n. 60, p. 449-463, 2005. Disponível em: http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito. Acesso em: 30 abr. 2019.

CALAMANDREI, Piero. **Opere giuridiche**. Napoli: Morano Editore, 1968.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006.

CHASE, Oscar. **Derecho, cultura y ritual**: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

DE LOS SANTOS, Mabel. La flexibilización de la congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, [s. l.], n. 17, p. 295-318, jan./dez. 2006.

DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione dei nuovi diritti. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DOTTI, Federica. **Diritto della difesa e contraddittorio**: garanzia di un giusto processo? Roma: Pontificio Istituto Biblico, 2005.

ERNESTO, Pedraz Penalva. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, [Madri], n. 23, p.13-48, 1996. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/45083/31763>. Acesso em: 16 out. 2022.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, [Lima], n. 8, p. 89-108, 1994. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/45083/31763>. Acesso em: 16 out. 2022.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Philosophie du procès : propos introductifs. **Archives de philosophie du droit**, Sirey, p. 19-23, 1994.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. **Iura novit curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.

GONZÁLEZ, José Calvo. La controversia fáctica: contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del derecho. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, Valparaíso, n. 26, p.221-256, 2008.

GRADI, Marco. **Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione**. *In*: Studi in Onore di Carmine Punzi. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. p.63-89.

GROSSI, Paolo. **La invenzione del diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Roma: Pacini Giuridica, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

LÓPEZ, Sonia Calaza. Principios rectores del proceso judicial español. **Revista de Derecho de la UNED**, [Madri], n. 8, p. 49-84, 2011. Disponível em: <https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11044>. Acesso em: 16 out. 2022.

MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MORO, Paolo. **Il diritto come processo**:princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli S.R.L., 2012.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OST, François. ¿Para qué sirve el derecho?... para contar hasta tres. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, [Alicante], n. 40, p. 15-48, set. 2017. Disponível em: <https://doxa.ua.es/article/view/2017-n40-para-que-sirve-el-derecho-para-contar-hasta-tres>. Acesso em: 2 jul. 2021.

PALMER, Richard. **¿Qué es la hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Democracia, Participação e Processo. *In*: GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. São Paulo: Editora Forense, 2000.

PUGA, Mariela. **Litigio estructural**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga. Acesso em: 16 out. 2022.

RACHELI, Stefano. Meditazioni in tema di motivazione. *In*: **Cultura e diritti: per una formazione giuridica**. Pisa: Pisa University Press, 2015.

RAMOS, Manuel Ortells. **Derecho procesal civil**. 8. ed. Barcelona: Arazandi, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, v. 40, n. 40, p. 101-120, 2014. Disponível em: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/8/html>. Acesso em: 16 out. 2022.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia una teoría procesal del derecho. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). **Desvendando o Novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RODOTÀ, Stefano. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SANCHES, Sydney. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Processo**, [s.l.], v.4, n.13, p.31-47, jan./mar. 1979.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. **Filosofia do Direito Processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7058>. Acesso em: 16 out. 2022.

SATTA, Salvatore. **Soliloquios y coloquios de un jurista**. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-América, 1971.

SILVA, Ovídio Baptista Araújo da. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

SOARES, José de Souza. **O novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Grafica Labor, 1940.

SOLÁ, Marcela García; BARBERIO, Segio. Principios generales del proceso civil: diseño clásico y mirada actual. In: PEIRANO, Jorge. **Principios procesales**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

SOULIER, Gérard. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, [s. l.], v.17, n. 1, p. 9-24, 1991. Disponível em: https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1991_num_17_1_1100. Acesso em : 16 out. 2022.

VARELA, Casimiro. **Fundamentos constitucionales del derecho procesal**. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1999.

VIOLA, Francesco. Il futuro del diritto. **Revista Semestral de la Facultad de Derecho**, Navarra, n. 79, jul./ dez. 2018. Disponível em: http://www1.unipa.it/viola/Il_futuro_del_diritto.pdf. Acesso em: 31 jan. 2018.

A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL

DOI10.55339/9788560757244013

Cristhian Magnus De Marco
Paulo Junior Trindade dos Santos
Gabriela Samrsla Möller

1 INTRODUÇÃO

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de toda incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. (PASSOS, 2000, p. 68-69)¹⁰⁰

A normativa constitucional incorporada à lei processual civil nos artigos 1º ao 11 (BRASIL, 2015) busca, de forma definitiva, aderir ao processo uma ampla reestruturação de seus institutos-base, o que importa em uma passagem do devido processo legal ao processo justo. A normativa dá forma a um movimento há muito tempo objeto de estudo pela doutrina processualista, voltado a um redesenho do processo civil a partir de uma perspectiva da democracia participativa. Tal movimento confere maior espaço à cooperação e ao contraditório processual, operando uma defesa dos direitos humanos e fundamentais no e dentro do processo, para que, assim, o direito constituído pela sentença seja ele também um direito justo, ou seja, um direito que esteja em consonância com uma hermenêutica que respeite os direitos fundamentais e humanos. Há uma ligação (cuja cisão é impossível) entre processo e direito: sem processo justo, não há direito justo.

Nesse cenário, busca-se uma proposta para alcançar uma maior maturação

100 “Se o direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quando do administrativo e do jurisdicional.” (PASSOS, 2000, p. 68-69)

das perspectivas constitucionais ao direito processual civil e ao direito como um todo, pois as regras processuais, às quais são aplicadas os princípios constitucionais, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa. Em tempos de pós-modernidade, as configurações sociais mudam, a hipercultura se faz presente e a estrutura do Estado e do direito proveniente de bases modernas legais já não mais alcança os novos fenômenos que pululam. Diante dessa perspectiva, subjaz a seguinte questão: como pode o direito resolver conflitos para os quais não há resposta?

O direito vem antes da lei, é social e humano. A constitucionalização muito bem mostrou que a cisão regra-princípio abre um novo horizonte de perspectivas ao direito, porém uma série de atrocidades jurídicas se perpetua na medida em que a hermenêutica até então desconsiderou a importância do processo ao direito, conectando a decisão judicial diretamente com a jurisdição – poder do juiz –, e não com o processo – poder da sociedade pelo contraditório processual.

O processo justo, nessa perspectiva, surge como o processo constitucionalizado, que absorve, em sua arquitetura, os importantes e democráticos princípios fundamentais da dignidade humana e da cidadania. Trata-se de uma superação da forma do tradicional devido processo legal, que, ao se ater a formalidades rígidas dos institutos processuais, foi responsável por reduzir o direito à lei, manifestando a primeira fase da constitucionalização do processo, marcadamente formal. O processo justo, por sua vez, assume a dimensão material da constitucionalização, é o melhor modo de proteger o direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988)¹⁰¹. Isso porque o processo justo tem como corolário a participação democrática e a cidadania ativa, defendendo as bases de participação das partes na construção do direito e propiciando uma interpretação normativa do ordenamento jurídico voltado à tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em sentido horizontal.

Nesse sentido, para trazer ao processo – e, conseqüentemente, ao debate – conflitos cuja previsão exaspera os contornos legais, é necessário que o processo judicial construa esse novo direito de forma democrática. Mesmo que a abordagem sobre justiça seja voltada à vida e à liberdade das pessoas envolvidas, as instituições possuem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça. A democracia é avaliada pela possibilidade de argumentação racional pública, é o governo por meio de debate como forma de enriquecer a disponibilidade informa-

101 “XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” (BRASIL, 1988).

cional (SEN, 2000).

O processo contemporâneo tem como filosofia tornar-se espaço para resolução dos contextos plurais e complexos que advêm da globalização, para servir como espaço democrático de criação/concretização do direito, retirando a atenção da jurisdição e voltando-a ao processo justo. O estudo é dividido em três capítulos: o primeiro apontará a necessidade de se pensar a sociedade a partir de uma inegável complexidade, o que exige uma ciência permeada pelo paradigma da complexidade em sua ciência; o segundo capítulo versará sobre a necessidade de se ultrapassar os cânones do devido processo legal; e o terceiro capítulo, por fim, explanará sobre o processo justo como possibilidade de ser falar em um direito justo.

2 PENSAR A SOCIEDADE A PARTIR DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: PRIMEIROS PASSOS PARA COMPREENDER A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL

O que afeta um paradigma, ou seja, a chave de todo um sistema de pensamento, afeta tanto a ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e, conseqüentemente, a prática, a sociedade. (MORIN, 2002, p. 32, tradução nossa¹⁰²)¹⁰³

A complexidade contextual que hoje altera as configurações sociais ocorre devido aos efeitos da tecnologia junto à globalização, aumentando o grau de complexidade dos conflitos e a velocidade na qual os cenários mudam. Nosso tempo é de transitoriedade, considerada como a relatividade em razão do ritmo, escala, natureza e alcance da transformação social, que alçam tal magnitude que sucedem momentos de destruição e criação em uma velocidade frenética. (SANTOS, 2005, p. 361)

Uma sociedade complexa é marcada por bens sociais heterogêneos e não resulta

102 “Lo que afecta a un paradigma, es decir, la clave de todo un sistema de pensamiento, afecta a la vez a la ontología, a la Metodología, a la Epistemología, a la Lógica, y en consecuencia, a la práctica, a la sociedad, a la política.” (MORIN, 2002, p. 32)

103 “¿Qué es la complejidad? A primera vista la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple. Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre... De allí la necesidad, para el conocimiento, de poner orden en los fenómenos rechazando el desorden, de descartar lo incierto, es decir, de seleccionar los elementos de orden y de certidumbre, de quitar ambigüedad, clarificar, distinguir, jerarquizar [...] Pero tales operaciones, necesarias para la inteligibilidad, corren el riesgo de producir ceguera si eliminan a los otros caracteres de lo complejo; y, efectivamente, como ya lo he indicado, nos han vuelto ciegos.” (MORIN, 2005, p. 81-84).

da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. A partir da complexidade, tem-se que não existe um direito ideal, mas tão somente um direito que atenda às circunstâncias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstâncias imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos (BRUTAU, 1977, p. 20).

Entretanto, o direito acaba se movimentando dentro de uma mirada teórica, objetivante, devendo calcular e prever, cujo reflexo é a lei, a qual tipifica condutas e estipula consequências, passando o direito a operar pela ameaça de coerção. O direito se imuniza contra o excesso, contra a abundância da vida. Dessa forma, um primeiro passo em direção a outra visão do direito é advertir o caráter relativo da suposta neutralidade do direito. Essa constatação impulsiona como necessário o trânsito para outras formas de pensar (WARAT, 2004), modificando a racionalidade centrada na razão, que por muito empobreceu os ramos da ciência, dado que a linguagem da ciência traduz a complexidade significativa para uma complexidade conceitual; porém, quando logicamente ordenada, torna-se empobrecida.¹⁰⁴ (WARAT, 2009, p. 306).

Esta formatação epistemológica se deve ao fato de que as últimas tendências da ciência e da filosofia foram baseadas na verificação e objetivação, o que se estendeu à ciência jurídica. Surge assim a ideia de representação, proveniente do símbolo; é a ideia de que qualquer coisa pode ser revelada pelo fato de já ser esperada. Assim, não é a base da experiência a ideia de exata representação da natureza, mas sim o projeto matemático. A purificação da ciência jurídica foi uma forma de “despolitizar” (“despotenciar”, “eufemizar”) a intervenção dos juristas e apresentar o

104 “No plano paradigmático, encontramos, inicialmente, expressões por muito tempo rejeitadas, principalmente pelos juristas de cultura continental, e cuja pertinência é finalmente reconhecida. Assim ocorre com as expressões ‘integração social’, ‘controle social’, ‘orientação social’, ‘função promocional’ [...] E tampouco nos surpreendemos ao ouvir falar de ‘potencial negativo’, de ‘história sem script’, de ‘alternativas ao direito’, de ‘direito informal’, de ‘complexidade’, de ‘metodologia transgressiva’. De abordagem ‘sociopolítica do jurídico e do judiciário’, de ‘novo sentido comum jurídico’, de ‘conversão reguladora’, de ‘identidade fragmentada’, de ‘condição translocal’, de ‘ação e interação significativas’, de ‘interação simbólica’, de ‘forma construtivista de realismo’, de ‘empirismo crítico’, de ‘análise interpretativa’. O próprio termo ‘globalização’ adquiriu *paradigmático*. Ele abarca, com efeito, um ‘feixe de conceitos’ – o conjunto daqueles que acabamos de citar anteriormente – através de cuja referência torna-se possível renovar os questionamentos propondo novas problemáticas.” (ARNAUD, 2007, p. 62)

veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes. Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais fácil se construir-se uma imagem dos juristas como acadêmicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstratas e eruditas (HESPANHA, 2017, p. 40).

Em um contexto onde as necessidades fazem com que os interesses mudem com uma rapidez jamais vista e adquirem formas que ignoram o outro ou implicam numa exclusão ordenada de grupos e interesses alheios, mais do que nunca o direito pode ser uma ferramenta de proteção. As necessidades humanas são “[...] um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos.” (RIBEIRO, 2010, p. 19), não são manifestações rígidas e imutáveis do humano, de modo que perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das luzes, pois esqueceu-se essa que a irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, gerando mutações caóticas no sistema. As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, reflexo das angústias e desejos humanos. O ambiente formado pela artificialidade impregnada do direito procura preexistir aos fenômenos, denotando um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea policontextual.

Essa formação é posta em questionamento hoje em dia, pois a complexidade agrega desafios ao direito como jamais vistos, o junto a evoluções em disciplinas fundamentais ao direito como os direitos fundamentais e os direitos humanos, que entram em confrontam frente a construções ideológicas e desumanizadoras perpetuadas por um paradigma acrítico e ultrapassado. Um dos principais pontos de questionamento sobre o direito legal hoje surge em virtude da ausência dos poderes executivo e legislativo na execução dos mandamentos constitucionais¹⁰⁵ e na regulamentação das pretensões sociais. É, inclusive, uma tarefa hercúlea apreender o social por meio de leis, de modo que o Judiciário, no que tange às construções possibilitadas pelo processo civil surge como alternativa democrática para a construção do direito em um mundo de complexidades.

105 “Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado. [...] (daí) a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas [...]” (STRECK, 2014, p. 89 e 104).

[...] as abordagens do paradigma da **complexidade prevalecem a ética do diálogo e a vontade de cooperar com os demais**, com outros cientistas e com todas as pessoas. A transdisciplinaridade significa a rejeição de todo dogmatismo, de toda mentalidade fechada e atitudes autoritárias, de onde quer que venham e de quem os exiba. Rejeitamos qualquer tendência à dominação, simbólica ou física, dos homens e mulheres, bem como a dominação exploratório-destrutiva de toda a vida natural. (VILAR, 1997, p. 37-38, grifo nosso, tradução nossa¹⁰⁶)

Diante de um quadro de complexidade social que reclama novas e adequadas soluções pelo direito, frente a uma ainda ciência jurídica apregoada a um paradigma mecanicista do direito, refletir sobre novas possibilidades de revisitar ciência jurídica, como pela ciência do processo e através de um paradigma da complexidade, sendo este é assunto fundamental para se pensar a complexidade e modos de compreendê-la/apreendê-la de maneira humana.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL E A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAR BARREIRAS DO FORMALISMO PROCESSUAL

Na constância do que acima foi discutido, pergunta-se como poderão as instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para os quais o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo do progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade do século XIX europeu, servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo. (SILVA, 1997, p. 203). A modernidade aderiu ao direito a simplicidade jurídica, na busca de segurança para a vida em sociedade. Porém, isto não existe mais em tempos de complexidade, onde “[...] os fulgurantes progressos das tecnologias de informação, a globalização de economia, a aceleração das mutações culturais contribuem para ampliar este fenômeno”, onde não mais é possível encontrar soluções ideais – leis para regular os fenômenos plurais. O

106 [...] *los planteamientos del paradigma de la complejidad prevalecen la ética del dialogo y la voluntad de cooperar con los demás*, con los otros científicos y con toda gente. La transdisciplinariedad significa el rechazo de todo dogmatismo, de toda cerrazón mental y de las actitudes autoritarias, vengán de donde vengán y las exhiba quien quiera que sea. Rechazamos cualquiera tendencia a la dominación, simbólica o física, de los hombres y de las mujeres, así como la dominación exploradora-destructora del conjunto de la vida natural. (VILAR, 1997, p. 37-38, grifo nosso).

modelo de processo de conhecimento como processo declaratório, inserido dentro do paradigma moderno, tem como base uma verdade é proclamada para que, por um juízo de certeza do magistrado pela utilização dos meios de ataque e defesa dos litigantes, será o processo no qual vigora a “separação de poderes” como base de sua sustentação (ARNAUD, 2007, p. 54).

Ocorre que em uma sociedade complexa como a que se vive hoje, o direito apartado da sociedade não protege a dimensão agregada pelos direitos fundamentais e humanos. O processo civil, pela proposta, ocupa um lugar especial para o direito (seu lugar originário), reflexo dos avanços na ciência jurídica para um paradigma da complexidade. Passa-se de uma relação entre Estado-Constituição para uma entre Sociedade-Constituição, no qual a proteção constitucional é voltada não a defender a separação dos poderes do Estado, mas sim em se preocupar em desenvolver ferramentas democráticas e efetivas voltadas a proteção dos direitos humanos e sociais, voltada sim à separação dos poderes internos da sociedade, como o religioso do político, o midiático do financeiro, o econômico do judiciário, dentre outras “separações” que evidenciam teor democrático (ROUSSEAU, 2010, p. 33-34).

Para melhor compreender sobre o fundamento de se falar em uma passagem do devido processo legal, é necessário apontar quanto à constitucionalização do processo, que esta ocorre em um primeiro estágio sob uma perspectiva formal da Constituição, podendo-se falar no caso em uma dimensão negativa dos direitos fundamentais frente ao Estado. O processo, nesse contexto, descrevia o modo como a máquina jurídica deveria trabalhar, caracterizando, de forma inconfundível, base constitucional do direito processual através das garantias processuais, voltada a uma proteção dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970, p. 153-154) – ocasionado por um processo inquisitorial –, como para evitar que o legislador se opusesse a institutos processuais básicos para a defesa e liberdade.

Já em um segundo estágio, com a constitucionalização material do direito voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), o modelo de hermenêutica constitucional muda, os conflitos também passam a ser vistos a partir do interesse público, desvelando nova dimensão ao processo civil e ampliando o papel político do processo. Ocorre um natural – e polêmico – aumento do controle jurisdicional, tanto no controle dos demais poderes como em razão da força que ganham os direitos fundamentais e humanos em um cenário pós-guerra. Com a cisão regra-princípio, porém, o processo civil passa a centrar-se diametralmente na *jurisdição*, por deci-

sões assentadas na *filosofia da consciência* (STRECK, 2010, p. 93), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial.¹⁰⁷ É a partir desse quadro que o presente debate surge, pois o processo justo surge dessa superação de uma demasiada centralização na jurisdição e com essa superação é possível falar em passagem do devido processo legal, pois mesmo com a constitucionalização do direito, a constitucionalização material do processo ainda não foi alcançada, estando o processo cerrado numa concepção de “devido processo legal” – muito repetida por juristas, inclusive.

Delineada o processo ganhando essa nova tônica que tem a preocupação alcançar sim a garantia de um processo justo, mais do que um “processo legal”, *colocando no primeiro plano ideias éticas*, em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento, ao qual se limita o devido processo legal, marcado por contornos provenientes de uma ciência processual ultrapassada, caracterizada por fenômenos variados, que vão desde um apego às formas e desconsideração da substancialização destas, como um apego a legalidade ou ao voluntarismo judicial, ignorando em ambos os casos o processo, os debates e as partes na construção do direito. O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito são reduzidos à lei ou a discricionariedade na falta desta. Nesse sentido, os princípios constitucionais aplicados ao processo podem e devem dar uma nova perspectiva ao direito e ao processo civil, principalmente no que toca à participação democrática da sociedade na construção do direito, que representa dois importantes princípios fundamentais: cidadania e proteção da dignidade humana.

Essa perspectiva superadora do devido processo legal apresenta um modo de incorporar a política no dia a dia da sociedade, pois naqueles tradicionais locais de discussão política sobre o bem comum, onde ela está *purificada*, como as assembleias onde se discute e legisla, as esferas do Estado onde se tomam decisões, jurisdições supremas, exatamente nesses lugares, se propaga a opinião desencantada que há pouco a deliberar e que as decisões se impõem por si mesmas.

107 “Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.” (CAPPELLETTI, 1993, p. 42)

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração do grau de participação e voz no processo, pois busca-se concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem “[...] que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível” (SILVA, 1997, p. 11) e que tenda a “[...] penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao indivíduo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático.” (RIBEIRO, 2010, p. 96). Em uma democracia:

A dialética processual é, portanto, fonte de direito; mas a mesma dialética processual não permite apenas chegar à definição jurídica do caso, estabelecendo o chamado direito sobre a coisa; isso é também, e sobretudo, funcional à determinação da norma da norma jurídica pré-posta ao caso em juízo (de modo a não representar o processo nos estreitos espaços da aplicação da norma pré-existente ao caso controverso, acredita-se, vice-versa, que justamente no processo, caracterizado pelo andamento dialético, não apenas a norma reguladora é percebida e identificada, mas também que no mesmo processo, graças à atividade dialética das partes nele envolvidas, a norma é colocada, ou criada. (MORO, 2012, p. 92, tradução nossa¹⁰⁸)

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem na forma hierárquica e piramidal.¹⁰⁹

108 “La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funziolale anche, e soprattutto, ala determinazione della norma dela norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall’applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che próprio nel processo, caratterizzato dall’incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma reglatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all’attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, overo creata.” (MORO, 2012, p. 92).

109 Nesse sentido ver Ost (2017, p. 15-48), o qual critica a forma piramidal de produção jurídica, e também ver Arnaud (2007), que fala sobre a policentralidade no direito.

4 UM PROCESSO JUSTO COMO POSSIBILIDADE PARA SE FALAR EM UM DIREITO JUSTO

A filosofia do direito processual tem base em um processo justo, desvelando a conexão entre processo e direito. O constitucionalismo inaugura o Estado Democrático de Direito, ou o que se denomina, na atualidade, como Estado Ativo Responsivo,¹¹⁰ conceito que considera a democracia como uma construção que revisita suas instituições com o fim de conciliar a participação e a cidadania como aspectos elementares para a legitimação das decisões: “[...] devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivaram processualmente no mundo vivente.” (LEAL, 2002, p. 31).

Mesmo com essa perspectiva, o processo hoje tem a estrita finalidade de pôr fim ao litígio pelo predomínio de uma operação lógico-matematizante no direito (teoria do fato jurídico) ou o predomínio da filosofia da consciência (solipsismo judicial), sequer abrindo horizontes para a discussão de uma participação democrática e construção do direito democrático pelo processo. A cidadania representa nada menos do que participação no debate público, o que inclui o direito, de modo que falar hoje em um direito democrático implica enfrentar esse importante fundamento da sociedade. O cidadão ativo é o modelo de indivíduo que corresponde à atual leitura da constitucionalização do direito, e por esta visão o processo justo encontra fundamento, reformulando a arquitetura processual.

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente e de forma material, o devido processo legal passa a ser um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI da Constituição Federal) (BRASIL, 1988). Nesse sentido, o processo deve reivindicar sua qualidade de direito fundamental, responsável por buscar a satisfação de um ideal de justiça ligado a um direito mais humano, mas solidário e mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALÁRCON, 2000, p.

110 “Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas. Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricão. É por esse motivo que o direito responsivo pressupõe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas.” (NONET; SLEZNICK, 2010, p. 126)

69). A matriz do processo justo não somente busca defender a normativa dos direitos constitucionais e humanos, mas também ser capaz, efetivamente, de modificar a realidade social por um direito mais participativo, elevando-se a um *maxi* princípio fundamental (CALAMANDREI, 2017, p. 148). O processo justo tem sua força dada a síntese que opera entre a garantia processual e a epistemologia Constitucional. A justiça do Processo deve estar presente no início, no desenvolvimento, na conclusão. O direito justo, reflexo do processo justo, combina participação democrática e direito, reformulando a tutela judicial e exige, para tanto, a aplicação das garantias e direitos fundamentais, refletindo grandes consequências práticas.

De tal modo, relativiza-se não só o conceito de legalidade, o qual a interpretação pode resultar mais ou menos jurídica ou menos política, mas sobretudo o conceito de justiça. Tal conceito, tão importante para a existência do homem por recolher no curso dos milênios a atenção dos intelectuais como simples homens da rua, não pode não levar conta, se desconsiderado em uma perspectiva operativa, os efeitos complexos de uma determinada decisão judiciária. Em tal âmbito, não obstante as incertezas de suas possíveis interpretações, o conceito de justiça parece de fato em condições de desenvolver uma função essencial: fornecer um ponto de vista externa ao ordenamento. (FEBRAJJO, 2016, p. 97)

A constitucionalização do processo civil ocasiona uma *centralidade do ordenamento normativo processual*, dado que os direitos fundamentais e humanos propiciam uma amplitude interpretativa. Nesse sentido, a democracia em uma sociedade complexa não se expressa apenas como formal (vertical), mas, também, substancial (horizontal). Esses novos sentidos propiciam maior proteção de direitos em benefício dos indivíduos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas. Os princípios, os direitos humanos sempre devem oxigenar a lei e também servir de marco para a criação de novos direitos, o que é e pode de maneira mais abrangente ser operacionalizado pelo processo: novos direitos, transformações manifestam o significado da constitucionalização do processo e do direito (MORELLO, 2000, p. 56-57). Busca-se caminhar a um sentido mais democrático de direito, passando-se de uma centralização na jurisdição para o processo, voltado a melhor atender as necessidades contextuais, superador do formalismo jurídico e do positivismo, pois é canal que conecta com maior rapidez e prática os conflitos

sociais – faceta da complexidade social – ao direito, sendo ramo prático e sensível as manifestações sociais.

Uma vez que há um primeiro momento político do Direito, expressado por sua constituição/criação pelo legislador, ocorre um segundo momento político quando o direito é ressemantizado e, paralelamente, existe um campo jurídico não-estatal, que consiste nos conflitos que superam o que é lei, o que se torna um elemento de participação social. Pelo posto, é evidente o Direito possui em seu âmago componentes legitimadores da dominação social, razão pela qual o direito é eminentemente político e extrapola o Estado em razão das relações de poder que ocorrem na formação social (ROCHA, 1998, p. 55).

Sob essa ótica, a filosofia do direito processual civil assenta suas bases em um processo justo, com ampla participação por meio do debate processual, possibilitando assim proposições de novos direitos e dignificação de direitos preexistente e injustos ao caso concreto, na busca de importantes princípios como dignidade humana e cidadania, buscando tornar a criação e ressemantização do direito tarefa mais democrática frente a uma sociedade policontextual e complexa.

5 CONCLUSÃO

O natural do direito consiste em estar íntimamente envolvido com a sociedade, isto é, estar no centro de sua *physis*, ser estruturalmente parte dela. Não é o instrumento coercitivo do soberano nem o espaço para as fugas teóricas de um doutrinário; também pode ser isso, pode se tornar isso, mas em primeiro lugar é algo mais e é algo diferente. (GROSSI, 2003, p. 45, tradução nossa¹¹¹).

O direito processual hodierno é importante instituto no cenário atual, pois hoje é o judiciário que absorve e decanta o sem número de conflitos e de violações a direitos humanos e fundamentais de um contexto plural e, diante dessa realidade, nada mais natural do que se discutir como pode esse processo servir também a democracia e, em seu âmago, também respeitar princípios constitucionais voltados a maior participação do indivíduo na construção do direito. De nada adianta propiciar uma abertura de portas pelo judiciário para serem levados os conflitos se a voz

111 “Lo natural del derecho consiste en estar íntimamente compenetrado con la sociedad, es decir, estar en el centro de la fysis de ésta, ser estructuralmente participe de ésta. No es el instrumento coercitivo del soberano o el espacio para los vuelos tóricos de un doctrinario; puede también serlo, puede convertirse en ello, pero en primer lugar es algo más y es algo diferente.” (GROSSI, 2003, p. 45)

dos indivíduos mal ecoa quando da construção do direito.

A presente reflexão dá suportes para pensar como direito se comportará, tanto como direito estatal como os “não direitos”, frente a gama de inovações que apresentam novos cenários ao direito. Buscou-se dar bases para se pensar que o paradigma da complexidade reflete um novo período ao direito, onde este é reformulado pelas normas constitucionais e por uma exigência de justiça, de participação como jamais vista, por meio do qual o processo civil pode servir como meio de legitimação das decisões pelo processo justo, colaborativo, dialogal e fundamentado.

O contexto supera o texto e o direito hoje é mais do que previsão, do que se limitar ao mundo jurídico, pois o direito é um sem-número de possibilidades, expressada pelos conflitos que surgem e representam uma pluralidade de ameaças e lesões a direitos. A tutela dos conflitos hoje é realizada em sua maior parte pelo Judiciário e pensar modos de democratizar essa instância foi o objetivo da reflexão, por isso compreender que a discussão sobre o direito processual hoje é fundamental se quando se fala em democracia, participação social e proteção dos direitos humanos e fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Reynaldo Bustamante. El derecho fundamental a un proceso Justo, llamado también debido proceso. **Proceso & Justicia**, Lima, 2000.

ARNAUD, André-Jean. **Governar sem fronteiras**: entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 5 dez. 2019.

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre:

Coleção AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

FEBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**: Constituição e Teoria dos Sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

GROSSI, Paolo. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madri: Editorial Trotta, 2003.

GUILLEN, Víctor Fairen. Bases uniformes de legislación procesal. *In: Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, 5., 1970, Bogotá. **Anais** [...] Bogotá, 1970. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1957400.pdf>. Acesso em: 16 out. 2022.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra: Almedina, 2017.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

MORELLO, Augusto Mario. **El derecho y nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Barcelona: Gedisa, 2005.

MORO, Paolo. **Il diritto come processo**: princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milão: Franco Angeli S.R.L., 2012.

NONET, Philippe; SLEZNICK, Philip. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. **Confluences Méditerranée**, [s. l.], n. 73, p. 31-36, 2010. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2010-2-page-31.htm>. Acesso em: 16 out. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, [s. l.], n. 39, p. 363-420, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILAR, Sergio. **La nueva racionalidad: comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios.** Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. v. 2.

MÉXICO: UN ESTUDIO BASADO EN LA LICITUD EN LA TOMA DE MUESTRAS CORPORALES DEL IMPUTADO

DOI10.55339/9788560757244014

Amalia Patricia Cobos Campos
Janaína Reckziegel

1 INTRODUCCIÓN

La intervención corporal realizada como acto de autoridad del poder público para diversos propósitos, es de suyo una diligencia muy debatida, particularmente en el derecho penal, dicha intervención ha estado muy ligada a las acotaciones que es factible aplicar a los derechos humanos en el marco de la colisión de los derechos mismos, por lo que la realización o no de tales intervenciones está asimismo vinculada a la razonabilidad de su aplicación.

Esta última ha sido entendida según Aguilar Cabrera (2014) como “un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales”.

El autor en mención amplía su esfera de aplicación incluso a la actuación de particulares, empero para nuestro estudio, nos centraremos en las que son efectuadas por una autoridad competente, por ser estas las que pueden tener relevancia en el proceso y requieren para su justificación y validez del respeto irrestricto de los derechos fundamentales en el marco de la respectiva constitución.

Vásquez⁽²⁰¹⁸⁾ por su parte nos comparte la necesidad de aplicar el *test* de razonabilidad, entendido este como una herramienta de índole argumentativa que facilita la aplicación del derecho de los derechos humanos mediante la consideración de los principios que detenta el derecho en colisión y utilizando la razonabilidad como un aspecto esencial en la decisión judicial concreta.

Luego entonces en el uso de las llamadas intervenciones corporales se debe indudablemente aplicar la razonabilidad y usualmente esta se realiza mediante la aplicación de los *test* antes mencionados como baremos esenciales para dictar una

determinada resolución en este sentido y que el juzgador deberá fundar y motivar sustentándose particularmente en el mencionado principio.

La terminología usada para su denominación no es universal, aunque la más común es la antes mencionada, la Corte Constitucional Colombiana las considera como inspecciones corporales lo que nos permite visualizar un enfoque diverso en su naturaleza imbíbita (RUIZ JARAMILLO, 2004: 227-250).

Evidentemente resulta necesario analizar qué son dichas intervenciones y cuál es su naturaleza jurídica, al respecto, Albiñana (2016) las define como “aquellas diligencias que tratan de conseguir el descubrimiento de la verdad material en la fuente probatoria del cuerpo humano, bien sea el de la víctima, el del sospechoso o de un tercero” y añade que, las mismas se valen del propio organismo “como objeto de la demostración para el juicio de reproche jurídico-penal que debe culminar el proceso penal” (ALBIÑANA, 2016) en consecuencia se entiende como tales únicamente aquellas que se realizan en el cuerpo humano o que tienen como origen a este.

El autor en cita añade que, dada su finalidad, podemos considerarlas en principio como diligencias de investigación, directas o indirectas, puesto que tienden a la comprobación del tipo penal mismo, a la identificación del autor del ilícito, encontrar huellas de este último o sus consecuencias (ALBIÑANA, 2016:5).

Matos Hidalgo y Chávez Ramírez (2021) citando a Brito Febles (2009), afirman que las denominadas intervenciones corporales se realizan mediante la práctica de determinadas medidas de inspección particularmente sobre en aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la

[...] interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero (testigo o víctima), limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en el proceso penal.

González Cuéllar Serrano (FERNÁNDEZ Acebo, 2014:27) las conceptúa como “medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento y por medio de la coacción directa, si

es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él”, concepto que consideramos más acorde a los alcances procesales de las diligencias en estudio, sin embargo, el autor parece justificar la *vis compulsiva*¹¹² para su realización, con el uso de la fuerza, lo cual es precisamente el punto más crítico de las discusiones respecto a las mismas y en cuya aplicación no existe una concordancia unánime, debiendo resaltarse que el autor en estudio las constriñe únicamente a diligencias de investigación.

Ruiz Jaramillo(2004:229-230) las define como “aquellas medidas de inspección, registro o de tratamientos diversos sobre la interioridad del cuerpo humano vivo, incluyendo la exterioridad al desnudo de sus partes pudendas, que se practican sobre la parte, el imputado o un tercero —testigo o víctima—, limitadas por la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque puedan restringir, bajo condicionamientos constitucionales, derechos fundamentales como a no ser molestado en su persona o la autonomía personal, con el fin exclusivo de constatar o revelar hechos que sirvan de fuente o medio de prueba en un proceso judicial”.

Este autor resalta la necesidad de que el sujeto de cuyo cuerpo se obtiene la fuente de prueba esté vivo y hace hincapié en la exigencia de constreñirse en su realización al respeto irrestricto de sus derechos humanos.

Examinados algunos conceptos de las intervenciones corporales, cabe considerar su naturaleza jurídica, la cual según Albiñana i Olmos (2016: 5) se visualizan desde tres vertientes, la primera como diligencias de investigación, que subdivide en directas o indirectas, tendente a determinar la existencia de un determinado delito, huellas o autorías; una segunda faceta la encontramos en la afectación que es inherente a tales diligencias, en cuanto a la vulneración de derechos fundamentales y, finalmente, el autor en análisis considera que podemos aludir a su contenido mixto que las ubica entre la prueba pericial y la prueba anticipada.

Duart Albiol (2013:47) por su parte, considera que las corrientes que explican su naturaleza jurídica las podemos resumir en tres posturas, quienes las consideran como actos de investigación, los que estiman que se trata de una prueba pericial y finalmente los que la centran en su carácter de prueba anticipada o preconstituida. La primera es detentada en términos generales según el autor en análisis por la doctrina española (DUART Albiol, 2013:47), en esta tesitura, hablaríamos de intervención corporal únicamente cuando esta se efectúe para “descubrir, constatar y

112 Autores como IGLESIAS Canle, Inés C. en su obra antes citada, hablan de *vis física*.

esclarecer los hechos delictivos” (DUART Albiol, 2013:47), las circunstancias que los rodean y la autoría de los mismos.

En su carácter de prueba pericial, entre quienes detentan esta postura, podemos encontrar al tribunal Constitucional Español, así lo asevera Magaldi Paternostro (2000) , autora a quién cita y respalda con su punto de vista Duart Albiol (2013) y complementando lo apuntado por la primeramente mencionada, nos dice que el sustento de tal enfoque se revela en la jurisprudencia Constitucional vertida en materia de test de alcoholímetros los cuales considera periciales, así como la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en España que en sus artículos 339 a 478 en cuanto a las intervenciones corporales alude a informes periciales y finalmente, añade, la exigencia de intervención de personal médico en la diligencia (DUART Albiol,2013:49).

Iglesias Canle (2014:26) por su parte explica que si bien todo apunta a que estas diligencias se dirigen a la obtención de muestras y tejidos biológicos, respecto de los cuales se efectuará con posterioridad una pericial, ello no implica *per se* su naturaleza jurídica como tales, ya que “la intervención corporal en sí misma aún cuando precise de una cierta pericia en su práctica lo que aconseja que intervenga una persona especializada en la materia, no debe considerarse necesariamente como una pericia”; sin embargo no deja de reconocer que para su incorporación al proceso requieren adquirir la naturaleza de prueba pericial. (IGLESIAS CANLE 2014:26).

Asimismo, encontramos doctrinarios para quienes deben considerarse como pruebas preconstituidas, tal es el caso de Gómez Amigo (2003:26), que al respecto dice que:

[...] constituyen diligencias sumariales de investigación y de obtención y aseguramiento de las fuentes de prueba (prueba preconstituida), que recaen o se practican sobre la materialidad física de las persona a los efectos de comprobar la existencia del hecho punible y la participación en el mismo del imputado y su grado de responsabilidad, restringiendo o limitando sus derechos fundamentales (integridad física o intimidad corporal, con carácter general); que pueden practicarse sin necesidad de que concurra el consentimiento del imputado; y que deberán decretarse en el curso de un proceso pendiente.

De donde inferimos que además de la necesidad de que se realice en la corporeidad del individuo-elemento en el que todos los autores coinciden – limita su

finalidad a la comprobación del cuerpo del delito y la intervención del imputado en su comisión, aunque reconoce al igual que Albiñana i Olmos la vulneración o acotación de derechos fundamentales en su realización y la posibilidad del uso de la fuerza al aludir a la innecesaridad de la voluntad del imputado pero hace hincapié en la existencia de un proceso.

Exteberría Gurrudi (1999: 245) encuentra que estas diligencias cumplen una importantísima función que es la adquisición y conservación de fuentes de prueba, pero estima que por sus diversas facetas detentan una naturaleza mixta.

No existe uniformidad en cuanto a la naturaleza jurídica de estas diligencias y el debate doctrinario continúa en muchas facetas de las mismas, desde la toma de la muestra, la cadena de custodia, las muestras abandonadas y la ilicitud minimizada en múltiples ocasiones por el juzgador.

En lo relativo a nuestra posición al respecto debemos reconocer que encontramos en ellas una naturaleza mixta que nos acercaría a la postura de Albiñana i Olmos y Exteberría (1999), aunque es pertinente añadir que igualmente estimamos que no se les puede adjudicar una naturaleza de periciales de manera rigurosa ya que en ocasiones no lo son como en el caso de los cacheos, verbigracia, y menos aún de simples actos de investigación porque sería un alcance muy precario.

Es pertinente de igual forma aludir a las intervenciones corporales más importantes, que son:

- a) los cacheos superficiales
- b) registros corporales
- c) reconocimientos médicos
- d) pruebas de alcoholemia
- e) muestras biológicas e identificadores de ADN¹¹³

Las anteladas representan una enumeración que solo mencionaremos para fines de esclarecimiento, por ser su análisis a profundidad ajeno a las pretensiones del presente trabajo.

En un sentido general se insertan en las diversas legislaciones procesales que analizaremos más adelante como intervenciones corporales, los registros personales, inspecciones corporales y obtención de muestras.

Habiendo clarificado algunos conceptos esenciales tales como la intervenciones corporales propiamente dichas y una vez expuestas las diversas posiciones sobre su naturaleza jurídica y las más relevantes en cuanto a su realización, es menester

113 acrónimo de ácido desoxirribonucleico.

proceder al examen del punto central de la presente investigación, analizando los aspectos jurídicos que rodean estas tomas de muestras que son materia de debate incluso en cuanto a su naturaleza jurídica, mas aun en cuanto a su justificación y alcances.

2 LAS MUESTRAS CORPORALES

En el entorno de las diligencias corporales se ubica sin lugar a duda, la toma de muestras del cuerpo del imputado que es nuestro punto central de interés en el presente estudio,

Según Albiñana i Olmos (2016:5) las intervenciones corporales deben constreñirse a “la obtención de muestras biológicas de una persona, entendiendo como tales, cualquier muestra de sustancia biológica, por ejemplo, sangre, piel, células óseas o plasma sanguíneo que albergue ácidos nucleicos y contenga la dotación genética característica de una persona” (ALBIÑANA I OLMOS (2016:5).

En este sentido encontraríamos que la toma de muestras corporales sería la única que este autor ubica en el contexto de las intervenciones corporales, lo cual tiene cierto grado de verdad si atendemos a la palabra intervención y su sentido gramatical, pero como hemos apuntado en apartados anteriores numerosos doctrinarios le confieren un contenido mucho más amplio.

2.1 Tratamiento doctrinal

La doctrina jurídica no se ha enfocado propiamente a la definición doctrinal de la toma de muestras corporales, pero encontramos trabajos que examinan los diversos aspectos que se relacionan con las mismas; así Escobar López (2013:617) BASANTE Solarte, y HUERTAS Solarte (2014:46) nos dice que lo que se pretende con ellas es “producir con la certeza científica propia del peritaje medicolegal, el cotejo entre la realidad de lo sucedido y el supuesto legal que configura la conducta ilícita penalizada. De esta manera, el fiscal o el juez resolverá sobre la base de ese derecho biológico que producirá en definitiva la conclusión jurídico – legal que se busca con la peritación”.

La toma de muestras corporales dentro de las formas de intervención corporal que pueden aplicarse al imputado, caracterizada en sí misma por contemplar una restricción a los derechos fundamentales y, cuando son realizadas con el uso de la fuerza física presentan grandes cuestionamientos en cuanto a puntos como la

presunción de inocencia y los derechos a la intimidad e integridad, dependiendo del tipo de muestras de que se trate.

Es ampliamente conocido el debate que la realización de estas tomas ha desatado en la doctrina jurídica es por ello que en este apartado trataremos de dilucidar su regulación legal, la jurisprudencia más relevante que a su vera se ha gestado y los cuestionamientos respecto a su ilicitud, para en el apartado subsecuente abordar su posible colisión con derechos fundamentales o el acotamiento que a estos realiza.

2.2 Un asomo a la legislación en materia de pruebas practicadas en el cuerpo del imputado

Resultando imposible examinar toda la legislación existente tomaremos como puntos de referencia algunos países como España, Colombia, Brasil y México, a fin de examinar la legislación procesal penal que determina la posibilidad de realizar la toma de muestras del cuerpo del imputado, sus alcances y límites.

En el primero encontramos la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) que en lo conducente determina en el numeral 326 lo que se refiere a la preservación de las huellas del delito incluidos huellas o vestigios que requieran análisis biológico, pero no alude expresamente a la toma de muestras del imputado, las cuales son reguladas en el diverso artículo 363 que prevé:

Artículo 363

Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que se consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Del contenido del precepto se pueden extraer varios elementos importantes, en principio la posibilidad legal de realizar lo que denomina “análisis químico”

cos” expresión que nos da una idea restringida de la materia en estudio, pero que permite incluirla condicionada a la necesidad de la medida.

Debemos recordar que además del principio de racionalidad a que ya hemos aludido existen otros principios para la restricción de los derechos humanos y la necesidad es otro de los más esenciales entendida como la aptitud que dicha medida pueda tener para acreditar lo que con ella se pretende demostrar. Así se desprende del numeral precedente que otorga facultades discrecionales al juzgador para estimar este extremo pero le exige la debida motivación, es de destacar que el legislador español no alude a la fundamentación sino a la motivación que requiere de argumentos jurídicos válidos que respalden la decisión.

Aunado a lo anterior hace hincapié en los principios de razonabilidad – al que ya hemos aludido – y el de proporcionalidad que atiende a “la gravedad de la inculpación, la intensidad de la sospecha, la probabilidad de la producción de un resultado y su fuerza cognoscitiva” (Tribunal Constitucional Alemán, s/d).

El Tribunal Constitucional Español lo concibe como “un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación, y ello con independencia de la categoría jurídica dentro de la que decidamos clasificarlo: como principio general del derecho o como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales” (VIDAL Fueyo, 2005:427-447) y como un “principio inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad” (STC 50/95).

Como vemos no existe un alto grado de permisibilidad para acotar los derechos fundamentales, por el contrario la legislación española limita la discrecionalidad del juez en los términos apuntados aunque en la práctica estos requisitos parecen soslayarse dada la frecuencia con que se practican dichas diligencias.

En México por otra parte, encontramos que la regulación más relevante está contenida en el Código Nacional de Procedimientos Penales (2014) en el que partiremos del contenido del artículo 252 relativo a los actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de control y en su fracción IV determina la necesidad de dicha autorización cuando se trate de la “toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma”.

Como vemos esta redacción parece desafortunada ya que delega en el juzgador la decisión ante la oposición de cualquier persona pero únicamente cuando no se trate de la víctima u ofendido lo que interpretado a *contrario sensu* parecería

que respecto de estos pueden practicarse sin la autorización del operador judicial, lo que deriva en el absurdo de poderlos obligar sin la intervención del juez, estimamos que no es la intención del legislador, por el contrario la adecuada interpretación llevaría a considerar que no se les puede obligar – pero la incorrecta redacción en la legislación acarrea graves consecuencias hasta que se logra una adecuada interpretación por los tribunales constitucionales.

Alude igualmente a la aplicación compulsiva o de “vis física” como la llama la corte colombiana, el diverso numeral 270 que a la letra dice:

Artículo 270. Toma de muestras cuando la persona requerida se niegue a proporcionarlas. Si la persona a la que se le hubiere solicitado la aportación voluntaria de las muestras referidas en el artículo anterior se negara a hacerlo, el Ministerio Público por sí o a solicitud de la Policía podrá solicitar al Órgano jurisdiccional, por cualquier medio, la inmediata autorización de la práctica de dicho acto de investigación, justificando la necesidad de la medida y expresando la persona o personas en quienes haya de practicarse, el tipo y extensión de muestra o imagen a obtener. De concederse la autorización requerida, el Órgano jurisdiccional deberá facultar al Ministerio Público para que, en el caso de que la persona a inspeccionar ya no se encuentre ante él, ordene su localización y comparecencia a efecto de que tenga verificativo el acto correspondiente. El Órgano jurisdiccional al resolver respecto de la solicitud del Ministerio Público, deberá tomar en consideración el principio de proporcionalidad y motivar la necesidad de la aplicación de dicha medida, en el sentido de que no existe otra menos gravosa para la persona que habrá de ser examinada o para el imputado, que resulte igualmente eficaz e idónea para el fin que se persigue, justificando la misma en atención a la gravedad del hecho que se investiga. En la toma de muestras podrá estar presente una persona de confianza del examinado o el abogado Defensor en caso de que se trate del imputado, quien será advertido previamente de tal derecho. Tratándose de menores de edad estará presente quien ejerza la patria potestad, la tutela o curatela del sujeto. A falta de alguno de éstos deberá estar presente el Ministerio Público en su calidad de representante social. En caso de personas inimputables que tengan alguna discapacidad se proveerá de los apoyos necesarios para que

puedan tomar la decisión correspondiente. Cuando exista peligro de desvanecimiento del medio de la prueba, la solicitud se hará por cualquier medio expedito y el Órgano jurisdiccional deberá autorizar inmediatamente la práctica del acto de investigación, siempre que se cumpla con las condiciones señaladas en este artículo. (CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES 2014)

El artículo resulta repetitivo en cuanto a la autorización judicial pero amplía la justificación y establece las obligaciones a cargo en principio, del órgano investigador, quien debe determinar la necesidad de la medida, sus alcances y contenido; en cuanto al juzgador para concederla, al igual que el legislador español, requiere su motivación adecuada y su proporcionalidad, pero además aclara que esta consiste en el hecho de que no exista una disyuntiva menos invasiva para alcanzar el objetivo probatorio perseguido; otro punto de interés es que alude a que debe tratarse de delitos graves.

En lo relativo al imputado para la diligencia la presencia del abogado defensor es potestativa dependiendo de la voluntad del imputado. Previa información al respecto, lo cual suena bastante ilógico y sería deseable que estableciera como obligatoria dicha presencia, igualmente, en cuanto a los discapacitados estimamos que adolece de digresión y redacción desafortunada el establecer que se le darán los apoyos idóneos para que tome la decisión, ¿cuál decisión? Si el artículo habla de aplicar la toma de muestras corporales por orden del juez, luego entonces en todo caso debería proveérsele de la tutela o defensa adecuadas según sea el caso, no de explicaciones que resultan inidóneas y hasta cierto punto irrelevantes dada la aplicación de la medida sin su consentimiento y que a la luz del contenido normativo en estudio pareciera totalmente irrelevante.

Regula asimismo los casos de urgencia pero no por ello pueden obviarse los requerimientos marcados al operador judicial para su autorización.

En relación con esta redacción del ordenamiento Rivero Evia (2015:16-27) nos dice que:

Si el artículo 20, apartado B, fracción II de la CPEUM¹¹⁴ establece el derecho fundamental al silencio, conducta que no podrá ser utilizada en perjuicio del imputado, y el artículo 269, segundo párrafo del CNPP¹¹⁵, reconoce el derecho del individuo a resistirse a proporcio-

114 Acrónimo de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

115 Acrónimo de Código Nacional de Procedimientos Penales.

nar fluidos corporales con fines de investigación, entonces, esta prerrogativa legal, es una extensión del derecho fundamental aludido, por tanto, las intervenciones corporales contempladas en el diverso artículo 252, fracción IV del CNPP, resultan inconstitucionales.

Esta equiparación con el derecho a la no autoinculpación ha sido discutida en los tribunales constitucionales de diversos países tales como Argentina, España, Estados Unidos y Colombia, los que se han inclinado por considerar que no existe tal, habida cuenta de que como el mismo autor antes citado retoma consideran que no hay analogía, puesto que no existe manera de extraer el pensamiento, en cambio las muestras corporales pueden ser extraídas del sujeto sin su voluntad. (RIVERO Evia, 2015:24).

En Colombia encontramos que el artículo 249 del Código Procesal Penal (Ley 906 de 2004) es el que regula dicha toma de muestras y al respecto se ubica en el capítulo III bajo el rubro de “Actuaciones que requieren autorización judicial previa a su realización” y el numeral en cita determina en lo conducente a nuestro tema de estudio:

Artículo 249. Obtención de muestras que involucren al imputado.
<Artículo condicionalmente exequible>

Cuando a juicio del fiscal resulte necesario a los fines de la investigación, y previa la realización de audiencia de revisión de legalidad ante el juez de control de garantías en el evento de no existir consentimiento del afectado, podrá ordenar a la policía judicial la obtención de muestras para examen grafotécnico, cotejo de fluidos corporales, identificación de voz, impresión dental y de pisadas, de conformidad con las reglas siguientes:

1. [...]

2. Para la obtención de muestras de fluidos corporales, cabellos, vello púbico, pelos, voz, impresión dental y pisadas, se seguirán las reglas previstas para los métodos de identificación técnica.

En todo caso, se requerirá siempre la presencia del defensor del imputado.

Las particularidades del ordenamiento colombiano podemos resaltarlas a partir del hecho de que es en la fase de investigación donde se presenta la posibili-

dad de realizar las diligencias en cuestión, pero a diferencia de España y México la norma determina el requerimiento de la realización de una audiencia de revisión o control de la legalidad de lo solicitado, aunado a que quien resuelve es un juez de control de garantías, que es quién determina la factibilidad o no de decretar lo solicitado, resaltando asimismo la necesaria presencia del defensor.

Empero, es a la policía judicial la que obtiene las muestras lo que estimamos desacertado en virtud de que no condiciona la toma de muestra a la presencia de un experto en el área de que se trate.

En Brasil, pese a las afirmaciones en contrario vertidas por López Pinilla (2013:44), la “Ley N° 12.654, de 28 de mayo de 2012 Ley de ejecución penal, para prever la colecta de perfil genético como forma de identificación criminal, y de otras providencias”, en su artículo noveno permite de manera expresa la toma forzosa de la muestra de ADN, bajo el siguiente tenor:

Art. 9º – A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA – ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

La diferencia que encontramos en la legislación brasileña es que el legislador utiliza la palabra “condenados”, lo que nos indica una condena previa y por consecuencia no se trata de una fuente de prueba traída al proceso sino más bien de integrar un registro de identificación en apoyo a posteriores investigaciones de reincidentes, es decir pretende integrar un banco de perfiles genéticos no obtener evidencia respecto al cuerpo del delito o la culpabilidad del imputado que es el objeto o finalidad de la toma de muestras corporales en el proceso materia de nuestro estudio.

Hemos indagado brevemente algunas legislaciones justamente a vía de ejemplo para patentizar la complejidad no solo de la diligencia en sí, sino también de su adecuada reglamentación para alcanzar un mayor margen de seguridad jurídica y salvaguarda de derechos fundamentales, tomando en cuenta que el común denominador es la aceptación del uso de la fuerza para obtener las muestras ante la negativa del imputado, lo cual trastoca los derechos fundamentales del imputado y es por ello que corresponde al operador judicial la responsabilidad de aplicar adecuadamente los principios que son comunes a las restricciones en materia de

derechos fundamentales, particularmente los de racionalidad, proporcionalidad y necesidad.

2.3 Criterios jurisdiccionales relevantes en la práctica de estas fuentes de prueba

Es evidente que al igual que en la normatividad encontraremos criterios coincidentes y discordantes al respecto, por lo que partiremos de los tribunales constitucionales para examinar algunas resoluciones emblemáticas en lo relativo al tema que nos ocupa y que nos pueden proporcionar un panorama de la interpretación judicial en relación con la toma de muestras corporales del imputado.

Existen específicos puntos de debate como lo son el caso de las muestras tomadas de manera subrepticia, las denominadas pruebas abandonadas y las tomadas por la vía de la fuerza, por lo que se hará reiteración en las resoluciones que han ido decidiendo estas estigmatizadas facetas de la toma de muestras corporales ya que como avala Urbano Castrillo (2010:13) en este ámbito encontramos una clara colisión entre el llamado interés público que parte de la necesidad de encontrar la verdad empero, consideramos que también compete al poder público salvaguardar los derechos fundamentales.

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el Amparo en Revisión 901/2015 (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AR 901/2015), al planteamiento de la pregunta de si se vulnera el derecho de defensa adecuada establecido por el artículo 20 de la Constitución Federal en caso de extraer al imputado muestras biológicas sin la asistencia de su abogado, la corte responde que cuando menos el planteamiento es válido ya que el imputado arguye que se le violentó tal derecho y que a pesar de solicitar la presencia de su abogado esta le fue negada y que fue sometido a tortura psicológica a fin de obtener la referida muestra.

Empero, concluye que no es violatorio del derecho de la debida defensa el haberse omitido la presencia del defensor, existiendo votos particulares opuestos de algunos de los ministros.

Consideramos que el criterio de la Corte Mexicana desoye los razonamientos de la Corte Interamericana, en este sentido, Rodríguez Rescia(S/D) nos dice que;

[s]iendo que la defensa técnica, sin restarle importancia a la defensa material, es una garantía latente durante todo el proceso, es funda-

mental tener como regla que todo imputado tiene el derecho de ser asistido por un profesional letrado desde el primer acto del procedimiento; es decir, desde el momento en que se le informa que será detenido a la orden de la autoridad pública.

La corte ha dejado en claro en múltiples ocasiones la relevancia de contar con el defensor en todas las actuaciones, así verbigracia en el Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (CIDH Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, 2005), la corte determinó:

Al referirse a las garantías judiciales o procesales consagradas en el artículo 8 de la Convención, esta Corte ha manifestado que en el proceso se deben observar todas las formalidades que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”.(CIDH Caso Herrera Ulloa, supra nota 4, párr. 147; Caso Maritza Urrutia, supra nota 4, párr. 118; y Caso Myrna Mack Chang. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, párr. 202)

De donde podemos inferir que la defensa adecuada parte de la presencia del abogado en todas las actuaciones que puedan afectar su derecho a un debido proceso, tan es así que como hemos mencionado la mayoría de los ordenamientos procesales establecen la obligatoria presencia del defensor, excepción hecha de la mexicana.

En diversa resolución 211/2021 la Suprema Corte en México en relación con la aplicación compulsiva de las pruebas estableció que:

[...]

Por tanto, a la pregunta de si, ante la resistencia de los particulares, el Estado puede hacer uso de la fuerza para promover su mandato constitucional y garantizar el respeto de los derechos de la sociedad o de terceros, se debe responder, con prudencia y sensibilidad, en sentido afirmativo—siempre conforme a los lineamientos y con las restricciones que dictamina nuestra Constitución (como, por ejemplo, los lineamientos del debido proceso y con las restricciones que

representan cuestiones como la prohibición absoluta a la tortura y actos inhumanos, crueles y degradantes).(SCJN,2011:52)

La Corte Constitucional Colombiana en lo conducente en la Sentencia C – 822-05 (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA 2005) determinó:

INTERVENCIONES CORPORALES¹¹⁶-Exigencias formales y materiales para su procedencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Comparado/PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN INTERVENCIONES CORPORALES¹¹⁷-Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Comparado. Dado el amplio espectro de derechos afectados por las intervenciones corporales, así como la intensidad que puede adquirir esa afectación en la práctica, tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho comparado, se ha rodeado a estas medidas de exigencias formales y materiales orientadas a impedir una incidencia excesiva, de los derechos fundamentales en juego. Por ello se ha entendido que la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos –, así como del principio de legalidad, apreciados en el contexto de una sociedad democrática. Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación. Algunos países establecen excepciones a esta reserva judicial, como, por ejemplo, cuando el sujeto sobre el cual recaen las medidas de manera previa, consciente, libre y específica otorga su consentimiento para la práctica de las mismas, cuando se trate de la obtención de muestras no íntimas de

116 Mayúsculas en el original.

117 Ídem.

las personas, cuando su práctica sea urgente o exista riesgo para el éxito de la investigación derivado de la demora. En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Hemos explorado en párrafos anteriores los principios a que alude la corte colombiana como presupuestos *sine que non* para la toma de muestras corporales cuando el imputado se niega a proporcionarlas, sin embargo, cabe resaltar que la resolución alude a diferencias entre muestras íntimas y no íntimas, ello obviamente ante un nivel más alto de agresión a la intimidad en el primer caso, destacando el tratamiento diferenciado que determina al respecto y, también refiere que debe distinguirse entre situaciones de urgencia o riesgos para el adecuado desarrollo de la investigación, casos en los que como se ha analizado anteriormente el juzgador es más proclive a autorizar la diligencia en cuestión.

El tribunal Supremo Español por su parte, en un asunto similar al resuelto por la Corte mexicana determinó que

Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras. En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, a un detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.(STS 869/2018)

En el mismo sentido la resolución Sentencia del Tribunal Supremo Español 1941/2013 de 11 de noviembre de 2014(STS 1941/2013) donde el tribunal confirma la necesidad de la presencia del letrado para la toma de muestras biológicas cuando el imputado está detenido, aún y cuando este último otorgue su consentimiento.

De lo anterior podemos deducir que en reiteradas ocasiones los tribunales Constitucional y Supremo españoles han establecido criterios en sentido opuesto

al sostenido por la Suprema Corte Mexicana, ya que estiman que si se trata de tomar la muestra del cuerpo del imputado debe estar presente su abogado, no así en las muestras que han quedado abandonadas por este, criterio que a nuestro juicio es más acorde con los requerimientos del debido proceso y la tutela de los derechos fundamentales del imputado.

Igualmente en la resolución STS 707/2008, el aludido tribunal establece lo que se entiende por intervenciones corporales, considerando dentro de ellas a

[...] todos aquellos actos de investigación de conductas delictivas que afectan al cuerpo de las personas sobre las que se realizan y cuyo objetivo inmediato puede ser bien diverso, como comprobar una identificación, la ingestión de bebidas o sustancias o conocer si se ocultan elementos que puedan servir para la prueba de un delito. En un sentido amplio también podrían extenderse a aquellos casos en los que no se persiguen un fin investigador sino preservar la vida mediante el suministro forzoso de alimentos o transfusiones de sangre. Comprende, pues, cualquier tipo de intervención en el cuerpo humano sin contar con el consentimiento de la persona afectada, siempre que puedan realizarse sin riesgo para la salud o integridad física, y que respondan a razones de gravedad y proporcionalidad.

Es entonces una interpretación comprensiva de dichas diligencias que se amplía a diligencias que no necesariamente se están ventilando con fines probatorios por lo que va más allá de las definiciones doctrinales examinadas en párrafos antecedentes y, en consecuencia, alcanza a quienes no necesariamente son sujetos procesales o fuentes de prueba.

Es igualmente destacable la resolución del Tribunal Constitucional Español STC 199/2013 en la que se pone en tela de juicio la validez constitucional de la prueba de ADN realizada a un sospechoso de un delito terrorista mediante la comparación del extraído de una muestra de saliva que el demandante arrojó espontáneamente al salir de la celda en la que se encontraba detenido con el obtenido a partir de la capucha de una prenda usada por uno de los individuos que aparecen en la indagatoria como autores de los hechos ilícitos y abandonada en la huida de estos del lugar de los hechos (CUEVA ALEU DE LA, 2013:481-522).

El punto medular del debate constitucional lo es la intrusión que la prueba de ADN realiza en la intimidad de la persona y por ende afecta este derecho humano

fundamental, de tal suerte que, se indaga si ante la posible vulneración del mismo, debería anteceder siempre a la toma de muestra una orden judicial, que en el caso en estudio no existió. De la Cueva nos dice que toda vez que la Constitución Española carece de “una reserva jurisdiccional para las injerencias en el derecho a la intimidad” (CUEVA ALEU DE LA, 2013:487), como existen en el caso de otros derechos fundamentales, se puede colegir que es válida que sean otras autoridades distintas a la judicial las que bajo determinadas circunstancias se encuentren legitimadas a obtener esta fuente de prueba.

Añade de la Cueva (2013: 487) que las circunstancias en que esta posibilidad se actualizó en el precitado caso son las siguientes:

- a) que la injerencia en la intimidad era prácticamente nula dado que se analizó sólo el ADN no codificante, el cual sólo proporciona datos identificadores, mientras que el riesgo de proporcionar otros es meramente potencial e irrelevante en el seno de un recurso de amparo;
- b) la rapidez en la elaboración del análisis era capital para evitar todo riesgo de degradación o contagio de la muestra biológica y asegurar la corrección de la cadena de custodia;
- c) no cabe reproche subjetivo a la actuación de las autoridades policiales a la vista de la precariedad normativa entonces existente;
- d) los resultados de las diligencias se pusieron en conocimiento de la autoridad judicial de modo inmediato;
- e) la diligencia de análisis de ADN puede ser repetida a instancia del demandante o por resolución judicial.

En conclusión, el Tribunal Constitucional juzga que no hay lesión al derecho a la intimidad ya que la muestra fue tomada y utilizada para un fin legítimo desde una perspectiva constitucional.

Los casos enumerados para ejemplificar el amplio y complejo debate desatado que genera vastas controversias en la doctrina jurídica, privativamente cuando se alude a lo que se ha denominado como muestras corporales abandonadas, pero en las que como hemos apuntado, el criterio de los tribunales constitucionales se decanta hacia la factibilidad de tomarlas sin que ello se considere lesivo a los derechos fundamentales de aquel de quien provienen. Así lo refrenda Martín Alonso (2014) con base en los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional Español cuando afirma “no será necesario auto judicial autorizante ni, por su puesto, requerirá

consentimiento del sospechoso, en aquellos supuestos en los que los agentes de policía judicial, recogen muestras de ADN abandonadas de modo voluntario por las personas objeto de investigación, dentro del marco de hechos punibles de gravedad, y atendiendo al principio de proporcionalidad, evitando las intervenciones arbitrarias y realizadas al azar y, por supuesto, garantizando la cadena de custodia”.

Parece en consecuencia, como ya se dijo, que hay un consenso unánime en considerar que no se vulneran derechos al tomar evidencias por parte de la policía cuando son huellas del delito.

Otro punto de vista que es relevante resaltar es el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien no abonan de manera directa sobre nuestro tema de estudio, sí en lo relativo a la restricción de los derechos humanos. En ese contexto podríamos resaltar algunas sentencias conducentes a ello como lo son el caso *Handyside vs Reino Unido* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1979), *Caso Sunday Times vs Reino Unido* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1974), el caso *Bartholdt vs Alemania* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1985) y el *Caso Von Hannover vs. Alemania* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2008, 2012), entre muchas otras en las que se ha controvertido esencialmente el derecho a la intimidad en sus cotidianos enfrentamientos con la libertad de expresión, pero en los que el tribunal determina con meridiana claridad los supuestos en que pueden existir injerencias a estos derechos, las cuales en principio deben estar previstas de manera expresa en la legislación interna y resultando apremiante tomar en consideración los principios de necesidad y la legitimidad.

En el referido Tribunal Europeo haremos referencia a un caso en el que sí encontramos relación con la toma de muestra corporales es el de *Juhnke vs Turquía* (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 1999) relativo a la denuncia por la detención de una joven kurda a la que se la presionó para que aceptara un examen médico ginecológico, supuestamente con el fin de salvaguardar la actuación policial de acusaciones de abuso sexual, a pesar de que no había denunciado ser agredida, por lo que se evidenció que el consentimiento no solo no fue dado libremente sino que se realizó sin habersele proporcionado información adecuada, y con su oposición, considerando la Corte que el consentimiento finalmente otorgado se alcanzó abusando de su situación de vulnerabilidad y con engaños, gestándose una violación a su integridad física y a su derecho a la intimidad (VERNET, 2017).

Podemos colegir visto lo asentado, que son muchas las actuaciones en las que la toma de muestras corporales afectan los derechos fundamentales y en el caso particular del imputado, resulta palmario que el mantener el equilibrio frente a la

colisión de derechos resulta complejo, pero es esta precisamente la responsabilidad del operador judicial, debiendo realizar la ponderación de los derechos en conflicto para determinar cual prevalece y, en su caso realizar las tomas de muestras corporales sin rebasar los límites que la misma ley le marca, ya que la toma de estas sin el consentimiento del imputado se presta para abusos contra su integridad corporal y en múltiples ocasiones lesiona su derecho a la intimidad, por lo que es deseable una adecuada ponderación de los derechos en conflicto.

2.4 El dilema de la licitud o ilicitud

Como ocurre con cualquier medio u objeto de prueba, el mismo debe ser valorado desde la perspectiva de su licitud, por lo que en este apartado examinaremos brevemente de que hablamos cuando se trata de la toma de muestras corporales y su licitud. En principio debemos determinar que es lo que la doctrina considera como prueba ilícita, así se entiende por tal “fuente cuya obtención no ha sido respetuosa con las exigencias constitucionales, careciendo de valor probatorio” (MARTÍNEZ LÓPEZ, 2016:20).

En ilación, desde una faceta simplista, la licitud de la referida fuente de prueba, dependerá de la normatividad que al respecto exista en cada estado, esto es así cuando aludimos a la toma de muestras corporales sin el consentimiento del imputado, que es la diligencia más cuestionada al respecto y, donde la constante es que se obtiene la muestra con autorización judicial previa al respecto.

De conformidad con la legislación examinada la mayoría de los ordenamientos requieren autorización judicial y la presencia del defensor para la toma de muestras corporales del imputado y dejan de lado estos requisitos cuando se trata de lo que hemos denominado – siguiendo a algunos doctrinarios ya citados – muestras abandonadas, para cuya recolección basta la intervención policial y cuidar la cadena de custodia, para que no se vea interrumpida.

Sin embargo, nos encontramos actualmente con nuevos criterios que los tribunales constitucionales han ido asumiendo influidos por la doctrina norteamericana respecto de la teoría de la conexión de antijuricidad verbigracia, introducida en España a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional Español 81/1998, de la que parafraseando a Miranda Estrampes(2004) se extrae la conclusión de que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales no son necesariamente ilícitas ya que ha permitido junto con otros fallos subsecuentes lo que el precitado autor considera como:

[...] una doctrina de perfiles y contornos muy difusos, que convierte en excepcional lo que debería ser regla general. La excesiva permeabilidad de la teoría de la conexión de antijuridicidad ha posibilitado que se cuestione la propia aplicación de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas en el proceso penal. En este contexto nuestro T.C. ha dado carta de naturaleza a la excepción de la buena fe, tomando como referente la good faith exception de la jurisprudencia norteamericana, admitiendo, en definitiva, la utilización en el proceso penal de pruebas obtenidas directamente con violación de derechos fundamentales. A la luz de esta nueva doctrina ya no podemos afirmar con carácter absoluto que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales serán inutilizables en nuestro proceso penal, pues existirán supuestos en que el propio T.C. admite que puedan ser objeto de valoración por parte del órgano sentenciador.

Discurrimos que tanta permisividad lleva precisamente a la vulneración de derechos fundamentales y a la aplicación del derecho penal del enemigo que prevalece en muchos estados contemporáneos y bajo cuyo amparo se justifican figuras como el arraigo “constitucional” en México, rompiendo inexcusablemente la presunción de inocencia y la salvaguarda de derechos cuya tutela no debería ser cuestión de “buena fe” porque tales doctrinas que van tomando carta de identidad en nuestros sistemas jurídicos resquebrajan la tutela de los derechos humanos provocando retrocesos históricos en su tutela.

3 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN JUEGO

Entre los derechos que estimamos más afectados en la toma de muestras corporales y particularmente en la forzosa, encontramos los derechos a la intimidad, a la integridad corporal y puede llegar incluso a afectar la dignidad humana dependiendo del tipo de muestra que se pretenda obtener.

En este sentido Vernet (2017:99) asevera que si partimos del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tanto la vida personal como la integridad, afectada por un maltrato severo, pueden ser los derechos protegidos ante un registro corporal inadecuado, pero hace hincapié en que el derecho a la intimidad puede verse más directamente afectado en un registro corporal, empero, cuando se trata de una

intervención corporal, es el derecho a la integridad física el que se ve más afectado y enfatiza su postura mencionando la resolución del Tribunal Constitucional Español STC 207/1996, de 16 de diciembre.

La Corte Constitucional Colombiana ha examinado con claridad cuáles derechos fundamentales que se ven afectados por estas diligencias y clarifica:

[...] dado que suponen la exposición del cuerpo del individuo a procedimientos en los que se utiliza el cuerpo mismo de la persona, la práctica de estas diligencias incide en la dignidad humana. En segundo lugar, las intervenciones corporales afectan el derecho a la intimidad porque –aún en el caso del registro personal que es un procedimiento menos invasivo que la inspección corporal en la que se realiza la exploración de orificios corporales, implican en todo caso exposición o tocamientos del cuerpo o de partes del cuerpo normalmente ocultas a la vista y fuera del alcance de las personas. En tercer lugar, también pueden afectar el derecho a la integridad física en el evento que la extracción de muestras implique el uso de agujas o punciones de algún tipo, o que su práctica conlleve la exploración de cavidades u orificios naturales mediante la introducción de aparatos o instrumentos manejados por personal médico o científico, o inclusive una intervención quirúrgica. En cuarto lugar, dado que se trata de medidas cuya práctica puede ser impuesta al individuo, tal característica supone una limitación de la autonomía personal. En quinto lugar, también se ha afirmado que las intervenciones corporales inciden en el derecho a no autoincriminarse, en la medida en que a través de ellas se pueden obtener medios probatorios que conduzcan a demostrar la responsabilidad del individuo. En sexto lugar, se afirma que también inciden en la libertad de movimiento del individuo afectado, pues para su práctica se hace necesario limitar temporalmente la posibilidad de circular libremente, o trasladarlo al sitio donde se encuentra el personal médico o científico. Y, finalmente, dependiendo de los hechos, puede ser pertinente analizar la prohibición de la tortura, así como la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, puesto que la forma, condiciones y frecuencia con las cuales se practiquen las inspecciones corporales o la toma de muestras íntimas puede significar un grado de sufrimiento

físico o moral constitucionalmente inadmisível (BASANTE SOLARTE, y HUERTA SOLARTE, 2014: 32-34).

En corolario, existe una multiplicidad de derechos fundamentales que pueden verse afectados con estas diligencias que parecen ser tomadas cada vez más a la ligera en una perspectiva simplista que las considera no invasivas y las resoluciones de los tribunales constitucionales son cada vez más tendentes hacia la toma forzosa de estas, por lo que cabría cuestionar cual es el límite en el uso de la *vis compulsiva* para tomar una muestra cuando evidentemente se requiere el uso de la fuerza para el sometimiento del imputado o ¿será que estamos volviendo a justificar los medios en aras de un fin “constitucionalmente lícito”?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México no parece decantarse por estas nuevas teorías ya que en el Amparo Directo en Revisión 3767 de 2015¹¹⁸, en relación con pruebas abandonadas y toma de muestras forzosa a los imputados en lo conducente resolvió:

En el caso concreto se observa que efectivamente la toma de muestras biológicas y el análisis de ADN es un acto de molestia en la persona del detenido o imputado donde indudablemente existe una expectativa de privacidad legítima al tratarse de un examen que se realiza a partir de la persona del imputado y del que se extrae información diversa. [...].

90. En el presente caso se encuentra asentado en el peritaje que la toma de muestras del imputado fue de saliva mediante la extracción con un hisopo bucal. Además, la misma sirvió para ser enviada y analizada a un laboratorio químico forense que concluyó que coincidía con información que ya se tenía y por tanto se estimaba presumiblemente autor del delito que se investigaba.

91. De la información que obra en el expediente, se advierte que no existe constancia de que el detenido haya dado su consentimiento de manera libre e informada a fin que se realizara esa prueba. [...]

93. En consecuencia, ante la violación del derecho a la privacidad que goza el individuo y la falta de una justificación frente a la injeren-

118 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ADR 3767/2015, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-02/ADR-3767-2015-180_220.pdf, accedida el 30 de mayo de 2019.

cia estatal –lo que torna su actuación en arbitraria-, es de concluirse que dicha prueba se torna ilícita y por ende debe ser excluida a fin de reparar la violación.

Refrendamos en consecuencia nuestra opinión de que no existen criterios uniformes que nos permitan establecer parámetros generales en la determinación de la licitud o ilicitud y por ende tendremos que analizar el caso concreto y los razonamientos del respectivo juzgador para poder establecer la legalidad, su fundamentación y adecuada motivación de su actuar, aunque sería deseable que el legislador cubriera algunas de estas lagunas regulando expresamente por ejemplo el tratamiento de las muestras abandonadas y sus alcances legales.

4 REFLEXIONES CONCLUSIVAS

El presente estudio realiza en síntesis un breve examen de los diferentes aspectos que inciden en la toma de muestras corporales al imputado, resulta esencial distinguirlas en principio de otras diligencias como los cacheos y revisiones corporales que contrastan con las primeras, en cuanto a su finalidad perseguida que en estas es la obtención de sustancias obtenidas directamente del cuerpo de una persona viva, mientras que en los primeros la búsqueda se centra en objetos que pueda portar en su cuerpo.

La naturaleza jurídica de estas diligencias presenta igualmente álgidos debates doctrinarios, de las posturas examinadas estimamos que la más correcta es la que les asigna una naturaleza mixta que incide en la prueba pericial y la prueba anticipada,

En cuanto a la verificación de su licitud, razonamos que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales deben ser consideradas ilícitas y dejar de buscar vericuetos para dotarlas de validez, ya que estas actuaciones de los tribunales, particularmente de los constitucionales presentan sesgos que pueden llevar a los estados a justificar lo injustificable.

Los derechos fundamentales involucrados como bien reconocer la Corte Colombiana son múltiples, pero estimamos que en el diario discurrir de estas diligencias los más afectados son indudablemente el derecho a la intimidad y el derecho a la integridad corporal, vistos los extremos que pueden viciar la toma de muestras forzosas cuyos límites de actuación no parecen muy claros en las legislaciones analizadas.

La legislación analizada evidencia una aceptación muy generalizada del uso de la *vis* compulsiva para la toma de muestras ante la negativa del imputado, pero

también aparecen como requisitos de legalidad la orden judicial previa y la presencia del abogado defensor lo que consideramos debe condicionar la validez de la prueba obtenida.

En cuanto a los parámetros de licitud y las “nuevas teorías” al respecto consideramos que los requisitos de constitucionalidad de las actuaciones a fin de no vulnerar derechos fundamentales en la toma de estas no pueden obviarse a conveniencia porque está en riesgo el debido proceso, la seguridad jurídica e incluso los alcances de la credibilidad del poder judicial.

La ley no puede cubrir todos los supuestos particulares, pero si debe ser nítida y más aun cuando se trata de acotar derechos fundamentales aplicando los principios de razonabilidad y necesidad pero siempre dentro de los derroteros constitucionales.

BIBLIOHEMEROGRÁFICAS

AGUILAR Barria, Elizabeth (S/F). “Los medios de prueba invasivos del cuerpo humano y su incidencia en el proceso penal de un Estado de Derecho”, Tesis de grado, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, , disponible en: http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/handle/123456789/2421/Los%20medios%20_Aguilar%20Barria.pdf?sequence=1

AGUILAR Cabrera, Denis Adán,(2014) “Discusión sobre la ilegalidad de la prueba y la búsqueda de la impunidad. A propósito del Caso Baltazar Garzón”, Derecho y Cambio Social, ISSN-e 2224-4131, Año 11, N° 35, , disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472795>

ALBIÑANA i Olmos, Joseph Lluís. “Las intervenciones corporales en el proceso penal: las debilidades de los procesos penales nacionales”, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla – La Mancha, disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/10/1albinana-es.pdf>

BASANTE Solarte, Amalia Elizabeth y **HUERTAS Solarte**, Lenin Adura, “obtención de muestras sin el consentimiento del imputado (art. 249 CPP) un problema en la práctica”, Fundación Universitaria Católica del Norte Facultad de Postgrados Especialización en probatorio penal, Medellín 2014, disponible en: https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4620/TG_EDPP_34.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BRITO FEBLES, O. P. (2009). Intervenciones corporales vs Administración de justicia. Revista Científica Equipo Federal del Trabajo. <http://www.newsmatic.epol.com.ar/index.php> consultada el 17 de octubre de 2022.

CUEVA Aleu de la, Ignacio. “Crónica de la jurisprudencia constitucional sobre derechos fundamentales – 2013”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, No. 22, 2º Semestre 2013. pp. 481 – 522, disponible en: <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/viewFile/117/111>

DÍAZ Cabiale, José Antonio. “Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestra para análisis periciales (ADN, sangre, etc.)”, Cuadernos de derecho judicial, ISSN 1134-9670, N° 12, 1996 (Ejemplar dedicado a: Medidas restrictivas de derechos fundamentales / Eloy Velasco Núñez (dir.), págs. 67-196, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=553580>

DUART Albiol, Juan José. Inspecciones, registros e intervenciones corporales en el ámbito del proceso penal”, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 2013, pp. 47 y ss., disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/131291/jjda1de1.pdf?sequence=1>

ESCOBAR López, Edgar. Los delitos sexuales, Leyer, Bogotá, 2013.

EXTEBERRIA Gurrudi, José Francisco. Las intervenciones corporales su práctica y valoración en el proceso penal, inspecciones, registros y extracción de muestras, Ed, Trivium, Madrid, 1999

FERNÁNDEZ Acebo, María Dolores, (2003). Las intervenciones corporales en el ordenamiento jurídico español, Aranzadi, 2014, p. 27; IGLESIAS Canle, Inés C. en su obra Investigación Penal sobre el cuerpo humano y prueba científica, Ed. COLEX, Madrid.

GÓMEZ Amigo, Luis, (2003). Las Intervenciones Corporales como Diligencias de Investigación Penal, Aranzadi

GONZÁLEZ Serrano Nicolás, (1988). “Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal”, Cuadernos de Derecho Público, septiembre-diciembre de 1998, pp. 191-215

LÓPEZ Pinilla, Ana María, (2013). La obtención de muestras corporales del imputado en el proceso penal colombiano, Ley 906 de 2004”, Tesis de grado, Universidad EAFIT, Escuela de Derecho, Medellín, disponible en: <https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/5251/TESIS%20PDF%20ANA%20LOPEZ.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

MAGALDI Paternostro, María José, (2000). “Doctrina constitucional sobre intervenciones corporales en el proceso penal y el derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el art. 15 de la Constitución española”, Manuales de formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, No. 12. pp. 111-142, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=605182>

MARTÍN Alonso, Francisco, (2014). “Recogida de muestras biológicas para la obtención de un perfil ADN, desde la perspectiva policial”, Noticias Jurídicas, 27/05/2014, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4912-recogida-de-muestras-biologicas-para-la-obtencion-de-un-perfil-adn-desde-la-perspectiva-policial/>

MARTÍNEZ López, Elvira, (2016). “Las intervenciones corporales en el proceso penal”, Trabajo para alcanzar grado académico, Universidad de Almería, , p. 20, disponible en: http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/4681/10880_pdf%20tfg.pdf?sequence=1&isAllowed=y

MATOS HIDALGO, Laned Y CHÁVEZ RAMÍREZ, Yordan (2021). “A contraluz: las inspecciones e intervenciones corporales en la investigación del proceso penal cubano”, UACJ. *Revista Especializada en Investigación Jurídica*, año 5, núm. 9 (julio-diciembre, 2021), pp. 125-147. ISSN: 2448-873, disponible en: <http://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/reij/article/view/4380/3359>

MIRANDA Estrampes, Manuel, (2004). El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal, Bosch Ed., 2ª. Ed., 198 pp.

RIVERO Evia, Jorge,(2015) .“El derecho fundamental a guardar silencio y las intervenciones corporales en México”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [en línea], , año 4, núm. 7, pp. 16-27, disponible en: http://anahuacmayab.mx/cominst/injure/articulo1_2_2015.pdf

RODRÍGUEZ Rescia, Víctor Manuel, (2010). “El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, pp. 1295 – 1328, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

RUIZ Jaramillo, Luis Bernardo, (2007) “Intervenciones corporales en el código de procedimiento penal del 2004. Análisis de la sentencia C-822 del 2005 de la Corte Constitucional Colombiana”, *Vniversitas, Bogotá (Colombia)* n. 114, pp. 227-250, julio-diciembre de 2007, disponible en: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14595/11775>

URBANO Castrillo, Eduardo de y TORRES Morato, Miguel Ángel, (2010) *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial*, 5. ed., Aranzandi, Pamplona

VÁSQUEZ, Daniel, (2018) *Test de razonabilidad y derechos humanos. Instrucciones para armar. Restricción igualdad y no discriminación ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y Máximo uso de recursos disponibles*, México, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

VERNET Jaume, (2017). “Los registros corporales en la jurisprudencia del TEDH”, Revista Europea de Derechos Fundamentales segundo semestre 2017, No. 30, pp. 95-122, disponible en: <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/index>

VIDAL Fueyo, Camino, (2005). “El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, pp. 427-447, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R21745.pdf>

Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el DOF el 5 de marzo de 2014, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_250618.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1882/BOE-A-1882-6036-consolidado.pdf>

Ley 906 de 2004, publicado en el Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004, disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html,

Ley Nº 12.654, de 28 de mayo de 2012, que modifica las Leyes Nos. 12.037, de 1º de octubre de 2009 y 7.210 de 11 de julio de 1984 – Ley de Ejecución Penal, para prever la recolección de perfil genético como forma de identificación criminal, y de otras providencias. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm
Jurisdiccionales

Caso Barthold v. Alemania Resolución de 25 de marzo de 1985 En Publications of the European Court of Human Rights, Serie A, Nº 90, disponible en: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=library/collections&c=>

Caso Lori Berenson Mejía vs Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 23 de junio de 2005, . Serie C No. 128. párr. 132, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Caso Handyside c. Reino Unido, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo, de 26 abril 1979, demanda N° 5493/72, disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=264&lID=2#_edn8 y <http://web.personal.uma.es/~ANRODRIGUEZ/STEDH%20Handyside%2007%20DIC%2076.pdf>

Caso Sunday Times contra Reino Unido. Demanda núm. 6538/1974, disponible en: <http://lawcenter.es/w/file/download/66069>

Corte Constitucional C-822-05, disponible en: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=20041219>. Tribunal Constitucional Alemán, resolución que determina la constitucionalidad de § 81a StPO, condicionando la admisibilidad de la diligencia a la constatación del requisito de proporcionalidad

STC 50/95, disponible en <https://tc.vlex.es/vid/g-39-40-j-ma-h-1989-taan-15355567>. Suprema Corte de Justicia de la Nación, AR 901/2015, 13 de enero de 2017, disponible en <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/actas-sesiones-publicas/documento/2017-01-31/7%20CENSURA.pdf>

STS 869/2018 – ECLI: ES:TS:2018:869, TRIBUNAL SUPREMO, Sala de lo Penal, Sentencia núm. 120/2018, disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/38b7f16d4618d6e0>

STS 1941/2013, Sentencia de 11 de noviembre de 2014, disponible en: <https://supremo.vlex.es/vid/547953386>

STS 707/2008 de 30 de octubre, FJ 2, (Sala 2°, Sección 1),

STC 199/2013, de 5 de diciembre de 2013, Supuesta vulneración de los derechos a la igualdad, intimidad y protección de datos personales, tutela judicial efectiva, presunción de inocencia y legalidad penal: consideración como prueba de cargo el análisis de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial.

Von Hannover vs Alemanha (no 2) (Demandas nos 40660/08 et 60641/08),
Estrasburgo, 7 de febrero de 2012, (no 2) (Demandas Nos. 40660/08 y
60641/08), disponible en: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1706_ASE_OF_VON_HANNOVER_v._GERMANY_No.2_Spanish_Translation_by_the_COEECHR_and_Thomson_Reuters_Aranzad

Juhnke c. Turquía STEDH de 13 de mayo de 2008, (Application no. 52515/99),
disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/files/2898/gjo-echr-juhnke-en-pdf.pdf>

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ADR 3767/2015,
disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documentos/2018-02/ADR-3767-2015-180220.pdf>.

SOBRE AS AUTORAS E AUTORES

Amalia Patricia Cobos Campos

Doctora en Derecho Universidad Autónoma de Chihuahua, México mención cum laude, Maestría en Derecho Penal, Maestría en Derecho Financiero, Licenciado en Derecho, Profesora Investigadora del Programa de Posgrado Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad Autónoma de Chihuahua, miembro del Sistema Nacional de Investigadores en México, Nivel I, Miembro del Grupo de Investigación BIOTEC: Bioética y Derechos Fundamentales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1979-3771>, Email: pcobos@uach.mx

Anderson Marcos dos Santos

Doutor em sociologia pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP; mestre em direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação (Stricto Sensu) em Direito, Mestrado. Contato: anderson.santos@up.edu.br

Arnaldo Rizzardo Filho

Doutorando em Administração de Empresas pela Universidade do Rio do Sinos – UNISINOS. Mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. MBA em Empreendedorismo, Startups e Inovação pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Graduado em Direito pela

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Atualmente é sócio de Arnaldo Rizzardo Advogados Associados e Negócios em Rede. Professor de Pós-Graduação. Direito do Departamento de Direito Civil do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul – IARGS.

Carlos Luiz Strapazzon

Doutor em Direito, UFSC. Estágio de Pós-Doutorado em Direitos Fundamentais na PUC-RS (2012-2014) sob a supervisão do Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet. Professor do Programa de Pós-Graduação (Stricto Sensu) em Direito, Mestrado e Doutorado, da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Em Curitiba, PR, é Professor do Programa de Pós-Graduação (Stricto Sensu) em Direito, Mestrado. Contato: Strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

Cássio Alberto Arend

Doutor em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, professor da Universidade de Santa Cruz do Sul, advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2076-3120>. E-mail: cassioarend@unisc.br

Cristhian Magnus de Marco

Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, mestrado e doutorado. Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Contato: Cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

Darci Guimarães Ribeiro

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Firenze, área de Concentração em Direito Processual Constitucional (2014). Doutor em Direito, área de Concentração em Direito Processual – Universitat de Barcelona (2001). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1997). Especialista em Processo Civil pela PUC/RS (1991). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1989). Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado, Doutorado e Pós-Doutorado), Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), Professor Adjunto da Universidade Franciscana (UFN). Foi Professor do Mestrado em Direito Processual Constitucional da Faculdade de Direito da Universidad Nacional de Lomas de Zamora e dos Altos Estudios do IEA da Argentina, e professor em diversos curso de Pós Graduação. É Advogado, sócio-proprietário do escritório “Darci G. Ribeiro Advogados Associados”, atuando, especialmente, no contencioso cível. Árbitro da Câmara de Arbitragem da FEDERASUL. Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Academia Brasileira de Direito Processual Civil, da Asociación Argentina de Derecho Procesal e Sócio do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul. Huésped de Honor da Casa de Altos Estudios da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Coordenador do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq: O processo civil contemporâneo: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito que tem como projeto de pesquisa: O processo civil visto pela teoria do Estado Democrático de Direito e pela Constituição. Vice-Diretor da Escola Superior de Advocacia do RS. Criador das Coleções Clássicos Contemporâneos e Clássicos do Direito Processual (esta última em conjunto com Mauro Fonseca Andrade). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Processo Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Inteligência artificial, constituição e processo, provas, instrumentalidade do processo, tutela de urgência, recursos, audiência preliminar, pretensão proces-

sual, entre outros temas. Autor de diversas obras jurídicas no Brasil e no Exterior, entre as quais: *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch, 2004; *Da tutela jurisdicional às formas de tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Representante da OAB/RS no Conselho Superior da Faculdade de Direito da UFRGS.

Darléa Carine Palma Mattiello

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Mestre em Direito pela Unoesc, com período sanduíche na Università degli Studi di Foggia (Itália). Especialista em Direito Constitucional pela Unoesc. Editora assistente da Revista Espaço Jurídico *Journal of Law* (CAPES Qualis A1). Professora na Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Unoesc. Advogada. Endereço eletrônico: darlea.palma@unoesc.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1342-4681> – <http://lattes.cnpq.br/4357591928586392>.

Gabriela Samrsla Möller

Doutoranda (2021) com Bolsa PROSUC/CAPES e Mestra (2021) em Direito pelo PPGD/Unoesc. Professora no Curso de Direito da Unoesc – Joaçaba. Bolsista de iniciação científica durante a Graduação em grupo voltado ao estudo do Processo Civil e da Teoria do Direito. Email: gabriela.moller@unoesc.edu.br. – gabi.moller@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.

Irenice Tressoldi

Doutoranda e Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina. Professora. Bolsista FAPESC. E-mail: ire.tressoldi@hotmail.com.

Janáina Reckziegel

Postdoctorado en la Universidad Federal de Santa Catarina – UFSC (A partir de 2018). Doctor en Derechos Fundamentales y Nuevos Derechos por la Universidad Estácio de Sá – RJ (2014). Magíster en Derecho Público de la Universidad de Caxias do Sul – UCS (2007). Especialista en “Mercado laboral y ejercicio del magisterio en preparación para el Poder Judicial” por la Universidad Regional Comunitaria de Chapecó (2002) y en “Educación y enseñanza en la educación superior” por The Exponential College – FIE (2009). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad del Occidente de Santa Catarina – Unoesc (2001). Abogado, Profesor e Investigador del Programa de Posgrado Maestría y Doctorado en Derecho de la Universidad del Occidente de Santa Catarina – UNOESC. Líder del Grupo de Investigación: BIOTEC: Bioética y Derechos Fundamentales. Correo electrónico: janaina.reck@gmail.com Sistema Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7597547217990217>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8301-4712>.

Jean Vilbert

Juiz de Direito no Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC. Professor de Humanística e Direito Constitucional em cursos preparatórios. Professor-visitante da Universidade de Wisconsin (EUA).

Karla Andrea Santos Lauletta

Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Discente do Programa *Stricto sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC.

Natália Vailatti

Mestranda em Direitos Fundamentais no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Bolsista CAPES. E-mail: natalievailatti@gmail.com.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Doutor em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), com pós-doutorado em Direito pela Unoesc (constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede) e pela Unisinos (direito, novas tecnologias e transdisciplinaridade). Mestre em Direito (filosofia do direito processual como gênese do direito) pela Unisinos. Obteve auxílio de bolsas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) no mestrado e no doutorado. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses, com a tese intitulada “Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito”. Advogado e professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) (direitos fundamentais e sua relação com o direito privado). Atua nos seguintes grupos de pesquisa: “Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional”, da Universidade Federal do Paraná (UFPR); “Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: Direitos Humanos e Novas Tecnologias”, da Unoesc; “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”, da Unoesc, do qual é líder na linha “Democracia e participação como tutelas de eficácia dos direitos sociais e civis”; e “Processo Civil em relação à Constituição, Cultura, Democracia, Inteligência Artificial e Poder”, da Unisinos. Pesquisador nas seguintes áreas: direito público, com ênfase em teoria geral do Estado e do direito constitucional e em direito processual civil; direito privado, com ênfase em direito civil e sua contemporaneidade; constitucionalização do direito; filosofia do direito; e direito e tecnologia. Contato: pjtrindades@hotmail.com.

Regina Stela Corrêa Vieira

Docente do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc, e da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. E-mail: regina.vieira@unoesc.edu.br.

Riva Sobrado de Freitas

Pesquisadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC, Professora assistente-doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP e graduada em Direito pela USP/Largo de São Francisco.

Robison Tramontina

Coordenador do Programa de Pós – Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC – CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos/Fundamentais e Teorias da Justiça. Os principais temas de pesquisa são: a) Teorias da Justiça; b) Justiça Distributiva e os direitos fundamentais; c) Filosofia da Segurança Social, d) Fundamentos filosóficos do Mundo do Trabalho; e) Obrigações Políticas. Revisor de diversos periódicos. ORCID: 0000-0002-1852-4983. E-mail: robison.tramontina@unoesc.edu.br

Rogério Luiz Nery da Silva

Pós-Doutor pela Université de Paris X (França) e pela New York Fordham University (USA). Doutor em Direito pela Unesa. Posgrado en Justicia y Procesos Constitucionales pela Universidad Castilla-La

Mancha (Espanha). Especialista em Educação pela UFRJ. Professor Programa Erasmus (União Europeia) na Cardinal Stefan Wyszyński University (Varsóvia – Polônia). Professor na Università di Foggia (Itália). Professor-Doutor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Advogado. Endereço eletrônico: dr.nerydasilva@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4317-5903> – <http://lattes.cnpq.br/1275400369932551>

Thaís Janaina Wenczenovicz

Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito/UNOESC.

Vinícius Almada Mozetic

Advogado. Pós-Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS-RS. Professor do Programa de Pós-graduação – Mestrado e Doutorado em Direito da UNOESC – Universidade do Oeste de Santa Catarina.

Viviane Lemes da Rosa

Doutoranda em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Doutoranda e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada; Diretora da Geslat – Gestão de Laticínios; viviane.ldr@gmail.com.

Wilson Antônio Steinmetz

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0519-6201>. E-mail: wilson.steinmetz@gmail.com

AUTORES CONVIDADOS

**Amalia Patricia Cobos Campos
Anderson Marcos dos Santos
Arnaldo Rizzardo Filho
Carlos Luiz Strapazon
Cássio Alberto Arend
Cristhian Magnus de Marco
Darci Guimarães Ribeiro
Darléa Carine Palma Mattiello
Gabriela Samrsla Möller
Irenice Tressoldi
Janaína Reckziegel
Jean Vilbert
Karla Andrea Santos Lauletta
Natálie Vailatti
Paulo Junior Trindade dos Santos
Regina Stela Corrêa Vieira
Riva Sobrado de Freitas
Robison Tramontina
Rogério Luiz Nery da Silva
Thaís Janaína Wenczenovicz
Vinícius Almada Mozetic
Viviane Lemes da Rosa
Wilson Antônio Steinmetz**

10.55339/9788560757244

ISBN: 978-85-60757-23-7



TJMA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO



ASSOCIAÇÃO DOS MINISTROS
DO MARANHÃO

