

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Sumário

A (DES)LEGITIMAÇÃO DA PROPOSTA DE GARANTIA DA LIBERDADE PELA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL SOB UMA PERSPECTIVA KELSENIANA.....	5
Silvio José Franco	5
Wilson Paulo Mendonça Neto.....	5
A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECISÕES BRASILEIRAS	22
José Arimatéia Araújo de Queiroz	22
Maicke Miller Paiva da Silva.....	22
A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DE SEGUIMENTO COMO MEDIDA DE CRIAÇÃO DO ESPAÇO DE DEBATE DENTRO DO ATIVISMO JUDICIAL- DIALÓGICO.....	39
André Vilas Boas Gonçalves	39
Fabio Roberto de Oliveira Santos	39
A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A RELAÇÃO ENTRE SOBERANIA E DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS	49
Francine Cansi.....	49
Marcos Leite Garcia.....	49
A PERDA DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA NO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE: UMA VISÃO CONGLOBANTE DAS NORMAS JURÍDICAS VIGENTES, SOB A ÓTICA DA SUSTENTABILIDADE	66
Eduardo Digiácomo	66
Zany Estael Leite Júnior.....	66
A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SOB O CRIVO DO NOVO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA (RGPD).....	83
Vitor Sardagna Poeta	83
Fabiano Bastos Garcia Teixeira	83

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE VERBAS SALARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO FRENTE A EFETIVIDADE DO PROCESSO EXECUTIVO À LUZ DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL.....	98
Patrícia Frizzo.....	98
A SUSTENTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL.....	115
Janiara Maldaner Corbetta	115
Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben.....	115
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NO JULGAMENTO DA ADI 3937 (AMIANTO).....	129
Ulysses Sbsczk Azis Pereira.....	129
Wagson Lindolfo José Filho	129
AS CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A POLÍTICA DO DIREITO COMO “ANTÍDOTO” NORMATIVO ADEQUADO À SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DOMINANTE	148
Amadeu Elves Miguel	148
AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DA APLICAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS	163
Ana Lídia Silva Mello Monteiro	163
COMPRAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA EFETIVAR A SUSTENTABILIDADE	180
Janaine Rodrigues Beckhauser Curzel.....	180
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza.....	180
LA MESSA ALLA PROVA DELLA CONSULTAZIONE (COME STRUMENTO DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA) IN ITALIA. CHE COSA È ANDATO STORTO? VERSO NUOVI SVILUPPI.....	197
Nicola Pettinari	197
CREATIVIDADE JUDICIAL E CERTEZA DO DIREITO EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS	219
Gilson Jacobsen	219

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM SOBRE A MORTE COM INTERVENÇÃO	234
Taciana Afonso Xavier de Carvalho	234
Vitor Carvalho Miranda	234
DIREITO DOS ANIMAIS: REFLEXÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DOS ANIMAIS COMO SERES SENSÍVEIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	251
Ana Carolina da Veiga Dias	251
Maria Claudia da Silva Antunes de Souza.....	251
LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNÇÃO PEDAGÓGICA E DIMENSÃO DIALÓGICA	267
Ana Paula Ramos e Silva Assis	267
Vinícius de Assis	267
O CASO ROTTMANN: Evolução do alcance da cidadania europeia para além da livre circulação de pessoas ante a diálogo formal dos Tribunais nacionais com o Tribunal de Justiça da União Europeia	284
Jaine Cristina Suzin.....	284
Clovis Demarchi	284
O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA	301
Alan Boettger.....	301
REFLEXÕES SOBRE A (IN)SUSTENTABILIDADE DO MODO DE VIDA PÓS-MODERNO: EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA.....	321
Rafael Maas dos Anjos.....	321
REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO COMO INTEGRIDADE	355
Marcus Alexander Dexheimer.....	355
REVISÃO DA LEI DOS AGROTÓXICOS E PROTEÇÃO À SAÚDE HUMANA E AO MEIO AMBIENTE	368
Ricardo Stanziola Vieira	368

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Nelson Alex Lorenz 368

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

**A (DES)LEGITIMAÇÃO DA PROPOSTA DE GARANTIA DA LIBERDADE
PELA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL SOB UMA PERSPECTIVA
KELSENIANA**

Silvio José Franco¹

Wilson Paulo Mendonça Neto²

INTRODUÇÃO

A presente investigação científica tem como tema a liberdade política à luz dos escritos teóricos sobre Direito e Estado de Hans Kelsen e sob uma perspectiva da Democracia Constitucional. O problema de pesquisa questiona a legitimidade da proposta de garantia da liberdade política pela Democracia Constitucional à luz dos escritos teóricos sobre Direito e Estado de Hans Kelsen. A pesquisa tem como objetivo aferir se a Democracia Constitucional, enquanto modelo de Estado, pode ser compreendida (ou não) como instrumento legítimo na concretização da liberdade política.

Partindo da hipótese levantada de que a para viver-se em uma sociedade politicamente organizada o sujeito, necessariamente, abre mão de sua liberdade, o trabalho se subdividiu em três objetivos específicos. Primeiramente, enfrentará a questão da função social do Estado Contemporâneo, com espectro na função primordial que dirige o poder do Estado, consubstanciada na vontade geral que traduz a soberania do povo e garantia das liberdades dos sujeitos.

A seguir, a pesquisa demonstrará se a Democracia Constitucional seria o corolário do Estado Democrático de Direitos e Garantias, apta (ou não) a legitimar a liberdade política individual dos sujeitos da ordem social, com

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau. Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

uma abordagem histórica da democracia, até o surgimento de um regime de governo do atual estágio do Estado de Direito no segundo pós-guerra.

Por fim, será problematizada a questão da legitimação (ou não) da proposta de garantia e efetivação da liberdade política pela Democracia Constitucional a partir da teoria do Estado e do Direito desenvolvida por Hans Kelsen, além de analisar se a democracia é, realmente, a forma de governo mais acertada para a salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais.

Quanto à justificativa, o tema investigado é instigante e despertou interesse após a leitura de Kelsen e o cotejo de suas ideias com o pensamento contemporâneo. Para o estudo da liberdade pessoal e sua efetivação (ou não) na democracia constitucional, partindo-se da ideia de uma função social do estado contemporâneo – independentemente do suporte ideológico que o sustente. Isso porque, acredita-se que qualquer que seja o regime governamental adotado pelo Estado, este deve possuir uma característica peculiar, consubstanciada na sua função social, que se expressa no compromisso – o dever de agir – e na atuação em si, em favor de toda a sociedade.

Com relação à metodologia empregada, foi utilizado o método de abordagem e de procedimento o dedutivo. Já as técnicas de suporte adotadas compreendem o uso de doutrinas. Por fim, o presente artigo se encerra com as considerações finais, nas quais serão apresentados pontos conclusivos destacados nos próprios textos teóricos.

1. FUNÇÃO SOCIAL DO ESTADO CONTEMPORÂNEO: UMA VISÃO DEMOCRÁTICA

Paradoxalmente, seria desnecessário dizer que a conceituação de Estado é uma tarefa quase impossível, tendo em vista a complexidade da instituição e de suas nuances político-filosóficas. Por outro lado, falar de Direito sem abordar o Estado, e sua função social, seria heresia. Para o estudo da liberdade pessoal e sua efetivação (ou não) na democracia constitucional,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

partir-se-á da ideia de uma função social do estado contemporâneo – independentemente do suporte ideológico que o sustente. Isso porque, acredita-se que qualquer que seja o regime governamental adotado pelo Estado, este deve possuir uma característica peculiar, consubstanciada na sua função social, que se expressa no compromisso – o dever de agir – e na atuação em si, em favor de toda a sociedade.³

A situação contemporânea do Estado leva-o a caracterizar como dever de máxima urgência das democracias o de desenvolver a justiça social, uma vez que a verdadeira – e não menos legítima –, dignidade do Estado surge do exercício da justiça, com a efetivação dos direitos e das garantias inerentes ao ser humano, notadamente as liberdades pessoais dos indivíduos por ele tutelados. O fim último do Estado, portanto, é o bem comum de sua sociedade política, enquanto ser, em suma, um instrumento a serviço do cidadão.⁴

Na medida em que o direito emana de um poder e na medida em que este poder político recebe o nome de Estado, não há dúvidas de que a fonte principal das normas jurídicas originárias será o próprio Estado.⁵ Por este motivo, seu fim último deve sempre ser o bem comum de seu povo, desenvolvendo um sistema jurídico democrático com a prevalência das liberdades pessoais⁶. Pode-se dizer, nesses termos, que o direito político do Estado contemporâneo, na sua função social, realiza a síntese da ordem e da liberdade.⁷

³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003, p. 21.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. Função social do estado contemporâneo, p. 44.

⁵ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 42.

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. Função social do estado contemporâneo, p. 92-93.

⁷ GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A governabilidade do Estado encontra-se na dependência do modelo de exercício do poder do próprio Estado, que pode variar – evidentemente –, na razão indireta da legitimação pública do poder político. Ou seja, quanto menor a ingerência da esfera pública [sociedade] no poder político [administração da coisa pública], mais arbitrário tenderá a ser o governo deste Estado.⁸ Daí porque, a democracia – como será melhor detalhado no tópico seguinte –, ser a ferramenta que mais se aproximaria do pleno exercício da liberdade.

2. DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: A LUTA POR UMA COMUNIDADE LIVRE

Para fins didáticos, antes de abordar a democracia constitucional em si, buscar-se-á compreender o que é democracia, malgrado a definição de democracia ser, assim como de Estado, uma tarefa árida, conquanto o termo “democracia”, com o decorrer do tempo, foi transformado em um estereótipo contaminado por uma anemia significativa.⁹

Para Norberto Bobbio, a democracia significa o governo do povo, ou seja, é uma das várias formas de governo em que o poder não está nas mãos de um só ou de poucos. Se contrapõe aos governos autocráticos, como a oligarquia e a monarquia.¹⁰ Nos dizeres de Paulo Bonavides, referido modelo possui, entre outras bases, “a soberania popular, o sufrágio universal, a observância constitucional, o princípio da separação dos poderes, a igualdade de todos perante a lei”.¹¹ Historicamente, a democracia encontra sua formação de raiz há mais de 2.500 anos, com supedâneo no pensamento

⁸ GALLI, Joel Eliseu. **Judicialização democrática**: os novos atores da cena político-eleitoral republicana. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 17-18.

⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 100.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 07.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 294.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

clássico grego, sendo que na contemporaneidade possui formulação e contexto muito distintos.¹²

Em verdade, o regime democrático repousa sobre dois princípios fundamentais, o que aliás lhe dão a essência de sua definição. O primeiro diz respeito à soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela ideia de que todo o poder emana do próprio povo. O segundo diz respeito à participação do povo no poder, seja na forma direta ou indireta, para que tal poder seja a efetiva expressão da vontade popular.¹³

O atual contexto histórico e político revela que a democracia contemporânea possui características que a diferenciam da democracia antiga. A primeira delas é a superação de um modelo da democracia direta pelo modelo da democracia representativa. Isso porque, muitos contemporâneos de Rousseau já afirmavam ser difícil a viabilidade de uma atuação direta do povo na política.¹⁴ Nesse sentido, com propriedade, também já elucidava Bobbio que o exercício da democracia de forma direta, com a aprovação das decisões políticas por todos os cidadãos não passa de algo materialmente impossível¹⁵.

Assim, a democracia contemporânea se realiza essencialmente por meio da representação, por vezes, como assinala Raoni Macedo Bielschowsky, mais ou menos permeada de instrumentos de participação do povo de forma direta, a depender da estrutura constitucional adotada pelos Estados, sendo fato que a democracia direta é cada vez menos possível na organização política dos estados nacionais.¹⁶ Outra característica da

¹² BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

¹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 131.

¹⁴ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, p. 53.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 42.

¹⁶ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, p. 53-54.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

democracia contemporânea – que se consubstancia no objeto desta pesquisa –, é de que apenas na modernidade se reconheceu a existência de campos de liberdade individual, mormente como consequência das lutas religiosas ocorridas na Europa.¹⁷

É ao encontro da função social do estado contemporâneo e da democracia representativa que nasce a ideia de uma democracia constitucional, consubstanciada em um regime de governo do atual estágio do Estado de Direito que surgiu no segundo pós-guerra em resposta às arbitrariedades do totalitarismo. A democracia constitucional quebra esse regime de atrocidades e representa a comunhão dos direitos fundamentais – notadamente a liberdade – com a vontade popular. A democracia constitucional, nessa toada, deve ser compreendida teleologicamente como uma igualdade fundamental de todos em uma humanidade comum.¹⁸ Nos dizeres de Ronald Dworkin, este é o regime que exige que cada indivíduo não apenas tenha uma participação com igualdade nas tomadas de decisões públicas do governo, mas também receba deste o mesmo respeito e seja objeto da mesma reciprocidade que os demais indivíduos.¹⁹

Não é desairoso repisar que a estrutura democrática de efetivação dos direitos e garantias só faz sentido dentro da forma estatal determinada na Constituição de cada Estado, corpo em que se define a forma da República.²⁰ Ou seja, é no texto constitucional (a norma escrita), que positivamente se assenta o modelo democrático de cada nação, prescrevendo todos os direitos e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, Konrad Hesse, com propriedade, já afirmava que a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas também de

¹⁷ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, p. 54.

¹⁸ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**, p. 81.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana, p. 85.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

um dever ser, pois vai além do simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, notadamente as formas sociais e políticas e, graças à sua pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.²¹ Do contrário, não haveria razão alguma para que o texto constitucional previsse direitos e garantias se estes não traduzissem a realidade à qual estão inseridos os cidadãos. A realização desses direitos e garantias é o que faz com que a Constituição adquira força normativa, de modo a salvaguardar a democracia ali estabelecida, baseada na dignidade humana.

A exemplo do Estado Brasileiro, a democracia representativa – enquanto regime do Estado Democrático de Direito previsto –, tem o escopo de assegurar os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, conforme dicção preambular da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Até o presente momento buscou-se demonstrar que a democracia constitucional é o corolário do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais. Por esta razão, pode-se dizer que a Democracia e a Constituição compõem – em uma intrínseca relação de reciprocidade e interdependência – o elo de legitimação das liberdades individuais e coletivas.²²

3. O PROBLEMA DA LIBERDADE NA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DE HANS KELSEN²³

²¹ HASSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15-16.

²² CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo.** Florianópolis; Diploma Legal, 2001, p. 207.

²³ Para início da discussão nesse aspecto, necessário esclarecer que a pesquisa abordará a liberdade positiva, ou também chamada de liberdade política, na qual os sujeitos da ordem

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Como bem destaca Bielschowsky, a grande preocupação daqueles que defendem uma democracia meramente procedural é justamente quanto à preservação e promoção da liberdade, da autonomia, e da autodeterminação de cada indivíduo. Se é certo que a democracia constitucional é fundamentalmente o regime típico de efetivação da liberdade, resta saber qual é a liberdade que a democracia constitucional busca efetivar e se de fato é legítima.

Os direitos fundamentais exercem importante papel no uso das liberdades públicas, especialmente no que diz respeito ao papel de defesa de tais liberdades, o qual possui o escopo de permitir ao indivíduo o ingresso em juízo para proteger bens lesados ou em perigo de lesão, proibindo os Poderes Públicos de invadirem a esfera privada dos indivíduos^{24,25} O que mais interessa para a discussão que aqui se propõe, é o direito de defesa. Isso em razão de que, como mencionado alhures, tal direito veda a intervenção e arbitrariedades dos Poderes Públicos na vida privada dos indivíduos. Indaga-se: qual a importância dessa prerrogativa no estado constitucionalmente democrático? Explica-se.

A liberdade sempre foi uma questão fundamental na história da humanidade e por este motivo não se pode negar que todo sujeito traz consigo como atavismo a condição de ser plenamente livre. Liberdade para fazer. Liberdade para pensar. Liberdade para ir, para retornar ou permanecer.

social têm a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade sem submissão a qualquer tipo de compromisso.

²⁴ BULOS, Uadi Lammégo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. de acordo com a emenda constitucional nº 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 527.

²⁵ Nos dizeres do professor Peces-Barba Martínez, os direitos fundamentais são "una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad e igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidariedad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista". In: PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos**: el tiempo de la historia, p. 109-112. In: PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

É nessa linha que, sabiamente, Calmon de Passos argumenta quando prescreve que o sujeito não se trata de uma criatura que pode querer, ele é, antes de qualquer coisa, uma criatura que precisa querer²⁶.

A liberdade constitui fator importante para se compreender o limite da intervenção do Estado na vida privada dos indivíduos e sua relação com os direitos fundamentais. Diante disso, questiona-se novamente: se é por meio do Estado que pessoas (com atividades políticas de representação – democracia representativa) exercem poder sobre os indivíduos, impõem regras e sanções, o que seria a liberdade dentro do Estado? Considerando a ideia de democracia constitucional exposta alhures, pode-se afirmar que é na democracia que a liberdade encontra[ria] seu campo de extensão, posto que à medida em que o processo democrático avança, mais o ser humano vai se libertando de obstáculos que o constrange.^{27 28}

Em que pese a possibilidade do exercício da democracia pelos indivíduos ocorrer de forma menos ou mais intensa a depender do que o texto constitucional preveja, a liberdade do indivíduo nunca é plena. A liberdade não passa de uma ficção. E essa ficção nada mais é do que um reflexo da própria democracia adotada.

Para Hans Kelsen, a ideia de liberdade tem originalmente sentido puramente negativo, representado pela ausência de compromisso dos indivíduos, no sentido de que apenas é livre aquele que vive fora do estado e da sociedade, posto que sociedade significa ordem, e ordem significa o

²⁶ CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.12.

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 234.

²⁸ Tanto é assim que “em relação aos indivíduos, doravante, primeiro vêm os direitos, depois os deveres; em relação ao Estado, primeiro vem os deveres, depois os direitos”. In: BIROU, Alain. **Dicionário de ciências sociais**. 2 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982. p. 200-201.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

compromisso de todos com um fim coletivo.²⁹ A liberdade no sentido original só era possível no estado natural que a teoria do direito natural do século XVIII contrastou com estado social.³⁰ Mas bem pontificou Kelsen que essa liberdade é a anarquia.

Isso porque, considerando que na visão kelseniana o Estado é uma ordem social por meio da qual os indivíduos são obrigados a determinadas condutas, para viver-se nesse estado abre-se mão de parte da liberdade individual de cada um para um fim coletivo.³¹ A liberdade plena não é possível dentro de um sistema democrático, pois se a democracia representa o governo do povo para o povo – de forma direta ou indireta –, a liberdade sem qualquer compromisso levaria à anarquia, que por sua vez representaria a negação de qualquer sistema de controle individual, incluindo-se aí o próprio regime constitucional democrático. Têm-se aí, portanto, o primeiro limitador da plenitude libertária enfrentada por Hans Kelsen.

Com o aumento da complexidade do corpo social e fortalecimento da ideia de sociedade (a ordem social), essa liberdade natural pautada na ausência de qualquer compromisso, transforma-se em uma liberdade política, ou seja, uma liberdade que só é exercida sob a ordem social.³² Segundo Kelsen, a única liberdade possível dentro da sociedade não pode ser a liberdade de qualquer compromisso, mas sim de um tipo particular de compromisso, na medida em que a vontade de cada indivíduo deva estar em harmonia com a do outro, com a vontade coletiva.³³

Problematizando a questão, Kelsen, ao citar o pensador Rousseau, traz a seguinte indagação: “como é possível estar sujeito a uma ordem social

²⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 407.

³⁰ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 407.

³¹ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 407.

³² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p.407.

³³ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 408.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e permanecer livre?" Guardadas as suas proporções, a resposta de Hans Kelsen é no sentido de que só é possível ser livre sujeitando-se a uma ordem social por meio da democracia (direta ou indireta), pois ela consagraria a autodeterminação de cada indivíduo ao assegurar sua participação na criação da ordem social do Estado, uma vez que "liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia".³⁴

A visão kelseniana caminha para a ideia de que a liberdade teria seu fundamento na ideia de igualdade entre os indivíduos, enquanto a utopia da autodeterminação só poderia ser concretizada de forma plena se todos aqueles sujeitos à uma ordem social fossem iguais, quando diz que "o ideal de autodeterminação exige que a ordem social seja criada pela decisão unânime de todos os seus sujeitos e que permaneça em vigor apenas enquanto goza de aprovação de todos".³⁵

Para ele, a vontade coletiva [volonté générale] deve estar constantemente em harmonia com a vontade dos sujeitos [volonté de tous], de modo que a modificação da ordem social apenas poderia ocorrer com a aprovação de todos os sujeitos, sendo que cada indivíduo seria obrigado pela ordem social na medida em que o consinta.³⁶

A autodeterminação, todavia, não se mostra plausível dentro de uma ordem social, especialmente uma ordem constitucionalmente democrática pautada no bem coletivo. Isso porque, se nem na democracia direta (que teria, ainda que minimamente, um grau de limitação política dos sujeitos), pode-se pensar uma autodeterminação efetiva de cada indivíduo – pois levaria à anarquia, que por sua vez negaria qualquer ordem social –, não é desairoso respirar a ideia de que o princípio da autodeterminação de cada indivíduo no campo constitucional-democrático iria de encontro com a ideia

³⁴ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 408.

³⁵ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 408.

³⁶ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 408-409.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de ordem social proposta por Hans Kelsen. Tanto é verdade que o próprio Kelsen escreveu que "na realidade social, o grau mais alto de autodeterminação política, isto é, um estado onde não é possível nenhum conflito entre a ordem social e o indivíduo, é praticamente indistinguível de um estado de anarquia".³⁷

Ou seja, o princípio da autodeterminação não passa de uma utopia política. Primeiro porque para a efetivação de uma ordem social – no caso em questão a democracia constitucional –, como foi explanado anteriormente, os sujeitos teriam que abrir mão de parcela de suas liberdades obrigando-se à determinadas condutas (a sociedade de compromissos, segundo Kelsen); e segundo porque se a democracia constitucional só existiria se concomitantemente existisse essa submissão de cada sujeito a certos compromissos, a autodeterminação levaria à negação de qualquer sistema de controle individual – anarquia. Portanto, mais uma questão traz à celeuma que a liberdade plena não é possível em qualquer que seja o regime social adotado. E, principalmente em um sistema constitucional democrático, negar-se à harmonia da vontade coletiva, é negar-se à própria democracia.

A negação da liberdade plena para concretização da democracia constitucional (ordem social pautada em compromissos coletivos), por outro lado, vai ao encontro da efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado. Nesse sentido, com propriedade, bem asseverou Peces-Barba que sem o apoio do Estado organizado os direitos inherentes aos sujeitos careceriam de força para orientar a própria vida social³⁸.

Para Hans Kelsen, democracia decorre de dois princípios: (a) a liberdade, que exige o mínimo de coerção sobre o indivíduo – tendo em vista que "é a própria natureza, que, exigindo liberdade, se rebela contra a

³⁷ KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 409.

³⁸ PESES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**: teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 105.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sociedade";³⁹ e (b) a igualdade, que decorre da liberdade e da identidade da condição humana, pois "ninguém deve mandar em ninguém"⁴⁰.

Na democracia de Hans Kelsen, com razão, não há falar em liberdade plena, ou na autodeterminação, conquanto a própria natureza da ordem social – democracia constitucional -, nega a ideia de liberdade para poder afirmar sua própria existência. A democracia só existe por que inexiste liberdade. O que poderia se cogitar existir na democracia constitucional é a igualdade, no sentido de que a vontade individual dos sujeitos esteja direcionada a todo momento para o coletivo. Como disse Kelsen, ninguém deve mandar em ninguém, o que corrobora a ideia de que a submissão à determinados compromissos é a prova mais cristalina de que liberdade e democracia nunca estarão unidas, pois uma nega à outra para existir.

Têm-se que a democracia constitucional – consoante explanação feita no início do trabalho – seria a forma de regime governamental mais justa, pois asseguraria a liberdade individual. Ou seja, a única justificativa plausível desse regime próximo aos corolários da justiça é que a preservação da liberdade individual seria o seu fim supremo. Mas como visto, nem mesmo esse regime constitucionalmente democrático é capaz de garantir a liberdade política de cada indivíduo, o que traz à celeuma o fato de que outra forma de ordem social – não mais a democracia, inclusive a constitucional – deverá ser aceita como justa, apta a assegurar a liberdade do sujeito.⁴¹

A concretização da liberdade política, em plenitude [como fim último de uma ordem social] exige outros meios. A democracia constitucional, nessa toada, somente pode ser considerada legítima como uma forma de regime relativa e não absolutamente boa, como bem esclareceu Kelsen. E com razão, pois ainda que tal regime seja o mais próximo da justiça [justiça

³⁹ KELSEN, Hans. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

⁴⁰ KELSEN, Hans. **A Democracia**, p. 27.

⁴¹ KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a ser entendida como garantia da liberdade política individual], sua proposta de liberdade não se cumpre, pois sua própria existência nega a possibilidade de exercício da liberdade.

Se nem a democracia direta cumpre o seu fim último de assegurar a liberdade política individual, quiçá a representação democrática, pois como bem assinalou Hans Kelsen, tal forma de democracia “trata-se de um enfraquecimento considerável do princípio de autodeterminação política”.⁴² Nessa perspectiva, resta claro que se nem o mínimo de liberdade política, consubstanciada na promoção da vontade dos representados pelos seus representantes é cumprida, a plena liberdade política do sujeito, mesmo integrante de um regime constitucionalmente democrático não passa da esfera utópica de efetivação dos direitos fundamentais. Ou seja, a democracia – seja ela direta ou indireta, constitucional ou não – não cumpre sua proposta de assegurar a liberdade política dos sujeitos.

Portanto, seja qual for a forma de exercício da democracia constitucional, nenhuma legitima a própria democracia, pois a proposta de garantia da liberdade política dos sujeitos não é cumprida por este sistema. Nem na democracia representativa, tampouco na democracia direta, existe liberdade, haja vista que a necessidade de se submeter a determinados compromissos faz-se negar à própria liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, à guisa de conclusão, vê-se que o direito político – sob o viés da função social do Estado Contemporâneo –, possui a função fundamental de nortear o poder do Estado, consubstanciado pelos direitos e garantias consagrados na lei pela vontade geral que traduz a soberania do povo, competindo ao Estado, nessa toada, a promoção e a garantia das liberdades individuais. Portanto, pode-se entender que o direito

⁴² KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado, p. 413.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

político do Estado contemporâneo, na sua função social, realiza a síntese da ordem e da liberdade política.

Em que pese a democracia constitucional ser o regime de governo mais próximo dos corolários do Estado Democrático de Direitos e Garantias Fundamentais, e que deste modo comporia – em uma intrínseca relação de reciprocidade e interdependência – o elo de legitimação das liberdades individuais, a proposta de garantia da liberdade política, todavia, não é cumprida. A proposta mostra-se ilegítima.

Isso em razão de que seja qual for a forma de exercício da democracia constitucional (direta ou indireta), nenhuma legitima a própria democracia, pois a proposta de garantia da liberdade política dos sujeitos não é cumprida por este sistema. Nem na democracia representativa, tampouco na democracia direta existe liberdade, haja vista que a necessidade de se submeter a determinados compromissos faz-se negar à própria liberdade. Para que uma ordem social subsista, tais compromissos são imprescindíveis e, a partir do momento que se submete a eles, abre-se mão da liberdade, o que corrobora a hipótese levantada inicialmente.

Se do contrário, aos compromissos firmados com a ordem social manifestar-se flagrante rebelião, o próprio regime constitucional democrático seria negado, e por via de consequência, reinaria a anarquia. Assim, a concretização da liberdade política, em plenitude [como fim último de uma ordem social democrática contemporânea] exige outros meios.

A democracia constitucional, nessa ordem de pensamento, somente poderia ser considerada legítima como uma forma de regime relativa e não absolutamente boa, como bem esclareceu Kelsen, pois ainda que tal regime possa ser considerado o mais próximo da efetiva garantia da liberdade política individual, sua proposta de liberdade não se cumpre, pois sua própria existência nega a possibilidade de exercício da liberdade.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **Direito, poder e opressão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 42.

BIROU, Alain. **Dicionário de ciências sociais**. 2 ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1982. p. 200-201.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 51.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 07.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. Ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 294.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. atual. de acordo com a emenda constitucional nº 83/2014 e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015

CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.12.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia e estado contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001, p. 207.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 112.

GALLI, Joel Eliseu. **Judicialização democrática**: os novos atores da cena político-eleitoral republicana. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 17-18.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 205.

HASSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15-16.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A Democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26-28.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

_____. **O que é justiça?** A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 10.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 3. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales:** teoría general. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 105.

_____. Gregorio. **La diacronia del fundamento y del concepto de los derechos:** el tiempo de la historia, p. 109-112. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de derechos fundamentales. Teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 131.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS DECISÕES BRASILEIRAS

José Arimatéia Araújo de Queiroz¹

Maicke Miller Paiva da Silva²

INTRODUÇÃO

O artigo tem como referente³ analisar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento das decisões judiciais e administrativas no Brasil. Questiona-se: quais os direitos fundamentais protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana nos julgados brasileiros?

Assim, exordialmente, faz-se uma abordagem do contexto histórico e evolutivo do princípio da dignidade da pessoa humana, desde as bases religiosas e filosóficas até sua previsão nas constituições escritas, tais como as do México e de Weimar; e, ainda, da inserção deste princípio na Declaração Universal dos Direitos Humanos; na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Em seguida, pontua-se sobre os aspectos conceituais para a compreensão⁴ da dignidade humana como instrumento de proteção e defesa

¹ Doutorando e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Faculdade de Ciências Humanas, Exatas e Letras de Rondônia (FARO). Advogado. Assessor Técnico e Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO), Porto Velho, Rondônia, Brasil.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Faculdade São Lucas. Auditor de Controle Externo e Assessor Técnico de Conselheiro no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO).

³ É a “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.54.

⁴ Conceito Operacional - COP proposto por composição “[...] é aquele que resulta da elaboração do Pesquisador, seja pela utilização das ideias de outros [...]”, “[...] combinadas com as do

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

dos direitos intrínsecos e essenciais ao ser humano, enquanto pessoa dotada de valores internos supremos, insubstiuíveis e únicos.

Nesse caminho, ao discorrer sobre a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana em decisões das Cortes de Justiça de alguns países, tais como: Alemanha, Estados Unidos, França; e, principalmente no Brasil, percebe-se que a utilização deste princípio é voltada, na maioria dos casos, para a proteção da vida (aborto, pena de morte), saúde (fornecimento de medicamentos), liberdade e igualdade (liberação de drogas leves, casamento de pessoas do mesmo sexo), entre outros.

Ao final, como hipótese, comprehende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é efetivado – nos fundamentos das decisões judiciais e administrativas brasileiras – para a proteção da vida, saúde, liberdade e igualdade, sem exclusão doutros direito e garantias igualmente protegidos pelo mencionado princípio.

O método empregado no vertente artigo foi o indutivo⁵, por pesquisa bibliográfica e documental, com resultados obtidos por base lógica indutiva. Ademais, nas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do

próprio Pesquisador". A teor do definido por PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p.40.

⁵ "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]" . PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 91.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Barroso¹⁰, na concepção contemporânea, o princípio da dignidade da pessoa humana remonta à origem bíblica, com o homem feito à imagem e semelhança de Deus. Nas palavras de Sarlet¹¹ "[...] ao pensamento cristão coube, fundado na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos".

Perpassando pelos ideais iluministas e as revoluções francesa e industrial, a dignidade humana ganha relevantes contornos após a Primeira Guerra Mundial, uma vez que passa a ser um princípio consagrado em constituições escritas. Assim, é na segunda década do século XX que a dignidade humana começa a figurar em documentos jurídicos, tais como as constituições do México (1917) e da Alemanha, Weimar (1919)¹².

⁶ "[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 58.

⁷ "[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 27.

⁸ "[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]" PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 39.

⁹ "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. p. 215.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. p. 4. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 24.

¹² "No âmbito do direito constitucional, a partir do segundo pós-guerra, inúmeras Constituições incluíram a proteção da dignidade humana em seus textos. A primazia, no particular, tocou à Constituição Alemã (Lei Fundamental de Bonn, 1949), que previu, em seu art. 1º, a inviolabilidade da dignidade humana [...]", "[...]. Diversas outras Constituições contêm

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

E, ao final da Segunda Guerra Mundial, o princípio da dignidade humana veio a nortear as legislações de vários países, segundo as proposições da Organização das Nações Unidas (ONU), e figurou como diretriz no preâmbulo e nos principais artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, recortes:

Preâmbulo - Considerando **que 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 [...] Artigo I - **Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos.** São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.¹³ (Grifos nossos).

Além da previsão em tela, recentemente outros documentos de importância internacional deixaram evidente que a dignidade da pessoa humana é inviolável; e, nessa condição, merece a devida proteção, tal como consta do art. 1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, o qual dispôs: "a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida"¹⁴, previsão que se procurou replicar no tratado que buscou estabelecer uma Constituição para Europa¹⁵.

referência expressa à dignidade em seu texto – Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Brasil, Israel, Hungria e Suécia, em meio a muitas outras – ou em seu preâmbulo, como a do Canadá". BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. p. 4-5.

¹³ [...] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,** 2000. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Tratado que Estabelece uma Constituição Para a Europa.** Jornal Oficial da União Europeia em 16 de Dezembro de 2004 (Série C, n.º 310). Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

E, no âmbito nacional, o princípio da dignidade humana é fundamento¹⁶ do Estado Democrático de Direito, a teor da previsão expressa no art. 1º, III, da Constituição da República do Brasil (CRFB)¹⁷.

Diante deste breve contexto histórico, mostra-se evidente a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como diretriz primária para a fundamentação das decisões judiciais e administrativas no Brasil e em diversos outros países do mundo.

2. CONCEITOS E JULGADOS INTERNACIONAIS RELATIVOS À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 Conceito

Segundo Kant¹⁸, a dignidade humana é a qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Assim, em face da característica racional, os seres humanos têm o poder de determinar suas ações diante das leis que adotam.

¹⁶ "Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional". SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, v. 212, p. 90, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a **dignidade da pessoa humana**; [...]. (Grifo nosso). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Groundwoork of the Metaphisic of Morals**. In: Immanuel Kant: *Groundwoork of the Metaphisic of Morals*. Coord. Lawrence Pasternack. New York: Roytledge, 2002. p. 56, 62-63 e 67.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Ao abordar a filosofia kantiana, Silva¹⁹ ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser compreendido em dois conceitos, quais sejam: a pessoa humana e a dignidade.

Quanto à pessoa humana, o referido autor conclui que "[...] todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritual idade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio". E, em relação à dignidade, Silva²⁰ a define como "[...] atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que comprehende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente". Assim, para o autor, a dignidade "[...] se confunde com a própria natureza do ser humano".

Veja-se que a ideia em questão remonta ao pensamento jusnaturalista (Direito Natural) permeado por valores que, com o tempo, foram insertos nas constituições de diversos países. Com isso, houve a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo em conta os novos rumos advindos do pensamento pós-positivista, como arguiu Barroso²¹, criou-se uma cultura que "[...] reaproximou o Direito da filosofia moral e da filosofia política, atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista".

Nessa ótica, frente à positivação dos valores da dignidade da pessoa humana, ampliou-se a efetivação deste princípio como fundamento das decisões judiciais e administrativas, não sem razão, pois nas lições de Silva "[...] a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o

¹⁹ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. p. 90

²⁰ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. p. 90.

²¹ BARROSO, Luiz Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: p. 4.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”²².

Ao refletir sobre as dimensões da dignidade humana, Sarlet²³ também sustenta que este é um atributo intrínseco das pessoas de expressar o seu valor absoluto; e, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames não podem ser desconsideradas. Para o autor, o reconhecimento e a garantia de liberdades e direitos fundamentais constituem uma das principais exigências da dignidade humana.

Ao seu turno, Piovesan²⁴ sustenta a primazia do valor da dignidade humana “[...] como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido [...].”

Com isso, para além da fixação da dignidade humana como fundamento da República, o texto da Constituição Brasileira assegurou diversos direitos fundamentais, principalmente nos artigos 5º e 6º da CRFB, os quais refletem as diretrizes basilares de reconhecimento e efetivação do referido “superprincípio” como fundamento das decisões judiciais e administrativas.

Por fim, das conceituações em tela, é possível compreender a dignidade humana como instrumento de proteção e defesa dos direitos intrínsecos e essenciais ao ser humano, enquanto pessoa dotada de valores internos supremos, insubstituíveis e únicos.

²² SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. p. 92.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: **Desafios da ordem Internacional Contemporânea** in: Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007, vol. 1, p. 16-18

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

2.2 Julgados internacionais

No cenário internacional há diversos casos de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, com ênfase na defesa de direitos que se inter-relacionam. No ponto, Barroso²⁵ elencou um rol de casos que tratam dos assuntos em tela, a exemplo:

- a) Alemanha: as decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão de declarar a inconstitucionalidade da descriminalização do aborto, com posterior flexibilização desta decisão;
- b) Estados Unidos, em que a Suprema Corte decidiu pela pena de morte, ao argumento de que os objetivos sociais de retribuição e prevenção superavam as preocupações com a dignidade, porém, vedando a execução de deficientes mentais e de menores de dezessete anos. Noutro julgado, a referida Corte Americana reconheceu o direito da mulher ao aborto, com algumas reservas; e, em apreciação doutro caso, entendeu como inconstitucional a criminalização de relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo;
- c) França, na qual a Corte de Cassação reconheceu o “direito de não nascer”, ao assegurar a uma criança, representada por seus pais, uma indenização pelo fato de ter nascido cega, surda e com transtorno mental severo, por não ter sido diagnosticada previamente com rubéola, mesmo após ser submetida ao teste por parte da mãe, fato que a impediu de interromper a gravidez; e, ainda, noutro caso de reconhecimento do direito à inseminação artificial, *post mortem*, o que também foi discutido no Reino Unido; uso de maconha com a alegação de proteger os grupos vulneráveis, incluindo adolescentes e mulheres grávidas, dentre outros.

²⁵ BARROSO, Luiz Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: p. 6-8.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O que se percebe nos casos em tela é o elo comum de proteção de direitos fundamentais dos indivíduos, tais como: vida (aborto, pena de morte); igualdade e liberdade (casamento de pessoas do mesmo sexo, inseminação artificial); saúde (descriminalização de drogas leves). Outro ponto que chama à atenção é que a proteção não se restringe a áreas determinadas, permeando sempre um conjunto de direitos da pessoa enquanto ser humano.

3. DECISÕES DAS CORTES BRASILEIRAS SOBRE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Decisões das Cortes Judiciais

No Brasil, as Cortes de Justiça proferem muitos julgados com base no princípio da dignidade da pessoa humana, com o destaque para as deliberações do Supremo Tribunal Federal (STF), na condição de intérprete do texto constitucional, no qual se encontram inseridos a maior parte dos direitos e garantias fundamentais.

Tratando dos direitos à vida e à saúde, no caso de aborto de feto anencéfalo, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF²⁶, o STF já se posicionou pela atipicidade da conduta descrita nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, para garantir os direitos fundamentais da gestante, por considerar que a aplicação de tais dispositivos, à espécie, representa forma de imposição de sofrimento físico e

²⁶ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. [...] (f) ofensa à dignidade humana da gestante (art. 1º, III, CF) pois a aplicação dos dispositivos referentes ao aborto à espécie representa forma de imposição de sofrimento físico e moral à mulher, sujeita aos riscos e à certeza inafastável da morte do ser gestado, em situação equiparável à tortura; [...]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). ADPF n. 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

moral à mulher. E, hodiernamente, o STF se encontra na análise da ADPF n. 442²⁷, em que se avalia a questão da “descriminalização da interrupção voluntária da gestação até a 12ª semana da gravidez”.

Também ao tratar do princípio da dignidade da pessoa humana, em face dos direitos fundamentais de igualdade e liberdade, ao dispor sobre o casamento de pessoas do mesmo sexo, o STF já sinalizava pela possibilidade, a teor do Recurso Extraordinário (RE) nº 477554/MG²⁸, em que se atribuiu à união estável homoafetiva a condição de entidade familiar, tempo no qual se reconheceu o direito à percepção do benefício de pensão por morte do convivente desta relação.

Consolidando o pensamento em questão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução Nº 175, de 14 de maio de 2013²⁹, garantiu a realização de casamentos civis de pessoas do mesmo sexo; e, hodiernamente, já há Projeto de Lei – aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal – para regulamentar a matéria no Código Civil Brasileiro.

Ainda, no voto lançado no RE 566471/RN, o qual trata de matéria de Repercussão Geral sobre o “dever do Estado de fornecer medicamento de

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF n. 442/DF**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385765>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

²⁸ EMENTA: **UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO**. [...] RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: [...] IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. [...] DIREITO DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO [...] ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. [...]. (**Grifos nossos**). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 477554 AgR/MG**. Relator: Ministro Celso de Melo. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

²⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>> Acesso em: 30 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo"³⁰, o Ministro Marco Aurélio apresentou voto em que defende o direito à saúde, nela englobado o acesso aos medicamentos, como bem vinculado à dignidade do homem, o que revela à proteção dos direitos fundamentais à vida e à saúde. Em igual sentido, tem-se o Agravo Regimental na **Ação Cível Originária - ACO 1472³¹, por meio da qual o STF interveio para a garantia do direito fundamental à saúde das pessoas com transtornos mentais por parte da União, justamente porque esta vinha descumprindo o texto constitucional em termos de dignidade da pessoa humana.**

Na linha do STF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) também contém diversos julgados nos quais há a efetivação do princípio da dignidade humana, tal como se observa dos fundamentos do Recurso Especial - REsp 696944/DF³², onde foram mantidos os proventos de aposentadoria de pessoa idosa, já em idade bem avançada e sem possibilidades de voltar ao mercado

³⁰ Obs: Processo em Repercussão Geral, pendente de apreciação. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 566471/RN.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

³¹ Ementa: DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – PORTADORES DE TRANSTORNOS MENTAIS – DESATENDIMENTO DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS QUE TRATAM DIRETAMENTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – DESCUMPRIMENTO DE ENCARGO POLÍTICO-JURÍDICO – COBRANÇA POR PARTE DA UNIÃO [...]. I - O direito fundamental à saúde dos portadores de transtornos mentais [...]. [...] V - A omissão dos réus em oferecer condições de saúde digna aos portadores de transtornos mentais exigiu a intervenção do Judiciário, tal como solicitado pela União para que, pelo menos, o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana lhes seja assegurada [...]. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ACO 1472 AgR-segundo/PA.** Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

³² [...] convém rememorar o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, que impede que o autor, já com avançada idade e acometido de incapacidade permanente que o impediria de se inserir novamente no concorrido mercado de trabalho, seja privado de seus proventos. Tal situação implicaria em tratamento desumano, igualmente vedado pela Carta Magna (art. 5º, III, da CF) colocando em cheque sua própria subsistência". [...]. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 696944/DF.** Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de trabalho, por considerar que a vedação da continuidade do recebimento do benefício implicaria em tratamento desumano.

Frente ao exposto, percebe-se que os fundamentos das decisões do Poder Judiciário, no Brasil, buscam assegurar a garantia dos direitos fundamentais das pessoas, com primazia a vida, igualdade, liberdade e saúde, dentre outros insertos no contexto protetivo do princípio da dignidade humana.

3.2 Decisões das Cortes Administrativas

Nery Júnior e Andrade³³ destacam que o princípio da dignidade da pessoa humana “[...] é o fundamento axiológico do Direito; é a razão de ser da proteção fundamental do valor da pessoa e, por conseguinte, da humanidade do ser e da responsabilidade que cada homem tem pelo outro”.

Diante do conceito posto, bem como considerando-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores (STF e STJ), muitas decisões administrativas se fundam na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, tais como: decisões da Administração Pública que concedem licenças para tratamento de saúde, maternidade, dentre outras, a exemplo do que estabelece a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990³⁴.

Também nessa linha, os órgãos previdenciários no Brasil, tais como: o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e os Institutos Próprio de Previdência têm decidido, diariamente, por assegurar a dignidade da pessoa humana aos segurados, com a concessão de auxílio doença, aposentadoria por invalidez, pensão para o (a) esposo/parceiro (a) em face da morte do

³³ NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional: de acordo com as recentes Emendas Constitucionais.** Atualizada até 10/04/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 118.

³⁴ Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença: I - por motivo de doença em pessoa da família; II - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro; [...]. BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

outro, incluindo aqueles (as) que vivem em relacionamento com pessoas do mesmo sexo.

Ainda, no âmbito do Direito Administrativo, cabe destaque a atuação dos Tribunais de Contas. A exemplo do julgado no Acórdão 2094/2012 - Plenário³⁵, do Tribunal de Contas da União (TCU) que decidiu pelo reconhecimento da união estável homoafetiva, entre o autor da ação e o *de cuius*, para efeitos de registro do ato concessório de pensão por morte, em garantia ao direito fundamental de igualdade; e, via de consequência, da dignidade da pessoa humana, haja vista que, modernamente, é inconcebível negar direitos em virtude de orientação sexual ou identidade de gênero.

Noutro caso, o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO) se utilizou do princípio da dignidade da pessoa humana, com força normativa e axiológica, para sopesar a legalidade estrita em garantia maior à vida e à saúde. A exemplo do descrito nos fundamentos Decisão nº 016/2011-Pleno³⁶.

³⁵ PESSOAL. PENSÃO CIVIL. [...], [...] ATO. LEGALIDADE. REGISTRO. DETERMINAÇÃO. [...] Com base na evolução processual da ação judicial, é possível observar que não foram apresentados elementos fáticos capazes de se contraporem ao fundamento da decisão originária concessória da tutela, qual seja, ao **reconhecimento da união estável homoafetiva entre o autor da ação e o de cuius** [...]. (Grifo nosso). BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 2094/2012 – Plenário**. Relator: Ministro André de Carvalho. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

³⁶ [...] uma aplicação do medicamento (infliximab), citado no relatório médico de fl. 39, necessário para o tratamento pode chegar a custar R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e é realizada a cada dois meses. [...] O custo elevado do referido medicamento tem sido motivo de diversas Ações Civis Públicas, dada a dificuldade de obtê-lo por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, tendo em vista o custo elevado, sendo obtido, por muitas vezes, através de liminares concedidas pelo judiciário. [...] **Os proventos de R\$ 1.470,54 percebidos pela interessada são insuficientes para prover sobrevivência digna e que, se reduzido caracterizaria grave afronta a princípios outros que não o da legalidade, dentre os quais o direito à vida, à saúde e à dignidade humana**. Além disto, consta nos autos que a interessada possui dois filhos. [...]. Neste caso, **uma decisão com base no princípio da legalidade apenas, se resumiria em privação arbitrária de sua vida** e consequentemente flagrante lesão ao *caput* do artigo 5º da Carta Magna que assegura a todos, brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil, o direito à vida. [...]. (Grifos nossos). RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). **Decisão nº 016/2011-Pleno**. Processo n. 04726/06-TCER. Relator: Conselheiro Francisco Carvalho da Silva. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Diante do exposto, considerando os julgados internacionais, bem como as decisões judiciais e administrativas proferidas no Brasil e objeto desta pesquisa, pode-se concluir que os direitos fundamentais protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana estão relacionados à vida, à saúde, à liberdade e à igualdade, sem exclusão doutros direitos igualmente relevantes para o atendimento dos primados da Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dignidade da pessoa humana, como discorrido no artigo, constitui-se em princípio de elevada carga axiológica, um verdadeiro “superprincípio”, pois engloba muitas vertentes para a salvaguarda do ser humano, principalmente em relação aos seus direitos essenciais e intrínsecos, na qualidade de pessoa dotada de valores internos supremos, insubstituíveis e únicos.

Por tais razões, avaliada a origem religiosa e os valores presentes no Direito Natural, percebe-se o porquê da dignidade da pessoa humana ser um primado básico a ser perseguido por todas as nações, conforme previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, tanto que passou a constar nas diversas constituições escritas, inclusive, como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CRFB).

Assim, tendo por base os parâmetros históricos, filosóficos e jurídicos em questão, tanto em cenário internacional como no Brasil, o Judiciário se utiliza do princípio da dignidade humana como fundamento dos acordos fundados nas demandas sociais mais complexas – que geralmente envolvem a discussão de direitos fundamentais, principalmente os afetos à vida, à saúde, à liberdade e à igualdade – o que acaba por orientar, em face da formação do precedente judicial, as decisões administrativas, pelas quais

<<https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>>. Acesso em:
31 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a Administração Pública procura efetivar, na prática, a aplicação destes direitos.

Posto isso, confirma-se a hipótese de que a efetivação do princípio da dignidade humana, como fundamento das decisões judiciais e administrativas brasileiras, busca a proteção de direitos fundamentais, tais como: vida, saúde, liberdade e igualdade, todos entendidos em seus sentidos amplos e sem exclusão doutros direitos e garantias igualmente protegidos pelo referido princípio.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luiz Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. p. 4-5. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (CRFB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituciona/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jul. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução nº 175**, de 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>> Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ACO 1472 AgR-segundo/PA**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). **Acórdão 2094/2012 – Plenário**. Relator: Ministro André de Carvalho. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/jurisprudencia>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF n. 54/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **ADPF n. 442/DF.** Relatora:
Ministra Rosa Weber. Disponível em:
<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385765>>. Acesso em: 05 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 477554 AgR/MG.** Relator:
Ministro Celso de Melo. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 566471/RN.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=R&numeroTema=6>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 696944/DF.** Relator:
Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

KANT, Immanuel. ***Groundwoork of the Metaphisic of Morals.*** In:
Immanuel Kant: *Groundwoork of the Metaphisic of Morals*. Coord. Lawrence Pasternack. New York: Roytledge, 2002. p. 56, 62-63 e 67.

NERY JÚNIOR, Nelson, Rosa Maria Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional: de acordo com as recentes Emendas Constitucionais.** Atualizada até 10/04/2006. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006, p. 118.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,** 2000. Disponível em:
<http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2018. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em:
<<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Tratado que Estabelece uma Constituição Para a Europa.** Jornal Oficial da União Europeia em 16 de Dezembro de 2004 (Série C, n.º 310). Disponível em:
<https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf>. Acesso em: 05 ago. 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática.
13 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: **Desafios da ordem Internacional Contemporânea** in: Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2007, vol. 1, p. 16-18.

RONDÔNIA. Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE/RO). **Decisão nº 016/2011-Pleno.** Processo n. 04726/06-TCER. Relator: Conselheiro Francisco Carvalho da Silva. Disponível em: <<https://pce.tce.ro.gov.br/tramita/pages/processo/processoViewConfirm.jsf>>. Acesso em: 31 jul. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 09 – jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/137/131>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

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. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

**A IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS DE SEGUIMENTO COMO MEDIDA
DE CRIAÇÃO DO ESPAÇO DE DEBATE DENTRO DO ATIVISMO
JUDICIAL-DIALÓGICO**

André Vilas Boas Gonçalves¹

Fabio Roberto de Oliveira Santos²

INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou, em julgamento de medida cautelar, que os Estados implementassem as audiências de custódia no prazo de 90 dias a contar do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (pelo Poder Judiciário), além de determinar a liberação dos valores do fundo penitenciário para utilização conforme sua finalidade, proibindo a realização de novos contingenciamentos (pelo Poder Executivo).

Muitos autores afirmaram que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro quando julgou a ADPF 347. Essa decisão não foi marcada pelo ativismo judicial ou pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional como a doutrina da Corte Constitucional Colombiana concebeu a tese.

O STF também não estabeleceu medidas de monitoramento ou canais de diálogo para acompanhar a implementação de sua decisão.

Foi distribuída a Reclamação 31.393/RO que informa o descumprimento do TJRO quanto a realização das audiências de custódia de

¹ Mestrando Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça - UNIR/DHJUS/EMERON. Possui graduação em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano e Pós-graduação em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - Anamages.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Defensor Público do Estado de Rondônia.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

forma ininterrupta. As pessoas presas em flagrante têm sido levadas à presença do Juiz no prazo de 24 horas determinado, tendo em vista a ausência de audiências de custódia nos finais de semana, feriados e demais recessos judiciais.

A violação aos direitos previstos em pactos internacionais é clara, pois viola o disposto nos artigos 7º, 5. da Convenção Americana de Direitos Humanos e 9.3 do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, devidamente internalizados pelos Decretos 678/92 e 592/92, sendo certo que constitui direito fundamental da pessoa presa, a saber: o de ser levado sem demora à presença de autoridade judicial. O termo “sem demora” foi interpretada pela Suprema Corte como sendo a obrigação de apresentar a uma autoridade judicial em até 24 horas.

A decisão da ADPF foi proferida há mais de 2 anos, tempo suficiente para que as audiências de custódia sejam implementadas de forma ininterrupta.

A adoção do ativismo dialógico com a implementação de mecanismos de seguimento da decisão se apresenta como uma solução.

1. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia pode ser conceituada como o direito do cidadão preso ser conduzido, sem demora, à presença de um juiz para que, nesta ocasião: se faça cessar eventuais atos de maus tratos ou de tortura e para que seja realizada uma análise, num momento dialógico, acerca da legalidade e da necessidade da prisão.

O termo “sem demora” foi interpretado pelo STF e culminou com a edição da Resolução 213 do CNJ, que definiu ser de 24 horas o prazo para ser apresentado à autoridade judicial.

A realização da audiência de custódia dever ininterrupta, não se interrompendo em razão de finais de semana, recessos ou feriados.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Argumentos como a falta de estrutura, orçamento, ou pela ausência de central específica direcionada à realização de audiências de custódia já foram considerados inidôneos para embasar a não realização da audiência (Reclamação 24.634/RJ).

2. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

O estado de coisas inconstitucionais foi concebido pela Corte Constitucional Colombiana como uma técnica decisória que enfrenta violações graves e sistemáticas da Constituição daquele país. Em apertada síntese, a técnica consiste em impor aos poderes do Estado a adoção de medidas tendentes à superação de violações graves e massivas de direitos fundamentais, e supervisionar, em seguida, a sua efetiva implementação. Segundo VASCONCELOS³, os requisitos para a configuração do estado de coisas inconstitucionais são: i) multiplicidade de direitos fundamentais afetados, ii) vulnerabilidade dos afetados, iii) urgência da prestação estatal, iv) persistência temporal da violação a direitos fundamentais enfrentada no caso, v) omissão das autoridades competentes, e, por fim, vi) a multiplicidade de agentes e órgãos públicos envolvidos.

A declaração do estado de coisas inconstitucional inova na medida em que a declaração de inconstitucionalidade não se refere a uma lei ou ato normativo, como é de tradição da doutrina do controle de constitucionalidade. Os casos onde se utiliza a declaração de estado de coisas inconstitucionais reclama, além dos requisitos acima expostos, que se identifique um “bloqueio institucional”⁴. A burocacia e os sistemas políticos das democracias atuais

³ VASCONCELOS, Diego de Paiva. DE GIORGI, Raffaele. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa. Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503.

⁴ Na decisão T-25 da Corte Constitucional Colombiana, que reconheceu a necessidade de implementar políticas públicas para atender aos desalojados forçados, foram identificados os seguintes bloqueios institucionais: as entidades envolvidas não seriam as competentes; não havia disponibilidade orçamentária; os auxílios seriam apenas por tempo determinado de 3 meses; o requerente não estava inscrito no registro único de pessoas desalojadas; havia erro no requerimento; os programas habitacionais estavam suspensos; outros. Fonte:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

são os principais fatores que causam esses bloqueios. A consequência é a ocorrência de enfrentamento de problemas sociais urgentes de forma deficiente ou até mesmo o não enfrentamento.

A sentença T-25 da Corte Constitucional Colombiana foi inovadora. Além de reconhecer o estado de coisas inconstitucional, relacionado ao problema dos desalojados forçados, impondo diversas medias a órgãos e autoridades públicas, ela passou a monitorar a implementação das suas ordens, estabelecendo o diálogo entre os poderes. Além de proferir uma decisão que dava margem para que os órgãos envolvidos atuassem com certa liberdade (dizia que tinha que fazer, mas não dizia como), Corte Colombiana manteve a jurisdição sobre o caso durante o acompanhamento da implementação das medidas, o que segundo GARAVITO⁵, fez toda a diferença.

GARAVITO⁶ distingue e apresenta três formas de monitorar o seguimento das medidas: o seguimento forte, o moderado e o débil.

O seguimento forte pode se apresentar de várias formas, recebendo destaque a nomeação de comissionados para supervisionar em detalhes a implementação das sentenças estruturais durante certo tempo, com a apresentação de informes ao Tribunal, ou a criação de uma sala especial de seguimento pelo tribunal. Essas medidas de seguimento apontam a vontade do tribunal de acompanhar de forma ativa o processo de implementação e a partir daí fomentar o cumprimento dos prazos e valores mínimos apontados. O autor aponta a Defensoria do Povo (instituição semelhante à Defensoria Pública brasileira) como uma das responsáveis por apresentar informes críticos à Corte Constitucional Colombiana, além da Fiscalização Geral da

https://prezi.com/ssehlp9j9zeo/sentencia-t-025-del-2004/?utm_campaign=share&utm_medium=copy .

⁵ GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

⁶ GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Nação e a Controladoria. A principal característica do seguimento forte é o incentivo ao diálogo entre os envolvidos no caso.

O seguimento moderado é marcado pela apresentação/solicitação de informações sobre o cumprimento, sem a intenção de produzir, com isso, pressão adicional para o cumprimento. Esse tipo de seguimento é marcado pela possibilidade de o Tribunal manter a sua jurisdição sobre o caso.

O seguimento débil⁷ é marcado pelo encerramento da jurisdição do Tribunal sobre o caso, relegando as medidas de implementação e cumprimento da ordem ao ente a que é dirigida.

Esse diálogo é estabelecido entre as instituições responsáveis por aplicar os direitos e garantias previstas na constituição. Na decisão paradigmática T-25, a Corte Colombiana estabeleceu e coordenou um processo de mudança institucional, para movimentar todo o aparato estatal e implementar uma “ordem de desbloqueio”.

3. O ATIVISMO DIALÓGICO

O conceito de ativismo judicial adotado neste trabalho é de STRECK⁸. Ele afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”.

O ativismo dialógico é, para CAMPOS⁹, o ativismo materializado na forma de diálogos institucionais e tem como fundamento a ideia da

⁷ Segundo GARAVITO, o seguimento débil pôde ser visto no caso da corte sul africana “Groothoofd”, que tratou do direito à moradia. A comissão que monitorava a implementação da sentença foi surpreendida pela resposta do Tribunal ao afirmar que não tinha mais jurisdição sobre o caso, *in GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global.*

⁸ STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589

⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

interpretação constitucional como um processo de construção compartilhada entre Poder Judiciário e demais poderes.

Desta definição chegamos à conclusão que o Poder Judiciário deve interferir na formulação e implementação das políticas públicas, mas sem excluir a participação e a discricionariedade dos outros poderes. Não é autorização para que um poder interfira no outro, atentando contra a democracia e o estado de direito. Na verdade, trata-se de um fortalecimento da democracia, que vê o diálogo entre os poderes incentivado.

As cortes constitucionais devem preferir as ordens flexíveis e monitorar a execução destas, evitando as ordens rígidas e se afastar da fase de implementação das medidas. Não basta acreditar que a mera autoridade de uma ordem sua será suficiente para a implementação de uma política ou a superação de um bloqueio. É necessário se estabelecer o diálogo entre os envolvidos.

No caso específico da sentença T-25, a Corte Constitucional Colombiana proferiu algumas ordens procedimentais que visavam o envolvimento da sociedade civil com os órgãos públicos para a criação e implementação de políticas públicas para enfrentar o problema causado pelo desalojamento forçado. O diálogo se estabeleceu na medida em que a Corte Colombiana realizou audiências públicas para discutir as medidas a serem implementadas e acompanhar a sua evolução. Essa forma de atuar conseguiu se desvincilar das críticas feitas por economistas e advogados, pois estabeleceu um procedimento gradual, sem estabelecer em detalhes as medidas que deveriam ser adotadas.

Em arremate, calha transcrever a lição de GARAVITO¹⁰, em tradução livre:

¹⁰ GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

as sentenças dialógicas estabelecem fins amplos e vias de implementação claras estabelecendo prazos máximos e ordenando a deliberação de informes de seguimento, ao mesmo tempo em que deixam as decisões substantivas e os resultados detalhados aos organismos governamentais. Os remédios judiciais dessa natureza não só são compatíveis com o princípio de separação de poderes, mas também podem fomentar a eficácia geral de uma decisão determinada.

À decisão proferida pelo STF na ADPF 347 faltam tais elementos. Ela foi ementada¹¹ da seguinte forma (na parte que interessa a este trabalho):

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

¹¹

Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> acesso em 05 de agosto de 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A decisão não adotou as medidas de seguimento (forte ou moderado) e nem previu a criação de espaços para que envolvidos pudessem dialogar. O cumprimento das medidas se revelou verdadeiro direito potestativo de quem deveria cumpri-los.

A ausência de efetivo cumprimento pelo Poder Judiciário do Estado de Rondônia da determinação de realizar audiências de custódia no prazo máximo de 24 horas estava sendo cumprido de forma apenas parcial. Isso porque as audiências de custódia somente eram realizadas nos dias úteis, o que poderia gerar um prazo de apresentação da pessoa presa de 72 horas, pois os presos na sexta-feira só seriam ouvidos na segunda-feira (se não fosse feriado nessa data).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo após quase 2 anos da decisão da medida cautelar que determinou que os Estados realizassem a apresentação das pessoas presas ou apreendidas no prazo de 24 horas, o Poder Judiciário do Estado de Rondônia só atendeu a essa determinação de forma parcial. Isso porque as audiências de custódia só são realizadas nos dias úteis.

A Reclamação 31.393/RO levou ao conhecimento do STF esse descumprimento, pois a prática adotada pelo Poder Judiciário representa uma verdadeira falha estrutural, gerando ofensa grave aos direitos das pessoas presas. A Reclamação, de certa forma, deu oportunidade à Corte de realizar o acompanhamento de sua decisão.

Se a decisão inicial do STF tivesse previsto mecanismos de seguimento fortes como a criação de salas de situação ou comissões de acompanhamento (ou até mesmo moderados), o direito das pessoas presas teria sido preservado há muito. Aguardamos a decisão do STF na Reclamação 31.393/RO para manter a decisão proferida na ADPF 347 íntegra.

O STF deve assumir seu papel dentro de um ativismo dialógico e tirar os demais envolvidos na violação ao direito das pessoas presas da

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

inércia. A intervenção da Suprema Corte é indispensável diante da reticência em fazer cumprir o determinado pela legislação internacional.

Portanto, a conclusão que o STF não declarou o estado de coisas inconstitucional nos mesmos moldes da corte constitucional colombiana fez em sua mais célebre e eficaz sentença, a T-25, é inevitável.

O STF não adotou as principais medidas que contribuíram para o sucesso da T-25: a imposição de ordens negociáveis e a criação de mecanismos de acompanhamento de suas decisões. Há diversas reclamações na Corte informando o descumprimento da determinação de apresentar as pessoas apreendidas em 24 horas. A reclamação 31.393/RO é exemplo disso.

Quando julgou a medida cautelar da ADPF 347, o STF se limitou a dizer que o que havia era uma bagunça e apenas destravou a utilização do FUNPEN e determinou a realização de audiências de custódia em todo país, sem determinar a criação de espaços de diálogo e de acompanhamento da implementação de sua decisão.

O julgamento definitivo da ADPF 347 é muito aguardado, pois dará ao STF mais uma oportunidade de fazer valer os direitos há muito violados (especialmente os da população carcerária, hipervulnerável). A adoção do ativismo dialógico com a consequente declaração do estado de coisas inconstitucionais é um instrumento poderoso para destravar os mecanismos que impedem a execução das ordens judiciais e impedem a garantia de direitos fundamentais, superando os bloqueios institucionais. Mas é necessário muito mais que a mera adoção retórica da declaração do estado de coisas inconstitucional.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>, acesso em 14 de julho de 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: o direito e a política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo; PAULA, Daniel Giotti de (orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Bahia: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20.06.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Inicial da ADPF 347. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 14.07.2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Petição Inicial da Reclamação 31.393/RO. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5517672>. Acesso em: 28.08.2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo, Estado de Coisas Inconstitucional, Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

GARAVITO, César Rodríguez e FRANCO, Diana Rodríguez. Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 589.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. DE GIORGI, Raffaele. Os fatos e as declarações: **reflexões sobre o Estado de Ilegalidade Difusa**. Revista Direito Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 01, 2018, p. 480-503.

**A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA
ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA E A RELAÇÃO ENTRE SOBERANIA E
DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS**

Francine Cansi¹

Marcos Leite Garcia²

INTRODUÇÃO

No direito internacional, a efetividade sobre os direitos humanos é uma questão de preocupação no debate entre especialistas, fato que determinou a escolha do tema para esta apreciação acadêmica. A presente pesquisa busca reconhecer as normas internacionais de direitos humanos e sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro. Para tal fim, utilizando-se do método dedutivo e histórico, com abordagem descritiva, buscando responder a problemática de pesquisa: Qual é a garantia de concretização dos direitos humanos internacionalmente consagrados no ordenamento jurídico brasileiro? Com isso, nas bases fundantes da Declaração Universal dos Direitos Humanos o seu processo de internacionalização, e a concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, na qual pressupõem a delimitação da soberania estatal.

Nesse argumento, resta claro que o Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se de fato estabelecido como disciplina jurídica autônoma, integralmente reconhecida, determinando, o comprometimento dos Estados em assegurar os direitos humanos, condicionando sua soberania

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e Mestre em Desenvolvimento Regional, Estado, Instituições e Democracia (UNISC/RS). Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS (2006).

² Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid - Espanha. Mestre em Direitos Humanos pelo 'Instituto de Derechos Humanos' da Universidade Complutense de Madrid - Espanha. Especialista em História da Inquisição pelo 'Instituto de Historia de la Inquisición' da Universidade Complutense de Madrid (1996) e graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1988).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

(antes absoluta) sob a forma de consolidar o reconhecimento efetivo de que o ser humano é sujeito de direito em esfera internacional (MAZZUOLI, 2010).

O sistema horizontal de normas, característico do Direito Internacional Clássico, foi redefinido pela Carta da ONU, trouxe os preceitos jurídicos que estruturaram a sociedade internacional, volvidos a tratar os Direitos, Humanos com a formação de um sistema voltado à proteção da dignidade humana que incorporam as exigências de justiça e valores éticos, atribuindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico dos Estados. Igualmente, há a relativização da soberania estatal em nome de certos objetivos, como as questões relacionadas aos direitos humanos, à paz mundial e ao meio ambiente (CRUZ, 2002).

Nessa perspectiva, e cientes da transformação e redução das fronteiras econômicas e também políticas, surge a concepção de padrões globais, para a elaboração de um direito supraconstitucional, em defesa dos direitos humanos cuja evidência pode ser ponderado como o elemento comum e integrador das nações Assim, ao lado da discussão sobre os Direitos Humanos vistos de âmbito internacional, e consequentemente constitucional demonstra a importância, com apoio histórico, destes serem necessariamente protegidos de maneira contínua (BOGGIANO, 2006).

Diante disso, buscou-se no tema o processo de internacionalização dos Direitos Humanos e a concretização da plena eficácia dos direitos humanos fundamentais, dado o caráter histórico, inato, irrenunciável e universal. E, a exposição da formação de soberania ou relativização dos Estados a manutenção dos Direitos Humanos. Traz-se, também, a garantia dos direitos humanos internacionalmente consagrados no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, as considerações de forma breve, confirmado o ideal deste estudo.

1. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A CONCRETIZAÇÃO DA PLENA EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Após a Primeira Guerra Mundial, foi que o direito internacional dissociou-se das características europeias originais e passou a ser, legitimamente, universal. Posteriormente, em 1945 (ESPIELL, 1988), a Carta das Nações Unidas entre os diversos elementos do direito internacional moderno, instituiu a manutenção da paz por meio da organização sistemática da sociedade internacional³.

A Carta das Nações Unidas⁴, de 1945, foi o primeiro reconhecimento internacional do primado dos direitos humanos. E no âmbito da Organização foram elaboradas declarações que buscaram o reconhecimento e aceitação destes direitos como regra comum a todos os países-membros. (CRUZ, 2002, p. 252)

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 10.12.48, teve a proteção dos direitos humanos como questão de legítimo interesse internacional recepcionados nos sistemas global e regionais de proteção, sobretudo, pautada na valoração da dignidade humana. Segundo Cruz, teve, inevitavelmente, um caráter genérico, necessitando ser complementada por outros documentos internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ambos de dezembro de 1966. (2002, p.256-257)

Nesse argumento, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passou a legitimar que todos os direitos do ser humano devem ser garantidos, sendo plenamente salvaguardados, em face da necessidade de proteção do ser humano (CANÇADO TRINDADE, 2003). Como explica Cruz (2002), ao mencionar que:

³ Carta da Nações Unidas.

⁴ A Carta das Nações Unidas foi assinada, em 1945, pelos países em guerra contra o Eixo, reunidos em San Francisco, nos Estados Unidos, com o objetivo de garantir a paz e a segurança mundiais e instituir entre as nações uma efetiva cooperação econômica, social e cultural. No mesmo momento entrou em vigor o estatuto da Corte Internacional de Justiça. Ambos documentos entraram em vigor em 24 de outubro daquele mesmo ano.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O reconhecimento e garantia de um conjunto de direitos do homem, considerados como fundamentais, foi elemento caracterizador, como já foi visto, do próprio constitucionalismo, desde sua origem. Apesar deste fato, a experiência tem mostrado que este reconhecimento constitucional não pôde evitar, em muitas ocasiões e em muitos e diferentes países, que fossem desrespeitados direitos considerados, na cultura moderna e contemporânea, inerentes à dignidade humana em qualquer momento ou circunstância (p. 252).

Por oportuno cita-se as palavras de Garcia (2005), que segundo a mudança da mentalidade sobre os direitos humanos:

[...] a positivação dos primeiros direitos fundamentais, estão os direitos do homem e do cidadão; elemento constitutivo de uma pessoa e de uma humanidade. [...] na base dos modernos direitos humanos e das demais liberdades, serão a semente que germinará as modernas liberdades que seguirá seu caminho até os atuais direitos fundamentais positivados nas constituições dos Estados ocidentais ou na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (p.423-436).

Afinal, ao proteger os direitos humanos, o reconhecimento dos direitos fundamentais impulsionou o processo da universalização e o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estruturado normativamente com a finalidade de permitir a responsabilização internacional dos Estados quando estes não cumprirem de forma esperada a proteção aos direitos humanos dos seus cidadãos (SYMONIDES, 2003).

Do mesmo modo, houve a compreensão de que a soberania estatal, não pode ser concebida como um princípio absoluto, necessitando ser restrita em prol da proteção aos direitos humanos, haja vista esta ser de relevância internacional.

Ademais, constata-se ainda, que a dignidade da pessoa humana, como direito consagrado nos tratados internacionais, incorporando-os ao conjunto dos direitos humanos garantidos não há como negar [aos indivíduos] sua personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio Direito Internacional, ao caracterizar os direitos inerentes a todo

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ser humano, promove o processo de universalização dos direitos humanos e as liberdades fundamentais, ao estabelecer que são direcionados a todas as pessoas (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 465).

Outrossim, segundo Gregorio Peces Barba Martínez (1995), os direitos humanos são uma filosofia moral, política e jurídica, apresenta como ideia central a integração e construção, do Direito e da Teoria da Justiça, e que é complementado com a ação de vários ramos do sistema legal, tais como direito constitucional, direito administrativo, direito processual ou direito do trabalho, e até direito privado, civil e comercial. Quando a existência dos direitos humanos foi postulada, pelo menos três aspectos conceituais são pressupostos que os Direitos Humanos são:

[...] a) exigencias éticas justificadas; b) especialmente importantes; y c) que deben ser protegidas eficazmente en particular a través del aparato jurídico. Es cierto por consiguiente que cuando hablamos de derechos humanos estamos refiriéndonos, al mismo tiempo, a una pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el Derecho positivo, para que pueda realizar eficazmente su finalidad.⁵ (p. 102)

Em que pese, todo o indivíduo é protegido pelo simples fato de ser um ser humano, e dessa condição decorrem direitos universalmente protegidos, tendo como titulares todas as pessoas, seja qual for a sua nacionalidade, raça, sexo, religião ou o regime político ao qual ela está subordinada. Isto porque os direitos humanos decorrem da dignidade da pessoa humana, e não de características sociais ou culturais de uma determinada sociedade. Como bem expressa Cruz (2002):

⁵ a) demandas éticas justificadas; b) especialmente importante; c) que devem ser efetivamente protegidos, em particular, através do aparato legal. É verdade, portanto, que quando se fala de direitos humanos, ao mesmo tempo, se profere uma pretensão moral justificada por características importantes derivados da ideia de dignidade humana, necessária para o homem desenvolvimento integral, e sua recepção no direito positivo, por que pode efetivamente executar sua finalidade (Tradução Livre).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Estas declarações tiveram uma inegável repercussão na cultura e na prática jurídica dos Estados. Esta repercussão deveu-se, sobretudo, a um sentimento de obrigação ética, que prevaleceu sobre a presença de técnicas que sancionassem seu não cumprimento. Efetivamente, estes documentos não preveem fórmulas de controle ou de reparação de direitos violados. Também não preveem a possibilidade de que os indivíduos disponham de um direito de ação ou petição ante organismos internacionais em caso de não-cumprimento por parte de algum Estado. A eficácia destas declarações reside em sua força de persuasão ética e moral, levando a que os Estados cumpram seus preceitos. Mesmo assim, em que pese sua adoção pelas Nações Unidas, não faltam Estados-membros que não ratificaram alguns dos acordos internacionais nesta área ou, mesmo o fazendo, não trasladaram estas normas para seus ordenamentos jurídicos internos, não obrigando aos poderes públicos quanto a ela (p. 253).

Refletindo sobre o tema dos direitos humanos, Garcia (2016) cita que não se deve esquecer que todos os direitos humanos são insubordinados, em maior ou menor medida, e a sua efetiva concretização estabelecerá uma luta global que não negligencie nenhum aspecto essencial da complexa realidade do ser humano; como forma de solidariedade e tolerância. Nas palavras de Cruz (2002):

Quando se fala em “integração” supranacional está-se falando de algo muito além da mera cooperação. Não só o Estado contrai obrigações vinculantes (caso dos tratados internacionais clássicos) ou, mais do que isto, se submete ao controle de organismos supranacionais quanto ao seu cumprimento (como é o caso das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos), transferindo poderes a estes organismos, que se convertem em titulares de competências que antes pertenciam ao Estado: o poder deste, portanto, se “esvazia” paulatinamente. [...] As reformas constitucionais são, portanto, a melhor expressão da força integradora que obriga os Estados a mudarem sua própria Constituição para adaptá-la a processos de integração (p. 257-259).

Assim, como no século XX o Direito Internacional dos Direitos Humanos teve uma expansão extraordinária, é fato que os sistemas jurídicos

nacionais, em todas as questões comuns de âmbito global, precisam da proteção internacional às liberdades fundamentais que ultrapassam as fronteiras delimitadas pelo direito interno.

2 A RELATIVIZAÇÃO DOS ESTADOS A MANUTENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

2.1 Considerações gerais

Na doutrina da soberania nacional, a mesma é debatida como o poder legítimo de decidir quanto às normas a serem seguidas por um Estado, consequentemente por sua nação, na qual comprehende os fenômenos jurídicos, sociais e políticos. Entretanto, o nazismo e a era Hitler, com efeito, foram marcados pela total justificativa da força do Estado e pela absoluta desconsideração do ser humano, acobertado pela soberania nacional e pela jurisdição doméstica exclusiva.

No livro *Mein Kampf*, de Adolf Hitler (2001) sua obra de vida, afirma que:

O judeu é o que apresenta o maior contraste com o ariano". De acordo com ideias expressamente hitlerianas, "Se os judeus fossem os habitantes exclusivos do Mundo, não só morreriam sufocados em sujeira e porcaria como tentariam vencer-se e exterminar-se mutuamente, contanto que a indiscutível falta de espírito e sacrifício, expressos na sua covardia, fizesse, aqui também, da luta uma comédia. (p.222, 223).

Com a decadência do nazismo e a revelação ao mundo das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, o mundo tomou consciência da obrigação internacional de proteção aos direitos humanos, especialmente pelos atos que ainda hoje assombram a humanidade e, pela busca da efetiva da paz mundial.

No entanto, a concepção para criar tal organização não se despontou de maneira tão simplória, foram necessários anos de planejamento. Com o fim da Segunda Guerra, foi necessário um efetivo

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sistema de proteção internacional dos direitos humanos, suficientemente capaz de atribuir aos Estados a responsabilização por violações por eles empreendidas, ou em seus territórios; com isso, possivelmente o mundo não teria que vivenciar os padecimentos e crueldades praticados pelos nazistas.

Por outro lado, retomando a definição de soberania, Miguel Reale, na obra “Teoria do Direito e do Estado”, de 2000, traz seu entendimento que é o poder de um Estado organizar-se por sistemas fundamentados na constituição social, jurídica e política, e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência. Em outros termos, a soberania não é uma simples expressão do poder e tão-pouco se restringe às atribuições das normas políticas, simplesmente.

Tal conceito, corrobora com a visão de Dallari (2013), ao citar quer, embora o conceito de soberania, tenha sido concebido dentro de uma visão meramente política, se encontra respaldado aos parâmetros jurídicos, pois a soberania anteriormente vista como o poder político, sem nenhum prejulgamento quanto à licitude do mesmo, poderia denotar o uso discricionário da força com o fim de legitimar a injusta determinação das razões de um Estado diante seu povo ou de outros Estados, como ocorreu na Segunda Guerra.

No campo político, o pluralismo do poder será suprido pelo Estado como forma de força racional centralizada e burocratizada. O Estado é soberano, na constituição doutrinal, onde seu poder absoluto, nas expressões de Garcia (2005, p. 421), estabelecerão as condições imprescindíveis para a efetividade dos direitos fundamentais. Na mesma senda, Álvarez (2011) explica que:

Lo expuesto sumariamente hasta este punto habría de ser suficiente para no sólo recordar que el Derecho internacional tiene un papel irremediable dentro de la Justicia Transicional, sino también para mejor delimitar cuál es, o al menos pudiera ser éste. Ahora bien, no se me escapa que más allá de la aproximación formal que aquí estamos proponiendo, transcurre un debate de mucho mayor calado que inevitablemente nos conduciría

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a la discusión en profundidad de conceptos como la democracia, la soberanía, la paz, los derechos humanos, el Derecho, o la justicia; sin omitir otros como la memoria, el olvido, el perdón, la verdad, la dignidad, la reparación, o la reconciliación (p. 11).

Todavia, a caracterização de soberania de um Estado, como um direito não pode ser condicionada ao caráter antijurídico, uma vez que, a soberania demonstra a independência do Estado dentro do contexto global, e que nenhum poder é superior à soberania estatal, podendo apenas igualar-se a ele (VIGNALI, 1995). Embora o conceito seja obscuro e controverso, a soberania funda-se na solidificação do Princípio da Territorialidade, como explica Aron (1985), no direito internacional a relativização do conceito é estabelecida em função da igualdade soberana dos Estados, porque este pode submeter-se ao direito, mas não deve abandonar os elementos que fundamentam a soberania.

A ordem internacional como uma sociedade de Estados soberanos, subordinados ao Direito, consagra o mundo inteiro ou a humanidade como representante do gênero humano e pessoa moral, que pela Declaração dos Direitos do Homem, transmudaram também para o plano internacional, os limites à soberania até então exclusivos à ordem intraestatal. Ocorrendo um processo de internacionalização e globalização da proteção dos direitos fundamentais, o que exige por parte dos Estados uma práxis direcionada tanto para seus interesses exclusivos quanto para os interesses da coletividade (COLOMBO; SPAREMBERGER, 2016, p. 38).

Para que exista a construção de uma ordem internacional, é indispensável que a coexistência dos Estados soberanos venha unificada pela cooperação e pelo condicionamento dos mesmos, a normas internacionais. Hoje, é manifesto que para a efetiva constituição de uma ordem internacional, juridicamente sustentável, é necessário que se desprenda da original compreensão de soberania absoluta, uma vez que este não se adapta à realidade atual (FERRAJOLI, 2002; COLOMBO; SPAREMBERGER, 2016). No tema, Ferrajoli (2002), explica que.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A área que se respira não foi nunca no passado um bem jurídico ou um direito, porque nunca foi ameaçado; mas está se tornando hoje com os perigos da guerra atômica, da poluição radioativa e de outras catástrofes naturais. Se durante a era liberal foram considerados vitais apenas os direitos à vida e à liberdade, e neste século, os direitos a um lar, ao trabalho, à educação, hoje o elenco dos bens fundamentais está mais extenso, tendo crescido o número de ameaças às condições naturais de vida (p. 694).

Logo, a relativização do conceito de soberania na construção do direito internacional, não se ocupa de intervir nas normas de direito interno que não lhe afetem, como bem leciona Dionisio Anzilotti (1992), quando cita que um Estado independente, não depende de qualquer outro Estado, mesmo que possa sujeitar-se a normas internacionais (EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, 1992).

Ao âmbito internacional, como exemplo, a Comunidade Econômica Europeia (CEE), União Europeia, NAFTA, MERCOSUL e várias outras, a relativização do conceito funda-se a uma “nova lógica” às relações internacionais, atingindo as pretensões de uma soberania “descolada” de vínculos ou limitações, no comprometimento e na participação de ações que possibilitem o reconhecimento de um pluralismo de ordenamentos soberanos, entre os quais se inclui o ordenamento estatal (STRECK; MORAIS, 2010).

Desse modo, tal internalização traduz-se na substancialidade de se impor fronteiras à percepção tradicional de soberania estatal, fundada apenas na noção de poder. Além disso, Cruz (2002) traz que a relativização da definição de soberania estatal, pode ser evidenciada pelo poder supremo da Constituição, na qual em harmonia, torna-se cada vez mais manifesto, especialmente pelo processo de integração das comunidades supra-estatais – ou supranacionais – que afeta, categoricamente, muitos países, sobretudo os europeus ocidentais.

Em conformidade, José Augusto Alves, doutrinador internacionalista explica:

**ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018**

Ao subscrever uma convenção internacional sobre direitos humanos, ao participar de organizações regionais sobre o assunto, ou, conforme é hoje interpretação corrente, pelo simples fato de integrar-se às Nações Unidas - para quem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se não era originalmente compulsória, tem força do *jus cogens* como direito costumeiro -, os Estados abdicam soberanamente de uma parcela da soberania, em sentido tradicional, obrigando-se a reconhecer o direito da comunidade internacional de observar e, consequentemente, opinar sobre sua atuação interna, sem contrapartida de vantagens concretas. O chamado "direito de ingerência" não existe juridicamente, nem está em discussão na ONU. Salvo os casos muito excepcionais, previstos na Carta das Nações Unidas, concernentes às ameaças à paz e à segurança internacionais e de competência do Conselho de Segurança, prevalece nas decisões da Organização o princípio da não-intervenção (2003, p. 38-39).

Logo, nessa "internacionalização", os Estados passaram, por exigências da paz, da civilização e do bem comum internacional, adequaram-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, pois os direitos individuais e os direitos dos povos formam uma soberania universal.

Este reposicionamento de soberania supõe que aos Estados, cumple o dever de impor as normas internas, expandindo aos processos de integração uma nova dimensão, relativizada, deparando-se com uma fórmula que conformize estas tendências de globalização e comunitarização.

2.2 A garantia dos direitos humanos internacionalmente consagrados no ordenamento jurídico brasileiro

O Estado brasileiro, a partir do processo de democratização, ratificou os principais tratados de proteção dos direitos humanos, passando a se inserir no cenário de proteção internacional dos direitos humanos. A partir da Carta de 1988 foram ratificados pelo Brasil:

A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1989); a Convenção contra a Tortura e outros

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1989); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990); o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana de Direitos Humanos , ambos em 1992; a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1995); o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte (1960, e o Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador – 1996).

Somado a isso, em 1998, a União reconheceu a jurisdição jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo n.89/98. Em 2000, assinou o Estatuto do Tribunal Internacional Criminal Permanente. De modo recente, é disposição do Brasil à sistematização internacional de proteção dos direitos humanos.

No artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), está consagrado que os direitos e garantias constitucionais não abstraem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Com isso, os tratados ratificados têm uma posição de Leis Ordinárias, mas, em virtude do art. 4º., II da CF/88, que prevê a primazia dos Direitos Humanos frente à outros direitos, há o claro entendimento de que os direitos humanos internacionais são reconhecidos pelo Brasil e, possuem o caráter hierarquicamente análogo às Normas Constitucionais (MENDES; FRANCO, 2014).

No que tange aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição brasileira de 1988, nos termos do art. 5º, § 1º, recepciona-os de acordo com a concepção da teoria monista, enquanto que nos demais tratados há a concepção dualista. Assim, a Constituição de 1988 dá status de norma constitucional conforme previsão do artigo 5º, § 2º aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos.

O texto de 1988, ao representar a ruptura com o regime autoritário, confere aos direitos e garantias destaque extraordinário,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

situando-se como um documento mais abrangente e detalhado sobre a matéria, na história das Constituições do país. A dignidade humana – foi elevada a princípio fundamental da Carta, nos termos do artigo 1º, confere como núcleo fundamental o parâmetro de valoração da pessoa humana (MENDES; FRANCO, 2014).

A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a estabelecer os princípios constitucionais, incorporando as exigências de integridade, justiça e valores éticos, atribuindo sustentáculo axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Esses valores passaram a ser compostos de uma especial eficácia, representando os critérios de interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico pátrio (MAZZUOLI, 2010).

Essa valorização dos direitos humanos concretizada pelo novo texto constitucional se mostrou mais ampla, uma vez que além dos direitos políticos e civis, já consagrados em constituições anteriores, abrange os direitos sociais (Capítulo II, Título II, CF/88). Essa nova roupagem é baseada no resguardo dos princípios da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, pelos quais se percebe que “a importância da liberdade se associa com o valor da igualdade, não havendo como abstrair os direitos de igualdade dos direitos de liberdade” (MARCHINI NETO, 2012, p. 85).

Outra característica, é a ampliação da titularidade dos direitos, com a previsão dos direitos coletivos e difusos, os primeiros referentes a uma determinada categoria ou classe social e, os segundos relacionados a todos e a cada um em particular, (MARCHINI NETO, 2012). Assim, pode-se asseverar que os direitos e garantias fundamentais encontram eficácia expansiva, congregando-se por todo a esfera constitucional, passando a ser empregado como alicerce interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico pátrio.

Assim, o debate se volta a utilização das expressões direitos fundamentais ou direitos humanos, no que explica Sarlet (2007):

**ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018**

Direitos humanos são direitos previstos em documentos internacionais, porque são direitos que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). Já os direitos fundamentais são aqueles direitos reconhecidos pelo direito constitucional de um Estado, ou seja, são os direitos do ser humano positivados na Constituição (p. 36-37).

Dessa forma, o direito brasileiro acolheu um sistema misto de incorporação dos tratados. O que dispõem aos tratados internacionais de Direitos Humanos, aplica-se a sistemática de incorporação automática, pela qual eles se congregam de imediato ao direito nacional em equidade do ato de ratificação (MAZZUOLI, 2010). Sendo assim, eles são dotados de uma maior celeridade na absorção pela ordenança interna, em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana, que abraça não apenas a concretização dos direitos fundamentais, mas igualmente sua célere efetividade.

Os direitos proferidos nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário, confere o princípio da efetividade das normas constitucionais concernentes aos direitos e garantias fundamentais, bem como a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que explica sua implicação no processo de globalização, que estimula a abertura da Constituição à normatização internacional, quando passou a incorporar normas asseguradoras de direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de reconhecer as normas internacionais de direitos humanos e sua efetivação no ordenamento jurídico brasileiro, à relação entre a ordem internacional e a ordem interna, trouxe o debate monismo-dualismo e, como resultado, a definição adotada no Brasil, versada em um novo procedimento de incorporação dos tratados sobre Direitos Humanos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Toda sociedade nasce da necessidade ou oportunidade de se constituírem por relações mútuas entre os indivíduos. Do mesmo modo, incide no campo internacional, em que ocorreram as relações entre os Estados, que só poderiam desenvolver-se a partir de normas comuns que os regessem, o que gerou o surgimento do direito internacional.

A ascensão da normatização internacional, de modo especial, impulsado pela institucionalização das Organizações das Nações Unidas, ampliou os sistemas internacionais de proteção, mediante a incorporação e hierarquização das normas internacionais de direitos humanos. Esta mudança introduziu uma forma de tipificar as normas internacionais estabelecendo princípios da universalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, e garantias fundamentais do ser humano em escala universal.

Nesse caso, uma concepção da recíproca harmonia entre os dois processos está muito mais compatível com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, para a consolidação as ordenanças internacional e interna precisam unir-se no sentido de dar maior efeito a esses direitos, que foram conquistados no decorrer do processo histórico da modernidade.

É nesse sentido que a Constituição Federal brasileira aplica *modus operandi* e status especiais para os tratados que abordem sobre Direitos Humanos. Quando, ao prover caráter específico aos tratados sobre Direito Humanos, torna mínimo a problemática da ordem internacional, congregando ao ordenamento pátrio não somente o tratado em si, mas do mesmo modo o caráter universalista que entremeia o Sistema ONU.

Diante disso, a garantia de um conjunto de direitos do homem, reconhecidos como fundamentais, foi componente caracterizador, do próprio constitucionalismo, embora não pôde impedir, em diversos períodos e países, que fossem desconsiderados; na cultura contemporânea, são intrínsecos à dignidade humana em qualquer momento, sociedade ou ocasião. Com isso, é preciso estabelecer entre as nações uma eficaz colaboração econômica, social e cultural.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 2009.

ÁLVAREZ, Javier Chinchón. **Derecho internacional y "transformaciones del estado".** Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen XI, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2011.

ARON, Raymond. Que é uma teoria das relações internacionais? In: ARON, Raymond. **Estudos políticos.** Tradução de Sérgio Bath. 2. ed. Brasília: UNB, 1985.

BOGGIANO, Antonio. Derecho penal internacional y derecho constitucional internacional. Buenos Aires: La Ley, 2006.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos.** Vol III. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

COLOMBO, Silvana Raquel Brendler; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A relativização do conceito de soberania como condição para proteção do direito fundamental ao meio ambiente. **Direito, Estado e Sociedade**, nº 49, p. 208-233, jul.dez, 2016. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Direito%2049_artigo%208.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional.** Curitiba: Juruá Editora, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. ANZILOTTI, Dionísio. The opinions of Judge Dionisio Anzilotti at the Permanent Court of International Justice. vol. 3-1, 1992, p. 121. Disponível em: <www.eiil.org>. Acesso em: 15 set. 2018.

ESPIELL, Hector Gros. **Estudios sobre derechos humanos.** Madri: Civitas, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão.** 2º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos humanos. **Novos Estudos Jurídicos**, Brasília, vol. 10, nº 2, p. 417-450, 2005.

_____. Reflexões sobre o conceito de direitos fundamentais de Gregorio Peces-Barba. **Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais**, vol. 2, nº 1, p. 209=232, jan/jun., 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

HITLER, Adolf. *Mein kampf*. 5ed. São Paulo: Centauro, 2001.

MARCHINI NETO, Dirceu. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Humanos: garantias fundamentais e políticas de memória. In: **Revista Científica FacMais, vol. II, Número 1, Ano 2012, 2º Semestre, 2012.** Disponível em: < <http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2012/10/6.AConstitui%C3%A7%C3%A3o-Brasil-eira-de-1988-e-os-Direitos-Humanos-Dirceu-Marchini1.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2018.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Curso del derechos fundamentales, teoría general. **Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.**

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno.** 1ª edição. São Paulo: Saraiva; 2010.

MENDES, Gilmar F; BRANCO, Paulo G. G. **Curso de direito constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado.** 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SYMONIDES, Janusz. **Direitos humanos novas dimensões e desafios.** Brasília: UNESCO Brasil, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2003.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIGNALI, Heber Arbuet. **O atributo da soberania.** Brasília: Senado Federal, 1995.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

**A PERDA DA PRETENSÃO SOCIOEDUCATIVA NO PROCEDIMENTO
PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A
ADOLESCENTE: UMA VISÃO CONGLOBANTE DAS NORMAS
JURÍDICAS VIGENTES, SOB A ÓTICA DA SUSTENTABILIDADE**

Eduardo Digiácomo¹

Zany Estael Leite Júnior²

INTRODUÇÃO

É comum o jurista transportar e mesclar institutos jurídicos dentro dos variados ramos do Direito. No entanto, essa interlocução - em uma visão conglobante do ordenamento jurídico - deve ser vista com reservas, mormente quando se trata do Direito Infantojuvenil.

Especificamente, no que tange à apuração de ato infracional atribuído a adolescente, cujo procedimento segue o receituário prescrito nos artigos 171 a 190 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), há inúmeras particularidades que, por vezes, acabam sendo esquecidas ou até mesmo negligenciadas pelos operadores do Direito, uma vez que tendem a analisar a matéria sob a lógica penal e processual penal, não raro esquecendo que as normas do Direito Infantojuvenil são de natureza extrapenal.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foi Professor Substituto da UFSC por dois biênios (2007/2009 e 2011/2013), tendo atuado como Advogado no Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) no último biênio. Foi Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo entre 2013 e 2017. Advogado. E-mail: edudigiacomo@outlook.com

² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Mestrando em Direito Ambiental e da Sustentabilidade na Universidade de Alicante (Espanha). Especialista em Direito Público e Eleitoral pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Procurador do Estado de Santa Catarina, Consultor Jurídico da Secretaria de Estado da Administração e membro titular do Conselho Estadual do Meio Ambiente de Santa Catarina (CONSEMA/SC). E-mail: zany@pge.sc.gov.br

Um dos reflexos de tal constatação fica patente quando da análise das hipóteses e circunstâncias em que se dá a chamada “perda da pretensão socioeducativa”, que não se confunde - e vai muito além - da perda da pretensão punitiva verificada na seara Penal.

O objetivo do presente artigo é destacar a necessidade de que o instituto da prescrição seja analisado à luz das normas, dos fins e princípios do Direito da Criança e do Adolescente (e não apenas do Direito Penal), de forma socialmente sustentável, assim como apontar para a possibilidade de reconhecimento da perda da pretensão socioeducativa de uma forma mais abrangente, antes mesmo do advento do lapso prescricional previsto na Lei Penal, como expressão da própria dignidade da pessoa humana.

Para isso, far-se-á uma análise doutrinária e jurisprudencial do tema pro-posto, com foco na sustentabilidade, sem perder de vista a especificidade da matéria, qual seja, a (não)aplicação de medida socioeducativa desnecessária ou inútil ao adolescente. Para fins metodológicos e de avaliação, esclarece-se que o método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

1. ANÁLISE DO PROCEDIMENTO PARA APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL ATRIBUÍDO A ADOLESCENTE: PERDA DA PRETENSÃO PUNITIVA NA VISÃO CONGLOBANTE DA LEGISLAÇÃO VIGENTE³

O objetivo do presente artigo não é sustentar a não incidência da prescrição em matéria infracional. Ao contrário, busca-se ressaltar a necessidade de analisar esse instituto à luz da sustentabilidade social, como expressão do primado da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional brasileiro, de modo a justificar a perda da pretensão socioeducativa de uma forma mais abrangente, antes mesmo do advento do lapso prescricional.

³ Partes deste capítulo foram publicadas anteriormente, sob outro enfoque, pelo autor Eduardo Digiácomo, o qual é referenciado ao final.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Paulo Bonavides assevera que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”⁴.

Flávia Piovesan, a seu turno, esclarece que

seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro super-princípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido⁵.

Nesse sentido, uma questão preliminar a se considerar é que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, como reconhece, desde 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não por outra razão, o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) dispõe que “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa (...) a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”. Já o art. 7º determina que a “criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento saudável e harmonioso, em condições dignas de existência”⁶.

Nada mais lógico, dada a inegável condição de seres humanos das crianças e adolescentes. Entretanto, o recorrente vilipêndio aos “direitos da

⁴ BONAVIDES, Paulo apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. p. 31.

⁶ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/_L8069.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

infância” fez surgir a necessidade de positivação desses direitos, assim como aconteceu com os próprios Direitos Humanos no passado.

Ora, a prescrição em matéria infracional não pode ser tratada como decorrência da simples aplicação matemática/lógica de um instituto advindo do Direito Penal (ou, como sustentam alguns, do “Direito Penal Juvenil”)⁷, devendo ser objeto de análise segundo os princípios especificamente aplicáveis à intervenção socioeducativa e, sobretudo, à luz da dignidade da pessoa humana, ante a condição peculiar de seres humanos em processo de desenvolvimento, tanto físico quanto mental, emocional e intelectual.

Trata-se, ademais, de consequência natural da aplicação de um princípio extraído do próprio Direito da Criança e do Adolescente, segundo o qual o adolescente não pode receber um tratamento mais rigoroso do que receberia se adulto fosse, o que é previsto tanto no art. 35, I, da Lei nº 12.594/2012 (Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase), quanto no art. 54 das Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad).

Nesse prisma, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado o entendimento de que a prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas (Súmula nº 338), não se pode ter como obrigatória a instauração de procedimento para apuração de ato infracional e/ou para aplicação/execução dessa modalidade de sanção estatal, enquanto aquela não se aperfeiçoar (como ocorre em matéria penal).

Em realidade, se o objetivo da prescrição é evitar que o indivíduo permaneça indefinidamente sujeito à persecução e eventual reprimenda estatal, diante da transgressão de alguma norma jurídica, funcionando como uma

⁷ “O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) é a legislação brasileira que prevê como seu terceiro sistema de garantias, o ‘Direito Penal Juvenil’, ao normatizar o conjunto de medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes que cometem atos infracionais, ou seja, crimes e contravenções tipificadas na Lei Penal pátria”. (COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005. p. 65).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

espécie de salvaguarda contra a inércia do Estado (*lato sensu*) em dar a devida resposta a tais ocorrências, em matéria de infância e juventude isto assume uma relevância ainda maior, merecendo, assim, especial atenção do operador do Direito.

Com efeito, a aplicação e execução de medidas socioeducativas, assim como a própria incidência do Estatuto da Criança e do Adolescente, sujeitam-se a uma limitação temporal, decorrente, inclusive, da necessidade de o Estado (*lato sensu*) agir com rapidez em casos tais, sob pena de perda do caráter pedagógico – e não simplesmente punitivo – que lhes é inherente.

Além de estar necessariamente subordinado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o procedimento para apuração de ato infra-cional deve também respeitar, de forma incondicional, o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente⁸ e os princípios relacionados no art. 100, *caput*, e par. único, da Lei nº 8.069/90⁹¹⁰, o que inclui o princípio da intervenção precoce, segundo o qual “a intervenção das autoridades competentes deve ser efetuada logo que a situação de perigo seja conhecida” (art. 100, VI), assim como o princípio da atualidade, que preconiza a necessidade de a intervenção ser “a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada” (art. 100, VIII).

A observância a tais princípios, aos quais se soma o princípio da proteção integral e prioritária, que é expresso ao determinar que “a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes

⁸ Obrigação imposta ao Sistema de Justiça da Infância e da Juventude pelos art. 4º, *caput* e par. único, “b” e no art. 152, par. único da Lei nº 8.069/1990.

⁹ Sendo a obrigatoriedade da incidência de tais princípios decorrente do contido de maneira expressa no art. 113 da Lei nº 8.069/1990.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

são titulares” (art. 100, II), evidencia a necessidade de a intervenção estatal diante da prática de um ato infracional por adolescente ser *rápida e precisa*, sob pena de perder completamente sua própria razão de ser.

Desnecessário dizer que o “tempo” do adolescente é diferente do “tempo” dos adultos e, se a intervenção socioeducativa estatal possui (ou ao menos deveria possuir) uma conotação preponderantemente pedagógica, é deveras evidente que a demora na resposta estatal, diante da prática de um ato infracional, faz com que esta assuma um caráter meramente punitivo, desvirtuando por completo a sua essência, sua natureza jurídica e também sua finalidade¹¹.

Isso tem especial relevância em se tratando da medida de internação, que por vezes acaba sendo aplicada muito tempo após a prática infracional, como se fosse uma verdadeira pena que, como tal, ao ser empregada, tem o potencial de trazer enormes prejuízos à própria vida do adolescente que, em muitos casos, em razão de um ato infracional praticado anos antes, quando se encontrava numa condição de vida completamente diversa, acaba sendo “arrebatado” do convívio familiar e social de forma absolutamente despropositada, surtindo a intervenção estatal um efeito diametralmente contrário ao almejado (ao menos à luz das normas e princípios do Direito da Criança e do Adolescente).

Imperioso repisar que, por não estarmos lidando com “penas”, não é a intensidade (rigor) da resposta socioeducativa que importa, mas sim sua aplicação de forma célere e qualificada/eficaz, de modo que, se for o caso, o adolescente seja o quanto antes encaminhado ao atendimento/tratamento socioeducativo e/ou protetivo idôneo e individualizado que se mostre necessário, em face de sua peculiar condição e necessidades pedagógicas espe-

¹¹ O procedimento para apuração de ato infracional foi concebido para tramitar de forma *célere* (esteja o adolescente apreendido ou já liberado), de modo que, entre a prática infracional e o momento do início do cumprimento da intervenção estatal recomendada (que pode não se dar, necessariamente, por intermédio da imposição de medidas socioeducativas), transcorra o *menor período de tempo possível*, em respeito, inclusive, ao “*princípio da intervenção precoce*”, insculpido no art. 100, par. único, inciso VI, da Lei nº 8.069/90.

cíficas (arts. 1º e 6º e art. 113 c/c art. 100, *caput* primeira parte e par. único, VI e VIII, todos da Lei nº 8.069/1990).

2. A INSUSTENTABILIDADE DA APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL PURA E SIMPLES AOS PROCEDIMENTOS DE APURAÇÃO DE ATOS INFRACTIONAIS ATRIBUÍDOS A ADOLESCENTES¹²

De acordo com Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer, fala-se com toda clareza em três dimensões da sustentabilidade: a social, a ambiental e a econômica¹³. Juarez Freitas acrescenta mais duas, sem exclusão de outras, quais sejam, a dimensão ética e a político-jurídica¹⁴.

De outro lado, José Joaquim Gomes Canotilho reconhece que não é fácil determinar o conteúdo jurídico do princípio da sustentabilidade. Para ele, há que se distinguir entre sustentabilidade em sentido restrito (ecológico) e em sentido amplo. Neste particular, destaca-se:

A sustentabilidade em sentido amplo procura captar aquilo que a doutrina actual designa por “três pilares da sustentabilidade”: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social[3]. Neste sentido, a sustentabilidade perfila-se como um “conceito federador” que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável. No direito internacional, a sustentabilidade é institucionalizada como um quadro de direcção política nas relações entre os Estados (exs.: Convenção sobre as mudanças climáticas, Convenção sobre a biodiversidade, Convenção sobre o património cultural).¹⁵

¹² Partes deste capítulo foram publicadas anteriormente, sob outro enfoque, pelo autor Eduardo Digiácomo, o qual é referenciado ao final.

¹³ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 276-307, ago. 2016. p. 281.

¹⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 58.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**. 2010, Vol. VIII,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Para os fins deste artigo, interessa a definição de sustentabilidade social, a qual, segundo Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer, vai "desde a proteção da diversidade cultural, até a garantia real do exercício dos direitos humanos, passando pela exclusão de qualquer tipo de discriminação, ou o acesso à saúde e à educação, tudo cabe sob sua égide". E prosseguem os citados autores afirmando que:

Trata-se, precisamente, de construir uma nova arquitetura social que permita desenvolver uma vida digna de ser vivida por qualquer um de

seus membros. É necessário reconsiderar as instituições que se tem hoje, reformar ou extinguir as que não servem a esse objetivo e criar outras, novas (CRUZ; REAL FERRER, 2010, p. 12-24).

Igualmente, é preciso reinventar as regras que regulam os processos sociais. Instituições e regras que sejam úteis para uma sociedade mais justa, mais inclusiva e mais humana. Esse é o desafio da sustentabilidade social¹⁶.

Em suma, a sustentabilidade é "um processo mediante o qual se tenta construir uma sociedade global capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo em condições que garantam a dignidade humana"¹⁷. Poder-se-ia dizer, inclusive, que a sustentabilidade decorre do próprio primado da dignidade humana. Assim, é sustentável toda ação humana que venha contribuir para este processo, sendo o contrário, obviamente, insustentável.

Luciana Costa Poli, argumenta que a sustentabilidade se encontra habitualmente associada a um conteúdo ambiental, mas que esta seria uma caracterização primária, pois o meio ambiente é apenas um de seus alicerces fundamentais, devendo ela ser compreendida, na realidade, como um

¹⁶ nº 13, 007-018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em 31 ago. 2018.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 284.

¹⁷ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 279.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

comando constitucional abrangente, a orientar as demais normas jurídicas e as decisões judiciais¹⁸.

Nesse contexto, não pode ser considerada socialmente sustentável a aplicação e/ou execução pura e simples de medidas socioeducativas a adolescentes, somente porque o lustro prescricional assim o permite, sem que haja uma avaliação prévia da utilidade/necessidade da medida em relação aos fins a que ela se propõe.

Com efeito, tal aplicação, cega e automática, da lei penal, aos atos infra-cionais praticados por adolescentes, apenas contribui para o alargamento da exclusão social¹⁹ a que esses jovens comumente estão submetidos.

Felizmente, pode-se constatar que alguns Tribunais brasileiros, incluindo até mesmo o Superior Tribunal de Justiça (que editou a Súmula nº 338), já atentaram para essa realidade, assim como para a necessidade de destinar aos adolescentes acusados da prática de ato infracional um tratamento diferenciado em relação ao que ocorre com adultos, em especial no que diz respeito à aplicação de medidas privativas de liberdade.

De fato, em que pese a Súmula nº 338 continuar em pleno vigor, recentemente o STJ decidiu que "a atualidade da medida socioeducativa

¹⁸ POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013. Disponível em <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673>>. Acesso em 31 ago. 2018. p. 189.

¹⁹ Por exclusão social entende-se a escassez crônica de oportunidades e de acesso a serviços, ao mercado de trabalho, ao crédito, às infraestruturas e à justiça. Ou ainda é possível entender a exclusão social como os processos e situações que impedem a satisfação das necessidades básicas das pessoas (trabalho, moradia, educação, acesso à saúde) e sua participação na sociedade. Definitivamente, o excluído é o ser humano que fica à margem do progresso social, sem possibilidades reais de incorporar-se ao mesmo. (FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. pp. 284-285)

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

deve ser aferida no momento da fixação desta”, o que sinaliza para uma mudança no entendimento da Corte Superior de Justiça brasileira²⁰.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ainda em 2012, já havia decidido que “o grande distanciamento de tempo entre a prática infracional e a aplicação da medida socioeducativa implica na perda do seu caráter pedagógico, desvirtuando sua natureza jurídica e assumindo conotação de pena”²¹.

Embora os julgados acima mencionados já constituam um avanço em relação à concepção “menorista” que ainda permeia a matéria (notadamente quanto ao uso da internação como “pena” – Direito Penal Juvenil), a própria necessidade da aplicação/execução de qualquer medida socioeducativa deve ser avaliada com cautela, haja vista que, mesmo se comprovada a prática do ato infracional por adolescente, não há, a rigor, obrigatoriedade na imposição de medidas socioeducativas, podendo haver, até por ocasião da sentença, a concessão da chamada remissão

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EXTINTA EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. WRIT PREJUDICADO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. SEMILIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. REITERAÇÃO. VERIFICADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRENCIA. AUSENCIA DE CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA. NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS DENEGADO. Habeas Corpus n. 414.165/SC (2017/0216473-6). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Néfi Cordeiro. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702164736&dt_publicacao=24/11/2017>. Acesso em: 31 ago. 2018.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. RECURSO DE APelação - ECA. - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). - PLEITO ÚNICO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO PELA DE LIBERDADE ASSISTIDA. - SUBSTITUIÇÃO JÁ OPERADA PELO JUÍZO SINGULAR. - PERDA DO CARÁTER PEDAGÓGICO DA MEDIDA DIANTE O DECURSO DE TEMPO. - PERDA DO OBJETO. - RECURSO PREJUDICADO. RA-ECA nº 887323-6. Apelante: C. W. R. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Lídio José Rotoli de Macedo. Curitiba, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7be4b80f414624b3f33113488aa693b6bf8d4ed6d3aa664dfd7b4ef811c669b3a>>. Acesso em 02 set. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

socioeducativa²², em sua forma de “perdão puro e simples” (arts. 126 e 188 da Lei nº 8.069/90).

Nesse sentido, aliás, também já há precedente jurisprudencial:

Se o adolescente comete um ato infracional, é evidente que necessita da intervenção do Estado para desenvolver um projeto de vida responsável e abandonar a ilicitude; contudo, havendo considerável espaço de tempo, desde a prática do ato infracional, a aplicação de medida socioeducativa resta prejudicada, justamente porque não atendeu aos princípios da brevidade e excepcionalidade, que norteiam o Estatuto da Criança e do Adolescente²³.

Neste último julgado, mesmo sem se falar em prescrição, houve o reconhecimento explícito de que o prolongado decurso do tempo fez desaparecer o caráter pedagógico de qualquer medida socioeducativa que pudesse ser aplicada e/ou executada, que assim foi declarada extinta, em razão de sua falta de utilidade/necessidade aos fins a que se propunha.

Paralelamente, houve o reconhecimento implícito de que, mesmo se comprovadas a autoria e a materialidade da infração, não há, a rigor, obrigatoriedade na imposição de medidas socioeducativas ao adolescente infrator (muito menos privativas de liberdade), o que somente se justifica quando estas se mostram absolutamente necessárias, no caso em concreto.

²² O instituto da remissão é contemplado nos itens 10.2, 11.1 e 11.2, das “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing”, tendo por objetivo, justamente, evitar ou abreviar o processo.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. RECURSO DE APELAÇÃO. ECA. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS E INCONTESTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXTINÇÃO PELA PERDA DO CARÁTER PEDAGÓGICO. RECURSO PREJUDICADO. RA-ECA nº 1236441-9. Apelante: Indisponível (segredo de justiça). Apelado: Indisponível (segredo de justiça). Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Curitiba, 30 de outubro de 2014. Disponível em:
<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7be4b80f414624b3f33113488aa693b6bf8d4ed6d3aa664dfd7b4ef811c669b3a>. Acesso em 02 set. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Assim sendo, em se tratando de procedimento para apuração de ato infracional, a chamada “perda da pretensão socioeducativa” não se confunde com o puro e simples advento da prescrição penal (embora também a compreenda), pois é perfeitamente possível (e isto deveria ser a regra) que, antes mesmo do advento do lapso prescricional, se constate a desnecessidade da aplicação e/ou execução de medidas socioeducativas de qualquer espécie.

Nesse contexto, o prazo prescricional (assim considerado, por força, inclusive, da citada Súmula nº 338, do STJ) deve ser considerado apenas como o período *máximo* no qual o Estado (*lato sensu*) tem a *possibilidade jurídica* de aplicar/executar medidas socioeducativas diante da prática de ato infracional por adolescente, sendo possível concluir que a perda da pretensão socioeducativa pode ser reconhecida antes desse marco temporal.

Esse entendimento, apesar de avançado, e das críticas de que contribui-ria para o aumento da sensação de impunidade, incentivando a delinquência, traduz uma interpretação sistemática e teleológica (conglobante) do ordenamento jurídico brasileiro, consentânea com as normas internacionais de proteção aos Direitos Humanos, especialmente a dignidade da pessoa humana, e contribui para a redução do processo de exclusão social desse grupo de cidadãos, constituindo, assim, atitude jurídica e socialmente sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este singelo texto teve por objetivo contribuir para o estudo acerca da perda do caráter pedagógico da medida socioeducativa, quando o adolescente autor de ato infracional ficaria sujeito, dentro de uma leitura míope e apressada, a dois sistemas jurídicos distintos (Penal e Socioeducativo).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Em que pese alguns doutrinadores cheguem a sustentar a existência de um "Direito Penal Juvenil"²⁴, é certo que não há que se falar em submissão a dois estatutos jurídicos diferentes, pois a medida socioeducativa tem, de fato, caráter pedagógico e não punitivo.

Não seria razoável, portanto, mobilizar todo o aparato judicial para não lograr êxito na finalidade principal que seria reeducar o infrator, visando sua reabilitação social e posterior reinserção em sociedade, caso se verificasse, no caso concreto, ausente a finalidade pedagógica da medida.

Evidentemente, o "tempo" do adolescente é diferente do "tempo" do adulto, e a demora na resposta estatal diante da prática do ato infracional faz com que esta assuma um caráter meramente punitivo, que além de desvirtuar sua natureza jurídica, inviabiliza a obtenção de seus objetivos pedagógicos, notadamente a reabilitação social. Tal seria absolutamente insustentável, tanto do ponto de vista jurídico, quanto social.

Nessa ordem de ideais, imperioso trazer à lume – novamente – os ensinamentos de Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer, segundo os quais:

Um dos objetivos mais importantes de qualquer projeto de futuro com Sustentabilidade é a busca constante pela melhoria das condições de vida das populações mais fragilizadas socialmente. Isso porque os problemas sociais e ambientais estão necessariamente interligados e somente será possível tutelar adequadamente o meio ambiente com a melhora das condições gerais destas populações.²⁵

Na esteira dessas considerações, é inegável que se deve ter uma visão conglobada do ordenamento jurídico, para se buscar no caso concreto, e dentro das peculiaridades do adolescente, o caminho a ser seguido, tendo em conta a falta de utilidade socioeducativa da medida que não é prontamente imposta, que acaba por violar os princípios da proteção integral

²⁴ Vide nota nº 3.

²⁵ FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. p. 289.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e prioritária, da atualidade e da intervenção precoce, norteadores do Direito Infantojuvenil.

Resta consolidada, pois, a compreensão de que o atendimento ao adolescente acusado da prática de ato infracional, por parte da Justiça da Infância e da Juventude, não pode seguir os mesmos parâmetros traçados pela Lei Penal/Processual Penal, buscando a mera persecução e/ou a singela “punição” dos imputáveis, pois deve estar comprometida, acima de tudo, com sua proteção integral, prometida já no art. 1º da Lei nº 8.069/90 e que, por força do disposto nos seus arts. 6º e 100, par. único, II, serve de “norte interpretativo” de toda e qualquer disposição estatutária, inclusive aquelas relativas ao ato infracional e à aplicação e execução das medidas socioeducativas que, se for o caso, devem ser impostas com o máximo de urgência, sem jamais perder de vista seu caráter pedagógico, em prol da sustentabilidade social do sistema nacional de atendimento socioeducativo

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto consolidado até a EC n. 99/2017. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui_caocompilado.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nos 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BRASIL. Lei nº 12.852, de 05 de agosto de 2013. Institui o Estatuto da Juventude e dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas de juventude e o Sistema Nacional de Juventude - SINAJUVE. Portal da Presidência da República: Legislação. Brasília, DF. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12852.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - ECA. HABEAS CORPUS. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EXTINTA EM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTE. WRIT PREJUDICADO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA. SEMILIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO. REITERAÇÃO. VERIFICADA. ILEGALIDADE. NÃO OCORRENCIA. AUSENCIA DE CONTEMPORANEIDADE DA MEDIDA. NÃO VERIFICADA. HABEAS CORPUS DENEGADO. Habeas Corpus n. 414.165/SC (2017/0216473-6). Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Néfi Cordeiro. Brasília, 14 de novembro de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702164736&dt_publicacao=24/11/2017>. Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. RECURSO DE APelação - ECA. - ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II DO CÓDIGO PENAL). - PLEITO ÚNICO DE SUBSTITUIÇÃO DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO PELA DE LIBERDADE ASSISTIDA. - SUBSTITUIÇÃO JÁ OPERADA PELO JUÍZO SINGULAR. - PERDA DO CARÁTER PEDAGÓGICO DA MEDIDA DIANTE O DECURSO DE TEMPO. - PERDA DO OBJETO. - RECURSO PREJUDICADO. RA-ECA nº 887323-6. Apelante: C. W. R. Apelado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Lídio José Rotoli de Macedo. Curitiba, 10 de maio de 2012. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7be4b80f414624b3f33113488aa693b6bf8d4ed6d3aa664dfd7b4ef811c669b3a>>. Acesso em 02 set. 2018

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. RECURSO DE APelação. ECA. REPRESENTAÇÃO JULGADA PROCEDENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO CRIME PREVISTO NO ART. 155 DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS E INCONTESTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. EXTINÇÃO PELA PERDA DO CARÁTER PEDAGÓGICO. RECURSO PREJUDICADO. RA-ECA nº 1236441-9. Apelante: Indisponível (segredo de justiça). Apelado: Indisponível (segredo de justiça). Relator: Desembargador José Mauricio Pinto de Almeida. Curitiba, 30 de outubro de 2014. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/publico/imprimirPesquisa.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7be4b80f414624b3f33113488aa693b6bf8d4ed6d3aa664dfd7b4ef811c669b3a>>. Acesso em 02 set. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos**

**ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018**

Politécnicos. 2010, Vol. VIII, nº 13, 007-018. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em 31 ago. 2018.

COSTA, Ana Paula Motta. **As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.

CURY, Munir. et al. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** Comentários Jurídicos e Sociais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIGIACOMO, Eduardo. Da perda da pretensão socioeducativa no procedimento para apuração de ato infracional atribuído a adolescente - indo além da prescrição. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55851&seo=1>>. Acesso em: 03 set. 2018.

FERRER, Gabriel Real; CRUZ, Paulo Márcio. Direito, sustentabilidade e a premissa tecnológica como ampliação de seus fundamentos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 34, p. 276-307, ago. 2016. p. 281.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. p. 58.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração de Estocolmo sobre o meio ambiente humano.** Estocolmo, 16 de junho de 1972. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em 31 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração dos Direitos da Criança.** Nova Iorque, de 20 de novembro de 1959. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>>. Acesso em 31 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Convenção dos Direitos da Criança.** Nova Iorque, 20 de novembro de 1989. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html>. Acesso em 31 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing.** Nova Iorque, de 29 de novembro de 1985. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade.** Nova Iorque, de 14 de dezembro de 1990. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex46.htm>. Acesso em 31 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 31.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

POLI, Luciana Costa. Por um ativismo pró-sustentabilidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 18 - n. 2 - p. 179-195 / mai-ago 2013.
Disponível em <<http://saiiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4673>>.Acesso em 31 ago. 2018

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

**A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA:
UMA ANÁLISE SOB O CRIVO DO NOVO REGULAMENTO GERAL DE
PROTEÇÃO DE DADOS DA UNIÃO EUROPEIA (RGPD)**

Vitor Sardagna Poeta¹

Fabiano Bastos Garcia Teixeira²

INTRODUÇÃO

Os intensos adventos tecnológicos, com a inserção de novos mecanismos cada vez mais sofisticados, acabam por criar uma evolução na estrutura comportamental da sociedade, e consequentemente, resulta na modificação do pensamento jurídico-social. Desse modo, ao ponto que novas vertentes do direito surgem, implicam-se novos conflitos na interpretação e aplicação da norma, que obsta a efetiva tutela estatal na resolução das lides.

No âmbito das tecnologias da informação, as consequências jurídicas do avanço desenfreado instauram um cenário de insegurança jurídica, já que a falta de legislação específica enseja na adaptação do caso concreto ao diploma normativo existente.

Em meio a esse cenário, com a crescente interação das relações comerciais e sociais através da internet, a disseminação constante de dados pessoais na rede mundial trouxe amplas discussões, em escala internacional, no que tange a proteção dos direitos fundamentais da privacidade e liberdade dos titulares.

O crescente armazenamento de dados pessoais nas redes, preocupa o Estado Moderno, sendo imperiosa a aplicação de medidas

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Processo Penal pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Atua como Advogado.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

protetivas com a finalidade de preservação da vida privada de seus titulares. Portanto, é de suma importância discorrer sobre a efetiva proteção de dados na legislação brasileira, especialmente pelo advento da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, com objetivo de averiguar o novo diploma normativo, de modo a analisar as principais implicações do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³, fora utilizado o método de abordagem dedutivo, e no que toca o método de procedimento se classifica como descriptiva, pautada no levantamento bibliográfico⁴.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁵, da Categoria⁶, do Conceito Operacional⁷ e da Pesquisa Bibliográfica⁸.

1. DADOS PESSOAIS E PRIVACIDADE

³ [...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa**

jurídica. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

⁵ [...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁶ [...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁷ [...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁸ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A privacidade é um elemento de extrema relevância na formação moral da sociedade, na acepção de que é necessária e fundamental na formação da individualidade, desenvolvimento físico e mental dos indivíduos, sendo, portanto, caracterizada como uma necessidade básica humana. Contudo, as diversas mudanças no contexto social, geram uma subjetividade na caracterização do conceito.⁹

Leonardi¹⁰ defende que é de grande valia, ao conceituar a privacidade, que se relate esta à idade de controle sobre informações e dados pessoais, até mesmo porque é uma preocupação das pessoas sobre como são usadas as suas informações e a elas cabe definir o que é válido ou não, a partir do pressuposto que todas as informações podem ser repassadas, comercializadas a um grande número de pessoas.

Lima e Nunes¹¹, por sua vez, enfatizam que, hoje, vive-se em uma sociedade de classificação, na qual o homem está em constante exposição através dos meios tecnológicos. Todas as suas características, anseios, desejos e preferências podem ser vistas de uma forma facial a partir de um clique que vai permitir o acesso aos dados pessoais.

Carvalho¹² complementa que a revolução tecnológica transformou os “papéis” em “dados”, geralmente “armazenados em computadores ou fluindo através de impulsos eletrônicos, ensejando enormes conjuntos de

⁹ SILVA, Almerinda Maria Ferreira da. **O Direito à Privacidade do doente no serviço de urgência.** 2007. 266 f. Dissertação (Mestrado em Bioética). Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <<https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/22110/3/tese%202.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹⁰ LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

¹¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 230.

¹² CARVALHO, Leda Maria Maia Rodrigues. **A insegurança do mundo digital:** um olhar crítico acerca da pedofilia na internet. 2002, p. 122. 153 f. Tese de Mestrado (Curso de Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_inseguranca_no_mundo_digital.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

informações a respeito das pessoas, numa época em que todos reconhecem que a informação é poder”.

A preocupação com a proteção de dados não é recente. Em 1996 o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosa de Aguiar, já alertava para o problema dos dados pessoais do cidadão em bancos de informações como uma das principais preocupações do Estado moderno:

[...] E assim o conjunto dessas informações pode ser usado para fins lícitos, públicos ou privados, na prevenção ou repressão de deleites, ou habilitando o particular a celebrar contratos com pleno conhecimento de causa, também pode servir, ao Estado ou ao particular, para alcançar fins contrários à moral ou ao Direito, como instrumento de perseguição política ou opressão econômica.¹³

A grande evolução através dos novos meios tecnológicos dos bancos de dados eletrônicos, em relação a dados pessoais, acaba por conceber uma grande ameaça à privacidade. Por meio dessa gama de informações, gera-se um profundo estudo sobre as pessoas, em que estas ficam com as suas individualidades vulneráveis. Um grande alerta toca o ponto da interconexão de todos os bancos de dados, formando um grande banco, onde esses acabam por devassar a vida dos indivíduos, sem qualquer aviso prévio ou conhecimento sobre esse tipo de prática aos indivíduos.¹⁴

De fato, o progresso tecnológico fez com que ocasionasse uma compreensão diferente de dados pessoais, a partir de situações em que não há uma relação de vinculação aos bancos de dados. Por conseguinte, a ideia de banco de dados perdeu a relevância dentro das discussões sobre dados

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 22.237-38-RS**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. 13 fev. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200114466&dt_publicacao=20-03-1995&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 345.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

pessoais, tornando a discussão sobre os dados pessoais dos indivíduos como o foco da questão.¹⁵

A Diretiva 95/46/CE estabelecia a seguinte definição para os dados pessoais, em seu Art. 2º:

Qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou ('pessoa em causa'); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou a mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social.¹⁶

O Novo Regulamento, que revogou a supracitada Diretiva, não apresenta conceito muito diverso, pois considera dados pessoais qualquer informação que identifique, de forma direta ou indireta, o indivíduo, a exemplo do nome, endereço, e-mail, número de telefone, dados genéticos, físicos, culturais, etc., ou seja, qualquer dado que permita que uma pessoa em específico seja identificada.

Leonardi¹⁷ critica alguns conceitos e legislações no que se refere ao controle de informações e dados pessoais, sendo que algumas tocam no assunto de forma muito ampla, ao passo que outras o fazem de maneira simplória, não conseguindo alcançar uma definição sobre o termo correto a ser utilizado, na iminência de entenderem ou não que o indivíduo tem direito de propriedade sobre as informações.

¹⁵ MACHADO, Joana Moraes de Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, Junho, 2014. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/206-263-1-sm.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

¹⁷ LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na Internet, p. 37.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Lima e Nunes¹⁸ defendem que o armazenamento de todo o tipo de dado pessoal pode ocasionar uma destruição sobre o prisma da liberdade individual e alertam sobre as situações cotidianas em que o utilizador dessas informações não tem ao menos a escolha, ou até o próprio conhecimento, do armazenamento dos seus dados.

Já Machado¹⁹ pontua que os dados pessoais merecem um tratamento diferenciado em relação dos demais. Exemplo disto é o caso de empregadores que, com base em dados sensíveis de determinado indivíduo, como orientação sexual, posicionamento religioso ou questões raciais, os utilizam como condicionante na hora de contratar ou até mesmo no dia a dia, no trabalho, definindo uma posição discriminatória.

Frisa-se, sobre os dados, a relevância de duas categorias, dispostas no art. 4º do *Codice Sulla Privacy*:²⁰ os de identificação, permitindo a identificação direta do interessado, e os dados sensíveis, esses que revelam a origem do indivíduo, seja racial, étnica, religiosa, filosófica. Também pode adentrar na camada das opiniões políticas, qual tipo de partido possui uma maior identificação, por exemplo, ou consiga captar algum aspecto sobre a saúde da pessoa ou mesmo até da vida sexual do indivíduo.

Em âmbito nacional, através da Constituição Federal, Leonardi²¹ destaca a importância do sigilo de dados, tratado pelo constituinte de modo genérico:

A Constituição Federal Brasileira estabelece o sigilo de dados, de modo genérico, destacando que "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas,

¹⁸ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**, p. 98.

¹⁹ MACHADO, Joana Moraes de Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados, p. 14.

²⁰ Trata-se do Código para a Proteção dos Dados Pessoais, comumente denominado de "Codice della Privacy", é uma norma da República Italiana, instituída pelo Decreto legislativo nº 196, revogado pelo RGPD.

²¹ LEONARDI, Marcel. Tutela e Privacidade na Internet, p. 70.

salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Machado,²² analisando o contexto brasileiro, antes do advento da atualíssima Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, já destacava que o constituinte consagrou o *habeas data*, ação constitucional de teor genérico, a qual embora não tenha o objetivo de proteger informações pessoais, pode auxiliar, principalmente quando se trata de autorização para conhecimento das informações a respeito do interessado, e uma breve ratificação se for o caso.

De acordo com o que foi exposto anteriormente, o conceito de privacidade, demonstrou-se presente em diversos períodos históricos, sofrendo alterações em conformidade com a cultura e com os ideais representantes de cada época. Até os dias atuais, percebe-se que não existe um conceito unitário acerca da privacidade, sendo essa uma das dificuldades inerentes à proteção desses direitos.

Nesse prisma, segundo o que fora demonstrado, torna-se compreensível que haja uma multiplicidade em relação ao alcance do que está contemplado no termo privacidade.

Além disso, impossível tratar de privacidade sem abordar a questão referente aos dados pessoais. Logo, fica explicitada a correlação entre os dois temas e a sua importância em razão da crescente disponibilidade de dados que podem ser objetos de análise através dos novos meios tecnológicos, ganhando relevo, assim, o advento de um diploma legal específico, que trata do tema proteção de dados pessoais.

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO DIREITO BRASILEIRO E A INFLUÊNCIA DO RGPD

²² MACHADO, Joana Moraes de Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de dados, p. 353

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A legislação brasileira, até o advento da Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, não contava com um diploma específico para regulamentar a proteção de dados pessoais. Algumas legislações pátrias faziam uma breve menção sobre tema, como Decreto n. 7.962, de 2013, que tratava do comércio eletrônico; Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 12.665, de 23 de abril de 2014 – Lei do Marco Civil da Internet.

No Brasil, em meados de 2013, a proteção de dados, tornou-se foco das discussões políticas, quando o governo questionou a espionagem internacional realizada pelos EUA, no plenário da ONU. Desse modo, o país passou a reivindicar um novo modelo protetivo para armazenar suas informações privadas.²³

Dessa forma, em 2014, Lei nº 12.665, Lei do Marco Civil da Internet, tratou algumas questões pertinentes ao meio digital, dispondendo acerca da neutralidade da rede, a guarda de dados pessoais, o direito ao esquecimento e a responsabilidade civil.

A Lei nº 12.665, objetivou responsabilizar as manifestações das relações na internet, reconhecendo que as respectivas violações do direito da personalidade, consubstanciados no exercício irracional da liberdade de expressão, também configuram crime. Segundo, Saraiva,²⁴ “em princípio, qualquer ato ilegal praticado por alguém na internet pode gerar consequências jurídicas”, sendo o autor do ato responsabilizado civil e/ou criminalmente, inexistindo norma jurídica que isente o indivíduo dos atos ilegais cometidos no âmbito eletrônico e virtual.

De acordo com Jesus,²⁵ a “prática de crime eletrônico pode-se dar em aplicações mantidas por pessoas físicas, ou por pessoas jurídicas sem fins

²³ PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

²⁴ SARAIVA, Wellington. **Responsabilidade por ofensas, danos e atos na internet**. 2013. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2013/12/23/responsabilidade-por-ofensas-danos-e-atos-na-internet/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 60.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

econômicos, como redes sociais governamentais". Ainda na concepção de Jesus,²⁶ a lei trouxe uma inovação, sobretudo no § 3º do art. 19, o qual assegura a possibilidade de apresentação de causas perante os juizados especiais, sempre que estas versarem sobre honra, reputação e direitos autorais. Acrescenta o autor que o "Marco Civil agiliza o procedimento de apuração da autoria dos delitos", seja pela possibilidade de ingresso através dos Juizados Especiais, seja por assegurar o direito aos registros junto aos provedores, o que é indispensável quando se trata da apuração dos crimes cometidos por meio da internet.²⁷

Também o art. 21, do diploma legal em comento, ao dispor acerca da remoção de conteúdos de cunho sexual, mediante a simples notificação do envolvido, regra esta que alcança os provedores de internet que disponibiliza conteúdo gerado por terceiros, a exemplo das redes sociais, é, de acordo com Jesus, outra importante inovação no ordenamento jurídico brasileiro, medida esta que facilita o "procedimento para pessoas que são vítimas de crimes contra a honra na rede, sobretudo diante da onda de vazamento de fotos íntimas, a conhecida 'vingança pornô'".²⁸

De igual forma, o art. 22, que assegura o acesso aos registros através de ordem judicial é medida de suma importância, pois "em crimes cometidos na internet, onde comumente os autores não se identificam, somente com os registros fornecidos pelo provedor de aplicação e, posteriormente, pelo provedor de acesso", é que a apuração do delito cibernético poderá ser concretizada, e o autor do delito responsabilizado.²⁹

Impõe esclarecer, que a Lei do Marco Civil, não abordou diversos pontos, como exemplo, no tocante à aplicação das penalidades, sendo aplicável, portanto, o Código Penal, que tipifica os delitos informáticos. Desse

²⁶ JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**, p. 67.

²⁷ JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**, p. 88.

²⁸ JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**, p. 70.

²⁹ JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**, p. 72.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

modo, em 2018, a edição da Lei nº 13.709, alterou a Lei nº 12.665, ampliando algumas questões subjetivas no diploma anterior, como a proteção de dados pessoais.

O novo diploma legal, além de contribuir para o ordenamento, ao suprir uma lacuna normativa no que tange a proteção de dados pessoais, trouxe uma nova perspectiva para o desenvolvimento tecnológico do país aliado ao modelo constitucional regente. De acordo com Gouveia,³⁰ a Lei nº 13.709/2018 é o primeiro diploma legal brasileiro a tratar especificamente do direito à privacidade, observando os avanços tecnológicos e também é bastante influenciado pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados da União Europeia.

Neste viés, importa mencionar que a Lei nº 13.709/2018 foi sancionada apenas 03 (três) meses após a entrada em vigor do RGPD, na União Europeia, e possui um período de vacância de 18 (dezoito) meses de sua publicação oficial. Dessa forma, torna-se notória a influência do recente diploma europeu, cuja nação se mostra um expoente na política de proteção de dados pessoais.

Sem a pretensão de esgotar a análise do novo diploma brasileiro, vale destacar que já no primeiro artigo o legislador esclarece que a lei se aplica ao tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, alcançando as pessoas físicas e jurídicas de direito privado ou público, objetivando, assim, a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade, se prejuízo do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.³¹

³⁰ GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção e dados não é apenas para empresas que atuam online. **Consultor jurídico**, 17 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

³¹ BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Em seu art. 2º, por sua vez, elencam-se os fundamentos da proteção de dados pessoais no direito brasileiro, a saber: o respeito à privacidade; a autodeterminação informativa; a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e, por fim, os direitos humanos, o desenvolvimento da personalidade, dignidade e o exercício da cidadania das pessoas físicas.

A Lei brasileira preconiza algumas exceções à proteção tutelada, a exemplo do tratamento de dados pessoais realizado por pessoa natural para fins não econômicos e pessoais, realizados para fins jornalísticos, artísticos e acadêmicos, ou realizados para fins exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais, assim como também faz o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia.

Não é demais ressaltar que o legislador brasileiro também estabeleceu uma série de princípios que devem nortear o tratamento de dados pessoais, como princípio da boa-fé, pois claramente alguém que se vale de uma rede social, um site de relacionamentos ou portal de compras, espera que seus dados não sejam vazados e utilizados para finalidades outras senão as propostas.

Ainda, dentre os princípios, pode-se citar o da finalidade (tratamento de dados pessoais realizados para fins legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular); adequação (tratamento equivalente às finalidades informadas ao titular); necessidade (utilização dos dados pessoais no limite do necessário para as finalidades propostas); livre acesso (assegura, aos titulares, consulta facilitada e gratuita a integralidade dos dados pessoais); qualidade dos dados (exatidão e clareza quanto à qualidade dos dados); transparência (clareza e precisão nas informações); segurança (adoção de medidas técnicas para a proteção dos dados pessoais), dentre outros.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Seguindo a linha mestra do regulamento europeu, a lei brasileira busca assegurar com que a pessoa natural esteja ciente de que está autorizando o tratamento de seus dados, quem será o responsável por esse tratamento, o que será feito com esses dados, a liberdade para editar os dados e, principalmente, a liberdade para revogar a autorização, bem como, excluir os dados.

Como supracitado, a exigência do consentimento explícito do titular para a coleta e uso de seus dados pessoais é um ponto de extrema relevância nas relações que envolvam a matéria. A Lei 13.709, conceitua o instituto como uma “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada”.³² Resta salientar, que o RGPD, colacionou o consentimento em seu diploma, no artigo 4.º, n.º 11 e artigo 7.º do regulamento, devido à negligência empresarial de não apresentar explicitamente os termos da utilização dos dados pessoais.³³

Destarte, em meio ao cenário internacional, a coleta de dados enseja uma discussão de cunho político e social, já que o “material” armazenado é de grande valia comercial, capaz de definir tendências de consumo, comportamentos, ideologia de gênero, posicionamento político e social, por exemplo.

Portanto, a União Europeia, visou, com o novo regulamento, estabelecer e dinamizar as regras para as entidades privadas e públicas no

³² BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

³³ CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L119/1, p.35-39, 4 maio. 2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

que tange os dados pessoais e o seu tratamento. E o Brasil, fortemente influenciado pelo novo regulamento europeu, acabou por editar um diploma específico regulamentador da tutela dos dados pessoais e, consequentemente, da privacidade, pois os dados somente podem ser utilizados com o consentimento do titular, podendo as empresas privadas e órgãos públicos serem responsabilizados se derem a eles destinação diversa do principal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto ao longo do presente estudo, a privacidade e a proteção dos dados pessoais é um conteúdo extremamente complexo, pois sua dinâmica está intimamente ligada à evolução comportamental do pensamento social, que engloba um cenário de intenso avanço tecnológico, onde a ciência jurídica encontra-se em constante adaptação com o escopo de dirimir as questões conflitivas que atingem a sociedade contemporânea.

No âmbito da legislação internacional, percebe-se uma nova diretiva a fim de proteger os dados pessoais. Com o advento do novo Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia – RGPD, questões a respeito da matéria influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro a editar uma lei específica, que veio a suprir uma lacuna normativa, sendo, portanto, um marco no direito brasileiro.

A Lei nº 13.709/2018 vem proporcionar maior segurança jurídica, conferindo ao cidadão o controle e a autonomia sobre seus dados disponibilizados a empresas, sejam privadas ou públicas, que podem ser responsabilizadas pelo tratamento inadequado desses.

Desta feita, o novo diploma normativo, influenciado pelo regulamento europeu, acaba por desmistificar a visão de isolamento jurídico do ordenamento legislativo brasileiro, contribuindo para uma visionária inserção do país ao cenário de desenvolvimento tecnológico e introduzindo o direito brasileiro às novas tendências jurídicas materializadas nos países de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

grande arsenal econômico, conferindo ao cidadão brasileiro maior garantia aos seus direitos constitucionais ligados à privacidade e dados.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 22.237-38-RS**. Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julg. 13 fev. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199200114466&dt_publicacao=20-03-1995&cod_tipo_documento=3>. Acesso em: 16 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/lei/L13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2018.

CARVALHO, Leda Maria Maia Rodrigues. **A insegurança do mundo digital:** um olhar crítico acerca da pedofilia na internet. 2002, p. 122. 153 f. Tese de Mestrado (Curso de Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/a_inseguranca_no_mundo_digital.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (EU) 2016/679 de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). **Jornal Oficial da União Europeia**, n. L119/1, p.35-39, 4 maio. 2016. Disponível em: <<https://protecao-dados.pt/wp-content/uploads/2017/07/Regulamento-Geral-Prote%C3%A7%C3%A3o-Dados.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018

GOUVEIA, Fernando. Lei de proteção e dados não é apenas para empresas que atuam on-line. **Consultor jurídico**, 17 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/fernando-gouveia-lei-dados-nao-quem-atua-on-line>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

JESUS, Damásio de. **Marco Civil da Internet**: comentários à Lei nº 12.965/2014. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles (Coord.). **Estudos avançados de Direito Digital**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

MACHADO, Joana Moraes de Souza. A expansão do conceito de privacidade e a evolução na tecnologia de informação com o surgimento dos bancos de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

dados. **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 134, Junho, 2014. Disponível em:
<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/206-263-1-sm.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito digital**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARAIVA, Wellington. **Responsabilidade por ofensas, danos e atos na internet**. 2013. Disponível em: <<http://wsaraiva.com/2013/12/23/responsabilidade-por-ofensas-danos-e-atos-na-internet/>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

SILVA, Almerinda Maria Ferreira da. **O Direito à Privacidade do doente no serviço de urgência**. 2007. 266 f. Dissertação (Mestrado em Bioética). Faculdade de Medicina da Universidade do Porto, Porto, 2007. Disponível em: <<https://repositorioaberto.up.pt/bitstream/10216/22110/3/tese%202.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/95-46-ce/dir1995-46_part1_pt.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

**A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE VERBAS SALARIAIS
NO DIREITO BRASILEIRO FRENTE A EFETIVIDADE DO PROCESSO
EXECUTIVO À LUZ DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL**

Patrícia Frizzo¹

INTRODUÇÃO

A busca pela efetividade do processo de execução é tema recorrente em sucessivas alterações legais sofridas pelo Código de Processo Civil de 1973 e sentida também nas inovações trazidas pela Lei n. 13.105/2015, que trata do Novo Código de Processo Civil.

O que se vê é a busca incessante pela efetividade do processo.

As reformas visam dar efetividade ao processo a fim de propiciar uma efetiva tutela jurisdicional.

Dos ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover²:

O processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagens asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse cumprida.

E pela necessidade de efetividade que sofremos tantas reformas nas normas de processo civil. Neste esteio, a Lei nº 8.952/94, acrescentou o artigo 461 do CPC/1973, cuja redação repetiu-se no novo diploma processual (Lei n. 13.105/2015), que visou assegurar ao credor de obrigação de fazer e não fazer, como forma de tutela específica reforçada por explícita previsão

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Direito pela UNIPAR. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNIVEL, pela PUC/PR e pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela União Educacional de Cascavel. É Professora de Direito Processual Civil, teoria e prática, na Instituição de ensino UNIVEL.

² GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, p. 13-30, nov. 1995, p. 14.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de medidas antecipatórias e cautelares adequadas à dar efetividade ao provimento judicial.

Para Robert Alexy *apud* Marinoni³:

los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una 'protección jurídica efectiva'. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos.

A prestação jurisdicional efetiva reflete-se, portanto, em proteção jurídica eficaz e temporalmente adequada. Dos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho⁴:

Compreende-se, pois, que o direito ao processo implique: (1) a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme ao direito fundamental de acesso aos tribunais; (2) a exigência e fixação legal previa dos requisitos e pressupostos processuais dos recursos e acções; (3) a sanação de irregularidades processuais como exigência do direito à tutela judicial.

Com efeito, os avanços legislativos ao longo do tempo em face do processo executivo tem como escopo conceder meios executivos hábeis a proporcionar a efetiva tutela dos direitos, atendendo aos anseios de Justiça.

O presente estudo tem por objetivo a análise da impenhorabilidade de rendimentos, na forma do artigo 833, inciso IV do Código de Processo Civil e a possibilidade de relativização frente a efetividade do processo executivo, à luz da divergência jurisprudencial existente.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito a tutela jurisdiccional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** p. 15. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2007.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002, p. 274.

**1. A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DE RENDIMENTOS
NO DIREITO BRASILEIRO, NA FORMA DO ARTIGO 833, IV DO CÓDIGO
DE PROCESSO CIVIL FRENTE A EFETIVIDADE DO PROCESSO
EXECUTIVO.**

A lei processual civil brasileira protege os rendimentos e os coloca em caráter de impenhorabilidade, conforme se depreende do artigo 833, IV do Código de Processo Civil⁵.

A essência da norma é assegurar o sustento e a dignidade da pessoa humana, a fim de que seus rendimentos façam frente a sua subsistência.

Todavia, o que parece simples e pacífico acerca da impenhorabilidade de tais rendimentos, tem se mostrado bastante divergente entre os Tribunais Pátrios e inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, gerando instabilidade e incoerência na orientação jurisprudencial que trata do tema, maculando seriamente a segurança jurídica, cláusula geral de Direito assegurada pela Carta Magna, ao violar o dever de proteção à confiança para uma tutela jurisdicional efetiva.

Explico.

Inicialmente não se perca de vista que a função constitucional dos Tribunais Superiores é uniformizar a orientação acerca da aplicação do direito no ordenamento jurídico. A orientação jurisprudencial uniforme é fundamental para o Estado Democrático de Direito, uma vez que atende à segurança jurídica, primado da Constituição Federal, em seu aspecto

⁵ IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepíos, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

subjetivo, o qual, assegura, a proteção à confiança a luz de uma tutela jurisdicional efetiva.

A segurança jurídica é cláusula geral do Estado Democrático de Direito, assegurado tanto pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988, quanto pelo *caput* do artigo 5º do diploma constitucional, vinculado às garantias e direitos fundamentais.

Está diretamente ligado à estabilidade e coerência do ordenamento jurídico, envolvendo confiabilidade dos jurisdicionados à tutela jurisdicional prestada.

Neste cenário, a segurança jurídica proclamada pela Constituição Federal é vista de forma objetiva pela segurança e de maneira subjetiva pela proteção da confiança. Para Canotilho⁶:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a idéia de proteção e confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçadas em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.

Este princípio constitucional basilar do Estado Democrático de Direito encontra-se diretamente ligado ao exercício da efetiva tutela jurisdicional e por conseguinte, a confiabilidade no entendimento jurisprudencial.

A efetiva tutela jurisdicional vem assegurada pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXV e trata do processo como instrumento de efetivação e proteção do direito material, portanto, deve representar instrumento da busca e realização da essência do princípio da segurança

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 257.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

jurídica, pois está vinculado a efetivação e proteção do direito e a confiabilidade dos jurisdicionados ao Poder Judiciário.

Decisões conflitantes em casos idênticos culminam na ruptura da igualdade e da segurança jurídica esperada daqueles que tem a função de dar unidade e coerência ao sistema, comprometendo assim a proteção da confiança que vem amparada pelo princípio da segurança jurídica em seu aspecto subjetivo.

Canotilho⁷, com clareza trata da segurança jurídica a partir da estabilidade e previsibilidade dos atos que emanam do Poder Judiciário:

As ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos: (1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adaptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos. Neste momento, interessa-nos sobretudo a segurança jurídica sob o ponto de vista da estabilidade dado que a eficácia ex ante foi abordada no número anterior.

Não há que se falar em eficiência do sistema processual vigente sem segurança jurídica do pensamento que emana do Poder Judiciário enquanto unidade institucional. Não há efetividade da tutela quando não há segurança jurídica.

A confiabilidade das orientações jurisprudenciais é direito que emana do princípio da segurança jurídica e quem vem assegurado pelo texto constitucional.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 264.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Canotilho⁸ trata da confiabilidade sob a uniformização da jurisprudência:

Sob o ponto de vista do cidadão, não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a protecção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou, pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais. É uma dimensão irredutível da função jurisdicional a obrigação de os juízes decidirem, nos termos da lei, segundo a sua convicção e responsabilidade. A bondade da decisão pode ser discutida pelos tribunais superiores que, inclusivamente, a poderão 'revogar' ou 'anular', mas o juiz é, nos feitos submetidos a julgamento, autonomamente responsável.

Quando a instabilidade da orientação jurisprudencial emana daquele que detém o dever constitucional de uniformizar, não há violação mais gritante ao princípio da segurança jurídica e da efetiva tutela jurisdicional.

Não são poucos os temas em que a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se apresenta instável e incoerente. O mesmo ocorre quanto à polêmica relativização de penhora sobre verbas de natureza salarial, objeto deste estudo.

Em diversos julgados o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que a impenhorabilidade de verbas salariais tem caráter absoluto, portanto, somente pode ser afastada para pagamento de prestação alimentícia, na forma do artigo 833, §2º do Código de Processo Civil, bem como, para fins de pagamento de verbas honorárias advocatícias, contratuais ou de sucumbência, que detém caráter alimentar.

Ao assim decidir não restavam dúvidas de que a Corte Superior admitia a penhora de percentual sobre salário, mas somente em hipótese

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. p. 265.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

excepcionalíssima, ou seja, para pagamento de verbas da mesma natureza, por força do §2º do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Os julgados que tratam do tema perante o Superior Tribunal de Justiça afirmam que a jurisprudência é “firme neste sentido”⁹. Leia-se por oportuno, fundamentação que acompanha o voto proferido no Recurso Especial n. 1.714.505-DF¹⁰, datado de 10 de abril de 2018:

Com efeito, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que o caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 833 do CPC/2015, quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias. Portanto, tendo os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, natureza alimentícia, é possível a penhora de verbas remuneratórias para o seu pagamento.

Na mesma linha de entendimento, recente julgado o Superior Tribunal de Justiça trata da relativização da impenhorabilidade para pagamento de honorários periciais, sob o alegado caráter alimentar da respectiva verba.

O entendimento está retratado no julgamento do Recurso Especial n. 1.722.673-SP¹¹, em que inclusive se reconhece que o Novo Código de

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1714505/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, **Diário da Justiça Eletrônico**, 25/05/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1714505/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, **Diário da Justiça Eletrônico** 25/05/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1722673/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, **Diário da Justiça Eletrônico** 05/04/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) admite a possibilidade de penhora de verba alimentar, sendo irrelevante a sua origem.

Não obstante, embora julgados da Corte Superior afirmem ser “forte” a orientação de que a penhora de salários somente é admita em hipóteses excepcionais¹², ou seja, para pagamento de verbas de cunho alimentar, por interpretação do §2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, tem sinalizado em diversos outros julgados a mudança de paradigma.

E é neste cenário que o tema gera insegurança jurídica que emana daquele que deveria velar pela uniformidade, por uma jurisprudência estável e coerente, dentro do que preceitua o próprio artigo 926¹³ do Código de Processo Civil.

A interpretação recente da jurisprudência do próprio Superior Tribunal de Justiça tem se movimentado por admitir a penhora de salários, ainda que o valor executado não tenha natureza alimentar, desde que não haja comprometimento da subsistência digna do devedor e de sua família¹⁴.

A mudança de paradigma veio conduzida pela Ministra Nancy Andrighi e está retratada nas razões contidas no Recurso Especial n. 1.658.069-GO¹⁵, em que resta claramente demonstrada a necessidade de

ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 994.681/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 20/06/2017, **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹³ Art. 926. “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.658.069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2011, **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2017. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ponderação entre os direitos em conflito, ou seja, entre o direito do credor em ver satisfeita a obrigação, em prol da efetividade da execução, e o direito ao mínimo existencial assegurado pela dignidade da pessoa humana:

a jurisprudência desta Corte vem evoluindo no sentido de admitir, em execução de dívida não alimentar, a flexibilização da regra de impenhorabilidade quando a hipótese concreta dos autos revelar que o bloqueio de parte da remuneração não prejudica a subsistência digna do devedor e de sua família.

Não se nega que a relativização da penhora de verba de natureza salarial em um juízo de ponderação, se mostra matéria que precisa realmente ser enfrentada pelas Cortes Superiores.

Tantas foram as alterações processuais dentro da sistemática executiva visando dar efetividade ao direito do credor, a fim de que as obrigações sejam cumpridas. O princípio consagrado pela lei de que a execução se processa no interesse do credor deve ser observado a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional que representa muito mais que acesso à justiça, mas a entrega do bem da vida tutelado.

O Código de Processo Civil vigente, no artigo 139¹⁶, buscando ainda mais efetividade ao processo, deu ênfase aos poderes do Juiz, a partir de medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias, o que mostra a busca de um processo que tenha o condão de tutelar o direito material envolvido e que esteja à serviço do bem material litigado. Inclusive a utilização de meios atípicos para assegurar o cumprimento das decisões são sentidas no artigo 536, §1º do Código de Processo Civil.

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658069&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 jun. 2018.

¹⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Portanto, o processo executivo vem rompendo paradigmas e, em um juízo de ponderação, assegurando a dignidade do devedor, possibilitando também a satisfação do direito do credor, que é o fim maior e único da execução.

Neste cenário, a jurisprudência dos Tribunais Pátrios tem se movimentado pela mitigação da impenhorabilidade das verbas de natureza salarial e, de forma equilibrada, possibilitado a constrição de percentual, que não implique em comprometimento da subsistência do devedor, mas possa fazer frente ao crédito executivo, atendendo ao interesse do credor.

Não se perca de vista que pela redação contida no artigo 8º do Código de Processo Civil, o processo se ordenará pelos fins sociais e as exigências do bem comum, bem como, promoverá a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, razoabilidade, legalidade e eficiência, o que exige uma interpretação da norma contida no artigo 833 do Código de Processo Civil, em ponderação com o direito assegurado ao credor pela redação contida no artigo 797 do mesmo diploma legal, com vistas a dar efetividade da tutela jurisdicional, também assegurada pela Carta Magna.

Portanto, falar em impenhorabilidade absoluta da verba de natureza salarial implica em descompasso com todas as alterações sofridas ao longo dos anos pela sistemática processual, do pensar do processo e da efetividade da tutela, em especial a executiva.

Ademais, oportuno destacar que a própria lei e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite desconto em folha de empréstimo consignado até o percentual de 30% dos vencimentos líquidos do devedor. Logo, não se justifica impenhorabilidade absoluta de percentual dos seus rendimentos para quitação de débito contraído pelo devedor.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Em julgado proferido em 2011, de Relatoria do Ministro Campos Marques, no Recurso Especial n. 1.184.378-RS¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça justificou a possibilidade do desconto em folha até o limite de 30% dos rendimentos salariais líquidos do tomador de empréstimo consignado e ao assim limitar o fez justificando a necessidade de aplicar a razoabilidade e se preservar o caráter alimentar do proveito que deve atender a subsistência da pessoa:

O objetivo das disposições legais, ao fixar percentual máximo para os descontos consignáveis nos vencimentos do servidor público, federal ou estadual, é evitar que este seja privado de recursos indispensáveis à sua sobrevivência e a de sua família. Essas determinações encontram amparo no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a teor do art. 1º, III, da CF/88, tendo a autora, na exordial, requerido a sua aplicação ao caso concreto.

Em julgados ainda mais antigos já havia a concepção de que a os descontos de proventos salariais decorrentes de empréstimos deveriam ser fixados em percentual compatível com a razoabilidade, sem prejudicar o direito à subsistência¹⁸.

Não destoa da mesma fundamentação a possibilidade de constrição de percentual dos rendimentos salariais do devedor, se observada a razoabilidade e de percentual que não comprometa a sua subsistência. Portanto, neste cenário, não se mostra justificável manter o caráter absoluto da impenhorabilidade prevista no artigo 833, IV do Código de Processo Civil.

¹⁷ BRASIL. o Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.378-Rs. Relator Ministro Campos Marques, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1184378&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>.

Acesso em: 13 jun. 2018:

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 21380/MT, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 30/08/2007, **Diário da Justiça** 15/10/2007, p. 300.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Neste sentido destacou a Ministra Nancy Andrighi na fundamentação do acórdão proferido no Recurso Especial n. 1.658.069-GO¹⁹, datado de 14 de novembro de 2017: “Busca-se, nesse contexto, harmonizar duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana de um lado, o direito ao mínimo existencial; de outro, o direito à satisfação executiva”.

Frise-se, ainda, que o artigo 805²⁰ do Código de Processo Civil assegura que a execução se dê de forma menos gravosa ao devedor, quando de outros modos puder realizar-se.

Portanto, em momento algum se defende a penhora irrestrita e desarrazoada de percentual decorrente de verbas de natureza alimentar. O que se está a dizer é que a impenhorabilidade interpretada de forma absoluta viola o direito do credor e não encontra respaldo suficiente no ordenamento jurídico.

Uma vez assegurada constrição em percentual que respeite à dignidade do devedor, assegurando-lhe a sua subsistência e de sua família, nada impede que verba de natureza salarial seja penhorada. É evidente que tal medida somente se faz possível quando esgotados outros meios de satisfação do crédito, por observância ao próprio artigo 805 do Código de Processo Civil que exige do credor que quando “por vários meios” puder promover a execução, o faça pelo modo menos gravoso ao devedor.

Não há dúvidas de que a constrição, ainda que parcial, de proventos de natureza salarial do devedor se equipara ao modo mais gravoso

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658069&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²⁰ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de todos as constrições, todavia, nos casos em que esgotadas as demandas hipóteses de satisfação do crédito, tem o credor o direito de satisfazer a pretensão através de constrição de percentual razoável e que não comprometa a subsistência do devedor. É isso que assegura a mais clara interpretação dos artigos 1º, III e 5º, XXXV da CF c/c artigos 797, 805 do Código de Processo Civil, em um juízo de razoabilidade e ponderação.

Todavia, não se nega que ainda há um cenário de grande instabilidade e incoerência entre os julgados. À titulo de exemplo são os julgados do Tribunal Paulista. A divergência é verifica não só entre as Câmaras de Direito Privado, mas dentro do próprio Órgão Colegiado. Veja que a 34ª Câmara de Direito Privado^{21,22} tem posicionamento divergente entre os próprios membros que a compõem. A mesma divergência acontece entre membros da 26ª Câmara e Direito Privado do Tribunal Paulista^{23,24}. E com a 36ª Câmara de Direito Privado^{25,26} não é diferente.

Desta forma, não se nega que o tema tem sido tratado de forma bastante divergente pelos Tribunais, inclusive pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, em um cenário de flagrante afronta a confiabilidade e

²¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2217149-98.2017.8.26.0000; 34ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 05/06/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=152BCCB40196F5ECA795055430D5CF7B.cjsg2>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2239930-51.2016.8.26.0000; 34ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 23/05/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=152BCCB40196F5ECA795055430D5CF7B.cjsg2>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2008605-71.2018.8.26.0000; 26ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/03/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=152BCCB40196F5ECA795055430D5CF7B.cjsg2>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2026049-20.2018.8.26.0000; 26ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 17/05/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do;jsessionid=152BCCB40196F5ECA795055430D5CF7B.cjsg2>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

²⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2055968-54.2018.8.26.0000: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 24/05/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 13 jun. 2018

²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2059499-51.2018.8.26.0000; 36ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 09/05/2018. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

previsibilidade, atentando contra ao princípio da segurança jurídica, com consequências desastrosas para todo o sistema.

Todavia, a evolução é necessária, ainda que gere, por um período, momentos de sofrimento e assim, vem mostrando a quebra de paradigmas e a ponderação dos interesses envolvidos, a fim de que os primados da Carta Magna, com relação à efetividade da tutela sejam alcançados, atendendo-se ao interesse do credor, da forma menos gravosa ao devedor, dando à este condição mínima de subsistência, à luz da dignidade da pessoa humana, sem contudo, deixar de entregar o bem da vida tutelado pela demanda executiva.

A ruptura de pensamento vem acompanhar as inovações legislativas do longo dos tempos que visam dar a tutela executiva meios efetivos de satisfação do crédito exequendo, através de um juízo de ponderação entre os direitos envolvidos, com o garantismo que se espera do Poder Judiciário.

Assim, em que pese a instabilidade instaurada neste momento, em confronto a essência da própria normativa processual, trazida pelos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, toda evolução do pensar do processo é válida quando se caminha para a efetividade do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É bem verdade que a lei protege as verbas de natureza salarial, colocando-as em condição de impenhorabilidade, exceto em hipóteses excepcionais (artigo 833, §2º do Código de Processo Civil), ao passo que visa garantir a subsistência do indivíduo, a luz da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Mas não se perca de vista que a lei protege igualmente o acesso à justiça pensando a partir de uma tutela efetiva, que tenha o condão de reparar o dano, previsto igualmente entre os princípios e direitos fundamentos, elencado no inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Além disso, a lei processual civil assegura o direito do credor, na forma do artigo 797 do Código de Processo Civil, embora clame ponderação com o modo menos gravoso ao devedor, na forma do artigo 805 do mesmo diploma legal. Ou seja, usa-se critérios de ponderação, a fim de dar equilíbrio a pretensão executiva, sem contudo, transformá-la em instrumento inócuo a satisfação da tutela creditícia.

No mesmo sentido, a redação contida no artigo 8º do Código de Processo Civil exige que ao aplicar o ordenamento jurídico, o Juiz atenda aos fins sociais e a exigência do bem comum, o que implica dizer que deve ponderar entre o direito do credor e do devedor, ainda que para tanto seja necessário, através de critérios de razoabilidade, proporcionalidade, razoabilidade, mitigar o direito de ambos, visando dar efetividade a solução da lide.

E isso implica dizer que se a impenhorabilidade das verbas de natureza salarial foi protegida pela lei, a tutela efetiva e o direito do credor também o foram, portanto, nenhum deles pode ser analisado de forma tão absoluta que não se possa, em juízo de ponderação, atender o direito de ambos os envolvidos.

E é essa a movimentação jurisprudencial que tem sido sentida, inclusive, como se viu, perante o Superior Tribunal de Justiça, onde se busca a ponderação entre a dignidade do credor, assegurando a sua subsistência e de sua família, sem deixar de atender ao direito do credor, igualmente assegurado como direito fundamental, quando pensado através do direito à efetiva tutela jurisdicional e do monopólio da Jurisdição.

Logo, em que pese o cenário de instabilidade e incoerência entre os julgados proferidos pelos tribunais pátrios, bem como, pela Corte Superior de Justiça, que impliquem neste momento em insegurança jurídica, violando-se flagrantemente a Carta da República, é de se reconhecer que o tema merece maiores digressões à respeito, e a movimentação da jurisprudência neste sentido caminha para a essência das alterações sofridas pelo Código de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Processo Civil ao longo dos anos, a fim de que o processo se faça instrumento efetivo de tutela dos direitos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 março de 2015.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658069&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1658069/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/11/2017, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1658069&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1714505/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 10/04/2018, **Diário da Justiça Eletrônico** 25/05/2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=penhora+verba+remunerat%F3ria+impenhorabilidade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 13 jun. 2018:

BRASIL. o Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.184.378-Rs. Relator Ministro Campos Marques, Quinta Turma, julgado em 13/11/2012, **Diário da Justiça Eletrônico** 20/11/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1184378&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 13 jun. 2018:

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e Não Fazer.** *Revista Ajuris*, Porto Alegre, v. 65, p. 13-30, nov. 1995.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 10 mar. 2007.

A SUSTENTABILIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO BRASIL

Janiara Maldaner Corbett¹

Luiz Eduardo Ribeiro Freyesleben²

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o acesso à Justiça, em geral, e os Juizados Especiais instituídos no Brasil pela Lei nº 9.099/95, em particular, sob o ângulo da Sustentabilidade, em suas variadas dimensões, e foi confeccionado pelo método indutivo³.

A ideia inicial é situar esse Sistema na sociedade pós-moderna e identificá-lo como o mais próximo que a realidade brasileira pôde concretizar em termos de Justiça popular. Os Juizados assim são considerados, em visão simplificadora, por versarem sobre causas de até quarenta salários-mínimos, não exigirem pagamento de custas processuais em primeiro grau de jurisdição - salvo hipóteses específicas - e contarem com procedimento diferenciado (sumaríssimo), mais célere, primando pela oralidade.

No esforço de contextualização, é inafastável o breve ingresso em temas tão atuais como globalização, pós-modernidade e crise do Estado Social. Seria ingenuidade crer que as transformações de nossa época fluida não repercutam na Justiça estatal, quer no concernente às demandas da

¹ Doutoranda e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-Graduada em Direito e Gestão Judiciária para Magistrados pela UFSC e Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera - UNIDERP.

³ “base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sociedade, quer nas respostas ofertadas pelo sistema. O Direito não é um compartimento hermético; está sujeito a um sem-número de interações.

As categorias⁴ básicas são: Estado; Sociedade Civil; Pós-Modernidade; Globalização; Acesso à Justiça.

A definição de Estado é inspirada em Norberto Bobbio: organização política que detém poder soberano de comando, centralizado, e que o exerce sobre um território bem delimitado e os indivíduos que o habitam⁵.

O conceito adotado de Sociedade civil “é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão”⁶.

Pós-modernidade é vista como o período inaugurado pela globalização, notabilizado pela intensificação do individualismo e da importância da informática, combinada com a retração da solidariedade e o desbotamento das utopias, no contexto do capitalismo financeiro⁷.

Globalização é aqui entendida como:

processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação comunicacional, da erosão do Estado nacional até a redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas

⁴ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática, p. 197).

⁵ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 20. Ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 122.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** fragmentos de um dicionário político, p. 44.

⁷ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal:** contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

como emigrantes, turistas ou refugiados ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado⁸.

Já acesso à Justiça é não só o direito de reclamar do Estado-Juiz a resolução de um litígio, mas o direito a uma ordem jurídica justa, que proporcione realidade socioeconômica equilibrada e assegure a todos uma parcela equitativa dos benefícios e riquezas produzidos pela vida em sociedade. As notas para esse esboço conceitual foram retiradas da obra de Pedro Manoel Abreu⁹.

1. TEMPOS HIPERMODERNOS: A CONTEXTUALIZAÇÃO DOS JUIZADOS IMERSOS EM MEIO LÍQUIDO

A história da humanidade não é retilínea. Sua dinâmica por vezes imprevisível desmente as previsões de seu término, como se os relógios houvessem parado¹⁰. É sempre uma temeridade vaticinar a conquista de uma supremacia imutável em qualquer tempo histórico. O Império Romano do Ocidente estendeu seu domínio por cerca de cinco séculos e as instituições feudais foram preponderantes no Velho Continente por quase dez séculos. O Absolutismo teve seu espaço nas sociedades europeias, capitaneadas pela nobreza e o clero. A emergência da burguesia, com paulatina aquisição de poder político para além do econômico, pôs fim às certezas de então e foi força motriz de um novo paradigma.

Com essa percepção de mutabilidade, Zizek comprehende o desenvolvimento e o progresso como “ [...] sempre desiguais, dando origem

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização, Fatalidade ou Utopia.** Coimbra: Edições Afrontamento, 2001, p. 33.

⁹ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma Justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, pp. 36/44.

¹⁰ FUKUYAMA, Francis. **No fim da história, a democracia continua de pé.** In: Wall Street Journal de 10.06.2016. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/artigos/no-fim-da-historiar-a-democracia-continua-de-pe>. Acesso em: 28 jul. 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a instabilidades e antagonismos e gerando expectativas que não podem ser realizadas”.

Há crises cíclicas que expressam um contínuo caminhar. Essas crises por vezes assinalam enormes rupturas, mas não são sempre e necessariamente nocivas. Também podem significar processos evolutivos de alta complexidade, permeados por incertezas. Bauman posiciona-nos em uma zona cinzenta, o *interregno*, com o exaurimento de um modelo, sem o nascimento de outro que o suceda¹¹.

Carlo Bordoni dá à crise algo de entidade abstrata, despersonalizada, talvez sinistra, própria de períodos de transição: “é o fator que predispõe à mudança, que prepara para futuros ajustes sobre novas bases [...]”¹². A crise atual, para ele, é financeira e reflete a descrença nas soluções do passado:

[...] Todo e qualquer prognóstico de solução é continuamente atualizado e, em seguida, adiado para outra data. Parece que nunca vai acabar.

Quando uma crise acaba, outra, que nesse ínterim chegou roendo nossos calcanhares, entra em cena e toma seu lugar. Ou talvez se trate da mesma imensa crise que alimenta a si mesma e muda com o tempo, transformando e regenerando a si própria como uma entidade teratogênica monstruosa. [...] Nós temos de aprender a viver em crise, assim como estamos resignados a viver com tantas adversidades endêmicas a nós impostas pela evolução dos tempos: poluição, barulho, corrupção e, acima de tudo, medo [...]¹³.

A Grande Depressão fez avultar a figura do Estado como bastião de uma sociedade em pânico. Esse Estado detinha soberania absoluta em seu território, combinando aptidão de decidir (política) com capacidade de

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

¹² BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016, pp. 9, 11/12.

¹³ BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**, p. 15.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

implementar decisões (poder) e avigorou-se no pós-guerra, sob a roupagem de Estado Social,

um Estado que protege todos os seus cidadãos dos caprichos do destino, de desventuras individuais e do medo das humilhações sob todas as formas (medo de pobreza, exclusão e discriminação negativa, saúde deficiente, desemprego, falta de moradia, ignorância), que assombraram as gerações pré-guerra¹⁴.

Mas o aumento das demandas sociais trouxe a reboque a incapacidade de cumprimento de promessas, motivo principal de sua passagem de herói dos desvalidos a um pesado e sonolento vilão. O mercado impôs-se, bradando palavras de ordem: privatização, desregulamentação, terceirização e flexibilização. Eram essas as receitas para um sociedade moderna, competitiva, com crescente acesso a bens duráveis e ao crédito. O término de um ciclo de euforia consumista, entretanto, metamorfoseou grossas fileiras da classe média naquilo que Bauman rotula de *precariado*¹⁵.

Se o Estado não é mais o mesmo, o mercado tampouco. O primeiro teve a soberania atenuada, com perda de poder e, logo, de capacidade de imposição de decisões em seu território, inclusive sobre o mercado. Já este último teve maximizada sua força natural, na forma de grandes corporações espraiadas pelo mercado mundial.

Diz-se que a globalização inaugura uma fase avançada da modernidade. A *modernidade líquida* de Bauman é transitória, superficial, dinâmica e incerta¹⁶. Lipovetski prefere o termo hipermodernidade, em que a vida dos cidadãos é regida por uma tecnoburocracia, à mercê de instituições

¹⁴ BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**, p. 17.

¹⁵ BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**, pp. 19/20.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

financeiras internacionais que se autoatribuem o monopólio das receitas técnicas para assegurar o bem-estar geral:

A sociedade que se ordena é aquela em que as forças da oposição à modernidade democrática, liberal e individualista já não são estruturantes, em que as grandes pretensões alternativas periclitaram. Em que a modernização já não encontra resistências organizacionais e ideológicas de fundo. Todos os elementos pré-modernos não se volatilizaram, mas eles próprios funcionam segundo uma lógica moderna desregulada e desinstitucionalizada. Mesmo as classes e as culturas de classes esfumam-se em benefício do princípio da individualidade autônoma. O Estado recua, a religião e a família privatizam-se, a sociedade de mercado impõe-se: apenas está em jogo o culto da concorrência econômica e democrática, a ambição tecnicista, os direitos do indivíduo. É colocada em órbita uma segunda modernidade desregulamentada e globalizada, sem opostos, absolutamente moderna, assente essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade: o mercado, a eficácia técnica, o indivíduo. Tínhamos uma modernidade limitada, agora temos aí os tempos da modernidade acabada¹⁷.

O pesquisador sustenta que essa etapa é a da depauperação das utopias, do hiperindividualismo, da egolatria, das vidas ditadas pelo desejo imediato (*aqui-agora*):

A partir da década de 80, e sobretudo 90 [século XX], um presentismo de segunda geração instaurou-se sustentado pela mundialização neoliberal e pela revolução das tecnologias da informação. Estas duas séries de fenômenos conjugaram-se para ‘comprimir o espaço e o tempo’, impulsionar a lógica da falta de tempo. Por um lado, os *media* eletrônicos e informáticos tornam possíveis as informações e as mudanças em ‘tempo real’, criando um sentimento de simultaneidade e de imediaticidade que deprecia sempre mais as formas de espera e de lentidão. Por outro, a influência crescente do mercado e do capitalismo financeiro colocou em xeque as visões a longo prazo do Estado em benefício

¹⁷ LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermódernos.** Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 56.

das performances a curto prazo, da circulação acelerada de capitais à escala global, das transações econômicas em ciclos cada vez mais rápidos¹⁸.

Para o filósofo francês, não temos um projeto mobilizador e por essa razão experimentamos, desnorteados, *A Era do Vazio*, perdidos no consumo de massas, crescentemente avessos a interações que não sejam as formatadas pelas redes digitais¹⁹.

2. O ESTADO DESNORTEADO: O MUNDO EM BUSCA DE TRILHOS E RESPOSTAS

O *Estado Desnorteado*, a meio caminho entre o ser e o não ser – aquele interregno de Baumann -, é produto da crise múltipla do Estado de Bem-Estar Social. Tem como características, no âmbito político, a retração de direitos sociais, a redução do poder político estatal, a escalada do economicismo, a relação disfuncional entre os poderes e a falta de confiança nas instituições públicas. No aspecto financeiro, a insuficiência de recursos contrasta com a plethora de demandas, uma das causas do declínio do Welfare State.

No campo filosófico, o valor solidariedade²⁰ definha e fragiliza os projetos de governança transnacional. Quiçá esteja nisso a maior ameaça a projetos civilizatórios equilibrados. Segundo Bolzan de Moraes,

A crise filosófica atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada esta no seu fundamento, a *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais ou sua construção insuficiente, das estratégias de políticas públicas a eles

¹⁸ LIPOVETSKY, Giiles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermoderinos**, p. 66.

¹⁹ LIPOVETSKY, Giiles. **A Era do Vazio:** ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Tradução de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Edições 70, 2013, pp. 83/86.

²⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal:** contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016, pp. 80/94.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

inerentes, bem como nas fórmulas interventivas
características deste modelo de Estado²¹.

Pedro Manoel Abreu, ao tempo que reaviva as bandeiras da Revolução Francesa, sinaliza a premência de realizar a fraternidade:

O século XXI, que inaugura um novo milênio, levanta a última bandeira da Revolução Francesa: a fraternidade. Nesse novo pórtico civilizatório impõe-se a solidariedade como um norte para as ações governamentais, empresariais e interpessoais. Nesse signo o foco da proteção dos direitos deve migrar do âmbito individual e voltar-se, categoricamente, ao coletivo. Nesse estágio sobrelevam os direitos inerentes à pessoa humana, não considerada particularmente, mas como coletividade; o direito ao meio ambiente, à segurança, à moradia, ao desenvolvimento. Impõe-se a consciência de que os direitos fundamentais apenas serão efetivamente assegurados quando também forem garantidos a todos. Enfim, é o tempo de concretizar o bem comum²².

Se a solidariedade não compuser a agenda mínima da sociedade e do Estado não haverá esperança de sucesso para quaisquer experiências integrativas e inclusivas. Se o outro não importa, porque só existe o indivíduo em si mesmo, não fará sentido estimular a construção de uma justiça acessível aos carentes. Não fará sentido, em última análise, a existência dos juizados especiais cíveis no ordenamento jurídico nacional.

3. GARANTIR A SUSTENTABILIDADE DOS JUIZADOS: A JUSTIÇA POPULAR NO CADAFALSO?

Na contemporaneidade, em que sempre são esperadas mais respostas em menor tempo, a Justiça tradicional, com seus dogmas e

²¹ MORAIS, José Luís Bolzan. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 48.

²² ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 37.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

formalismos, com sua cultura burocrática e litúrgica, dificilmente fará mais do que não corresponder às expectativas²³.

O acesso à Justiça e os Juizados Especiais são temas caros a este debate. Ambos, porque indissociáveis, estão ameaçados. Para preservar a credibilidade do sistema, nem legislador nem exegeta podem desviar-se das linhas-mestras justificadoras de sua criação e, por assim dizer, de seus traços de personalidade: aproximar o cidadão da Justiça, em particular o hipossuficiente – aquele cuja condição financeira não permitiria ingressar no aparato judicial ordinário, salvo, quem sabe, na posição de réu - ; proporcionar respostas céleres e eficientes; e disponibilizar a tutela de direitos por via procedural simples, sem os entraves do processo tradicional.

Um dos perigos está no *plano político*; na tendência de abandono da percepção de irrenunciabilidade da democracia. Conforme Pedro Manoel Abreu, a democracia²⁴ participativa²⁵ é inseparável do acesso à Justiça. A atenta observação da política internacional dá sinais de que em cenários de crise o extremismo ganha corpo. O desespero leva à busca de saídas messiânicas e soluções de força. É um estranho atavismo, em que a multidão sem rumo inadvertidamente repete equívocos históricos.

Os flertes antidemocráticos, que não são exclusividade de países periféricos como o Brasil, também contribuem para a disseminação de uma cultura segregatória. Nela, os Juizados Especiais instituídos pela Lei nº 9.099/95, como maturação dos antigos Juizados Especiais de Pequenas

²³ Para Luis Alberto Warat, "a história não se congela [...]. O Direito sólido da modernidade, chamado de normativismo, está sofrendo os embates da fluidez atual como concepção do mundo" (no prefácio de **Acesso à justiça e juizados especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, p. 18).

²⁴ Pedro Manoel Abreu, em **Acesso à justiça e juizados especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil, cita GARAPON, Antoine. **Les gardiens des promesses.** Paris, Odile Jacob, 1996, p. 45: "a justiça se torna um lugar em que se exige a realização da democracia" (p. 34).

²⁵ ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma Justiça cidadã no Brasil, p. 38.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Causas²⁶, tendem a ser tachados de justiça de segunda categoria, um sorvedouro de recursos materiais e humanos destinado a demandas irrelevantes.

Ainda no plano político – político institucional, diria -, o contraponto a isso está no paradoxo de que na generalidade das pesquisas de confiança no Poder Judiciário os Juizados Especiais despontam com as melhores avaliações. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que são menosprezados por boa parte dos próprios operadores jurídicos, agregam legitimidade à sua atuação.

No *plano econômico*, não se pode negar que o fenômeno da litigiosidade frívola é real. Ações que não seriam movidas na justiça tradicional, pela esqualidez do argumentos e do direito invocados, são vertidas nos juizados sem constragimentos. O fato de o art. 55, *caput*, da Lei nº 9.099/95 estabelecer isenção de custas e honorários advocatícios (sucumbenciais) em primeiro grau de jurisdição, exceto em casos de litigância de má-fé, de modo algum significa que os processos em marcha nos juizados não gerem despesas ao Estado. O dispêndio de recursos públicos não pode ser justificativa, porém, para o rechaço ao Sistema de Justiça Cidadã, senão para uma aferição criteriosa das demandas pelos magistrados. O balanceamento entre limitação de recursos e ações visivelmente infundadas já pode ser auferido no próprio ordenamento jurídico. O Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) é aplicável aos Juizados Especiais em caráter subsidiário e naquilo que for compatível com sua principiologia. A Lei Instrumental, após listar hipóteses de configuração de litigância de má-fé

²⁶ "No Brasil, a experiência dos Juizados de Pequenas Causas e mais recentemente dos Juizados Especiais – com proposta de tutela diferenciada ou de vias alternativas de tutela e modelos de justiça popular, participativa, democrática, e como expressão de justiça coexistencial, pondo em relevo a conciliação e engajando juízes leigos, árbitros e conciliadores –, tem servido de contraponto à justiça tradicional, contenciosa, de natureza estritamente jurisdicional, sabidamente saturada, onerosa e tardia" (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito, p. 349).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

(art. 80), prevê sanções ao *improbus litigator* no art. 81. Esse instrumento deve ser utilizado para coibir desvios no sistema.

Ressalva feita a respeitável e crescente orientação em contrário, entende-se que a cobrança de custas nos Juizados não é alternativa válida para a manutenção da Justiça Cidadã, por também transformá-la em justiça de quem pode pagar, desfigurando-a.

As ameaças estão, do mesmo modo, no *plano legal stricto sensu*. Alterações na Lei nº 9.099/95 promoveram um desvio de rota. Pensado precipuamente para pessoas físicas, em particular as carentes, o Sistema passou a admitir as microempresas, as sociedades de crédito ao microempreendedor e as pessoas jurídicas qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (art. 8º, II e III, da Lei nº 9.099/95, incluído pela Lei nº 12.126/09) e depois as empresas de pequeno porte (art. 8º, II, da Lei nº 9.099/95, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/14).

A realidade forense sentiu o impacto desse enxerto de novos legitimados ativos. Enormes parcelas das pautas de audiência foram comprometidas com ações de cobrança de serviços prestados por esses entes. É evidente que isso importa menor espaço para designações de audiência em demandas movidas por pessoas para quais o sistema originariamente foi pensado, por exemplo, consumidores insatisfeitos. Por conseguinte, segmentos sociais hipossuficientes precisam esperar mais, seja pela audiência em que terão oportunidade de compor com a parte adversa; seja, frustrada a conciliação, pela entrega da prestação juridicional.

No *plano interpretativo*, há o risco de que o sistema seja desvirtuado internamente, é dizer, pelo próprio Judiciário, ao perfilhar entendimentos contrários ao sentido e aos princípios dos Juizados. A formação legal-ortodoxa de parte dos operadores jurídicos, resistentes às peculiaridades da Lei nº 9.099/95, fazem-nos propensos a ordinizar o procedimento sumaríssimo, cuja rapidez e singeleza compõem a fórmula de seu sucesso.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Preocupa, por exemplo, que a diretriz de que todas as provas serão produzidas em audiência (art. 33, *caput*) venha sendo progressivamente contornada e que a possibilidade de inquirição de técnicos de confiança do juízo (art. 35, *caput*) esteja sendo confundida com a permissão de perícia formal.

A feitura de perícia nos Juizados goza de expressivo respaldo doutrinário e jurisprudencial, por interpretação alargada do dispositivo supracitado e de leitura não-sistêmica do art. 32, no que alude ao cabimento de todos os meios de prova moralmente legítimos.

Na prática, isso se traduz na inserção de fase anômala no procedimento sumaríssimo, que não fará mais jus a essa denominação. Como a Lei nº 9.099/95 não dispõe de modo específico a respeito, o juiz haverá de, na forma do art. 464 e seguintes do Código de Processo Civil: a) nomear perito especializado; b) fixar prazo para entrega do laudo; c) intimar as partes para, em 15 dias, arguir impedimento ou suspeição, indicar assistente técnico e apresentar quesitos; d) notificar o perito para formular proposta de honorários; e) intimar as partes para que então digam a respeito da proposta de honorários formulada, em mais 5 dias; f) finalmente arbitrar o valor dos honorários do experto; g) estabelecer quem arcará com esses honorários, lembrando-se da gratuidade de custas versada no *caput* do art. 55; h) oportunizar aos litigantes a apresentação de quesitos suplementares (art. 469, CPC); i) intimar as partes acerca da data designada para a perícia (art. 474, CPC); j) possibilitar, se a matéria não houver sido esclarecida à suficiência, a realização de segunda perícia (art. 480, CPC).

Não se esqueça, outrossim, de que a prática forense tem demonstrado não serem raros os casos de sucessivas recusas de peritos às designações efetuadas. A questão da perícia é apenas uma amostra de que o Sistema dos Juizados está acossado por todos os flancos.

A sustentabilidade do Sistema de Justiça popular depende, portanto, de atenta avaliação desses diversos planos (político, econômico,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

legal *stricto sensu* e interpretativo), a fim de que não se deixe aos carentes a dureza das soluções paralegais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos incontroláveis e contínuos da história, que nos conduziram à modernidade avançada, lançaram sociedade e Estado em um zona de transição. Pessoas e instituições ziguezagueiam por essa estação de baldeação hipermoderna.

A face dessa época estranha - iniciada com a globalização - é marcada pela incerteza, pela inibição das relação interpessoais diretas, pelo metamorfoseamento do capitalismo industrial em financeiro, pelo culto ao imediato, ao "eu", à estética e à competição (*winners x losers*). Estado e Direito sentem as trepidações desse tempo.

Quando em xeque o valor solidariedade, o acesso à Justiça volta à pauta e com ele todos os institutos pensados para torná-lo realidade, a exemplo dos Juizados Especiais normatizados pela Lei nº 9.099/95, como modelo de justiça popular.

Assegurar a sustentabilidade dos juizados – e mais propriamente dos especiais cíveis, objeto desse singelo estudo – depende da dissecação da crise multifária, em seus planos econômico, político, legal *stricto sensu* e interpretativo. Pressupõe também a compreensão dos fins sociais desse modelo, embebido pela ideia de que a distribuição de justiça é um estandarte ético, não um mero serviço remunerado (*justiça como mercado*), na perspectiva de uma democracia participativa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais:** o desafio histórico da consolidação de uma Justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Processo e democracia:** o processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

_____. **Jurisdição e processo:** desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. **Os juízes na mundialização:** a nova revolução do direito. Tradução de Rogério Alves. Lisboa, Instituto Piaget, 2005.

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

_____. **O Mal-Estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 20. Ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BORDONI, Carlo; BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise.** Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

FUKUYAMA, Francis. **No fim da história, a democracia continua de pé.** In: Wall Street Journal de 10.06.2016. Disponível em: <http://www.fronteiras.com/artigos/no-fim-da-historiar-a-democracia-continua-de-pe>. Acesso em: 28 jul. 2017.

LIPOVETSKY, Giiles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015.

_____. **A Era do Vazio:** ensaios sobre o individualismo contemporâneo. Tradução de Miguel Serras Pereira e Ana Luísa Faria. Lisboa: Edições 70, 2013.

MORAIS, José Luís Bolzan. As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Globalização, Fatalidade ou Utopia.** Coimbra: Edições Afrontamento, 2001.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Juizado Especial Federal:** contributo para um modelo democrático de justiça conciliativa. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

ZIZEK, Slavoj. **Problema no paraíso:** do fim da história ao fim do capitalismo. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

**APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE NO
JULGAMENTO DA ADI 3937 (AMIANTO)**

Ulysses Sbsczk Azis Pereira¹

Wagson Lindolfo José Filho²

INTRODUÇÃO

O meio ambiente deve ser considerado como bem a ser protegido pelas legislações para que o cidadão possa usufruir de uma melhor qualidade de vida. Neste viés, percebe-se que o meio ambiente sadio é um autêntico direito transindividual por ser um direito de todos, indistintamente, e reconhecido como uma obrigação social constitucional do Estado.

A questão ambiental constantemente é tema de julgamentos da pauta do Supremo Tribunal Federal, o que revela a importância da sustentabilidade no desenvolvimento econômico e social do país.

O dano ambiental perpetrado alastrase no meio social em que está inserida a vítima de contaminação de amianto, atingindo pessoas de seu convívio profissional e familiar. Neste diapasão, é possível falar que a exploração econômica deste produto exige não só uma política contundente de saúde pública como também uma atenção especial do judiciário no trato de questões advindas do desrespeito ao princípio da sustentabilidade.

É dizer que o desenvolvimento econômico é possível, desde que respeite a utilização moderada e responsável do meio ambiente, sem causar danos à higidez física da população.

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná (2013). Atua como advogado - Azis Advocacia.

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

No julgamento da ADI 3937³, que questionava a Lei 12.687/2007⁴ do estado de São Paulo, a qual proíbe a comercialização do amianto, a Excelsa Corte decidiu pela constitucionalidade desta legislação, declarando, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei federal 9.055/95⁵.

O presente artigo, portanto, tem como referente⁶, traçar um esboço argumentativo a respeito da dimensão social da sustentabilidade na proibição da utilização comercial do amianto, apontando o itinerário decisório utilizado pelo Supremo Tribunal Federal na declaração de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei federal 9.055/95⁷.

Quanto a metodologia adotada, seguem-se os ensinamentos de Pasold⁸, utilizando-se na fase de investigação, o método indutivo, e na fase de tratamento de dados o método cartesiano.

1. BASES DE APLICAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE

A concepção de sustentabilidade está intrinsecamente ligada à qualidade do que é sustentável, que por sua vez está associado com a possibilidade de uma determinada atividade humana prosseguir por um tempo indeterminado. Portanto, os conceitos de sustentabilidade e

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937** - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁴ BRASIL. Lei nº 12.684, de 26 de Julho de 2007. Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁵ BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.54.

⁷ Art. 2º O asbestos/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

⁸ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p.92.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sustentável estão vinculados à possibilidade de continuidade das atividades humanas ao longo de um tempo que transcende gerações.

No mesmo sentido, temos a lição de José Henrique Porto Silveira⁹:

Na gênese desta concepção, encontra-se também a impossibilidade de qual modo as garantias da sustentabilidade se manifestarão na prática, isto porque a longo prazo ou na medida do tempo indeterminado, muitos fatores são desconhecidos e imprevisíveis, sobretudo considerando também a persistência de um modelo econômico muito focado na produção e no consumo, ainda sem considerar limites.

O instituto da sustentabilidade necessariamente tem de ser analisado sob um viés poliédrico de desenvolvimento social e ambiental em prol do alcance do bem-estar da coletividade.

Assim, pode-se conceituar o princípio da sustentabilidade, de acordo com Juarez Freitas¹⁰, como aquele:

Princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

É preciso lançar mão de um conceito de sustentabilidade calcado na Carta da Terra, superando uma visão antropocentrista individual e retrógrada para se chegar a um conceito de governança sustentável na ética ecológica.

⁹ SILVEIRA, Organizador José Henrique Porto. **Sustentabilidade e responsabilidade social**. Belo Horizonte: Poisson, 2017. V. 3. Disponível em: <<http://www.poisson.com.br/livros/sustentabilidade/volume3/Sustentabilidade%20vol3.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade** – Direito ao futuro. Belo Horizonte: Editora, 2012, p.41.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Nesse sentido é o escólio de Bosselmann¹¹:

Na sua forma mais elementar, a sustentabilidade reflete a pura necessidade. O ar que respiramos, a água que bebemos, os solos que fornecem o nosso alimento são essenciais para nossa sobrevivência. A regra básica da existência humana é manter a sustentabilidade das condições de vida de que depende.

Como se pode entrever, o direito ambiental deve ser encartado como algo transversal, em que há um constante diálogo entre ecologia e economia, tudo com vistas a garantir um bem-estar coletivo calcado no uso sustentável dos recursos naturais.

Embora o conteúdo do princípio da sustentabilidade esteja historicamente direcionado às bases da produção nos modelos capitalistas liberais, esta noção deve ser ampliada para que os beneficiários do desenvolvimento sejam todos aqueles componentes bióticos e abióticos que garantirão a vida em plenitude, inclusive para as futuras gerações¹².

A temática é de extrema importância, uma vez que permite a reflexão sobre o uso sustentável do meio ambiente, sem se descurar das externalidades positivas e negativas advindas da economia de mercado.

Necessário fixar as bases ideológicas e normativas do Estado Socioambiental de Direito, justamente com a finalidade de garantir, de forma progressiva e elastecida, um patamar mínimo civilizatório, em termos ecológicos, para as futuras gerações.

Destarte, deve-se ter em mente a ideia fundamental de democracia ecológica local com o objetivo de contrapor à periferização. Repensar o nosso

¹¹ BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade.** Transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.25.

¹² CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí. Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2012, p.51. Disponível em: <<https://www.univali.br/vidanocampus/editoraunivali/ebooks/Documents/ecjs/Ebook%20012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>>. Acesso em: 24. jul. 2018.

estilo de vida e atentar para a construção de políticas públicas mais democráticas e inclusivas, sempre com o fim de superar problemáticas sociais e ambientais.

2. RISCOS AMBIENTAIS E SOCIAIS DO AMIANTO

Na esfera federal, a utilização do amianto é versada na Lei 9.055/95¹³, a qual proibiu a extração, a produção, a industrialização, a utilização e a comercialização de todos os tipos de amianto, com exceção da crisotila, vedando, quanto a essa espécie, apenas a pulverização e a venda a granel de fibras em pó. Por outro lado, houve a autorização expressa da extração, a industrialização, a utilização e a comercialização do amianto da variedade crisotila (asbesto branco).

O asbesto, ou amianto, fibra mineral abundante na natureza, vem sendo utilizado pelo homem desde o início da civilização. São fibras que apresentam grande resistência ao fogo e à abrasão mecânica e química, além de constituírem um material isolante acústico e térmico. Os primeiros relatos científicos relacionando a exposição a essas fibras com agravos à saúde foram publicados no início do século passado¹⁴.

Apesar de algumas leis estaduais em sentido contrário, como se pode perceber, a aludida lei federal permitiu a utilização, de forma restrita e condicionada, de uma das espécies de amianto.

É cediço que o amianto, sobretudo na sua forma branca (crisotila), é uma fibra mineral respirável e altamente tóxica, isto é, uma substância biopersistente (não biodegradável) que é extremamente perigosa para o organismo humano, podendo culminar em várias doenças graves, como, por exemplo, câncer de pulmão, mesotelioma e asbestose.

¹³ BRASIL. Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995.

¹⁴ TERRA FILHO, Mário; FREITAS, Jefferson Benedito Pires de; NERY, Luiz Eduardo. **Doenças asbesto-relacionadas**. Jornal Brasileiro de Pneumologia, v. 32, p. S112-S117, 2006, p. S 48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Conforme Giannasi¹⁵, podemos compreender a origem e o uso do amianto:

O conhecimento do amianto pelas suas propriedades de isolamento térmico e incombustibilidade é milenar. Não obstante, sua utilização em escala comercial teve início, efetivo, com a Revolução Industrial, diante das necessidades de sua utilização para o revestimento das máquinas a vapor, dadas suas qualidades e baixo custo, tanto que no ano de 1828, os Estados Unidos conseguiram a primeira patente – amianto - conhecida “como material isolante das máquinas a vapor”.

É uma substância altamente prejudicial, o que eleva a probabilidade de contaminação grave em seres vivos, causando um desequilíbrio no meio ambiente afetado. O benefício originado de sua exploração econômica é bastante inferior aos prejuízos causados, influindo, inclusive, em distribuição de recursos de políticas de saúde pública.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.917, o Ministro Dias Toffoli em seu voto, fez o seguinte apontamento:

É importante nós colocarmos que, quando nós temos produtos químicos utilizados no meio ambiente, geralmente, observamos a capacidade de algum micro-organismo transformá-lo em alguma outra molécula mais simples que possa ser, de certa forma, diminuída sua toxicidade. No caso do amianto, nós não temos essa situação. Então, ele não é degradado por mecanismos aquáticos e ele permanece na mesma forma como é colocado.¹⁶

No mesmo voto, o Ministro Dias Toffoli ressaltou:

¹⁵ GIANNASI, Fernanda. **Morte lenta. A exposição ao amianto ou asbesto como causa de câncer ocupacional no Brasil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6461/morte-lenta>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937** - Voto-Vista - Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/votoDTamianto.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Do ponto de vista, ainda continuando, do comportamento ambiental dele, ele não possui nenhuma afinidade por matéria orgânica ou inorgânica, ou seja, no momento que se coloca, não existe nenhuma possibilidade de esse material ser incorporado a alguma estrutura orgânica e faça com que ele permaneça mais imóvel, que ele permaneça - vamos dizer assim - isolado da questão ambiental. Ele permanece como ele mesmo por todo o tempo. Então, nós dizemos que ele não absorve as partículas do solo, ele não se absorve a nenhum outro componente do solo, ele não tem essa afinidade. Alguns têm algumas afinidades com "metais traços", compostos orgânicos. É bastante difícil encontrar isso, mas, de forma geral, o comportamento dele é dessa forma.¹⁷

Consoante estudos da Organização Mundial da Saúde, não há possibilidade de uso seguro da fibra, já que em todos os níveis de utilização existe considerável risco de contaminação por doenças graves, de modo que a única forma contundente de prevenção é justamente a proibição da utilização de todas as espécies de amianto.

"Os principais comprometimentos pleuropulmonares são: derrame pleural, espessamento pleural circunscrito ou placas pleurais, espessamento pleural difuso, atelectasia redonda, asbestose, câncer pulmonar e mesotelioma maligno de pleura"¹⁸.

Trata-se, portanto, de grave problema de saúde pública. O Estado é onerado com o tratamento do cidadão exposto indevidamente ao amianto, sobrecarregando os custos de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez.

Nessa seara, tem-se que "a luta pelo fim da utilização do amianto e das inúmeras doenças provocadas por ele configura-se em um movimento

¹⁷ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937** - Voto-Vista - Ministro Dias Toffoli.

¹⁸ TERRA FILHO, Mário; FREITAS, Jefferson Benedito Pires de; NERY, Luiz Eduardo. **Doenças asbesto-relacionadas**. p. S 48.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

político comprometido com a transformação social na busca por uma sociedade mais justa, igualitária e saudável” ¹⁹.

O Ministro Dias Toffoli, em seu voto na ADI 3.937, seguiu afirmando:

Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se naquela época na possibilidade do uso controlado dessa substância, hoje, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador²⁰.

Considerando os malefícios ocasionados aos profissionais no ramo da indústria e da construção civil, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, após vários estudos e recomendações sobre poluição no meio ambiente, resolveu adotar no ano de 1986 a Convenção nº 162²¹, tudo com o objetivo de prescrever as medidas a serem tomadas para prevenir e controlar os riscos, para a saúde, oriundos da exposição profissional ao amianto, bem como para proteger os trabalhadores contra tais riscos.

Assim, podemos perceber a aplicabilidade do princípio do retrocesso ecológico, na compreensão de Germana Belchior e Erika Duailibe:

O princípio da proibição do retrocesso ecológico, que se qualifica como um dos estruturantes do Estado de Direito Ambiental, imprescindível para efetivar os postulados e

¹⁹ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas:** uma questão de saúde pública. Ciênc. saúde coletiva, vol.8 n.4, São Paulo 2003, p. 910.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.937** - Voto-Vista - Ministro Dias Toffoli.

²¹ BRASIL. **Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.** Promulga a Convenção nº 162 Da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0126.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

as metas do novo paradigma estatal, haja vista que objetiva alcançar condições de vida sustentada não só para a presente geração, mas também para aquelas que ainda estão por vir, em consonância com a solidariedade²².

Na leitura da obra de Irina Mikhailova²³, podemos observar que há décadas atrás, não havia nenhuma preocupação com o meio ambiente:

Os economistas estavam pouco preocupados com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, pois, esperava-se que a humanidade entraria no chamado “século dourado” por meio do intensivo progresso tecnológico. Mas logo depois surgiu a consciência de que os problemas ambientais já haviam atingido um grau elevado de tensão, o que representava um verdadeiro desafio à sobrevivência da humanidade. Isso contribuiu para o desenvolvimento mais rápido dos estudos relacionados com conceito da sustentabilidade e de medidas de desenvolvimento sustentável.

Por outro lado, a proteção à saúde do trabalhador está alçada à categoria de direito fundamental da classe operária, conforme mandamento contido no art. 7º, XXII²⁴, da Constituição Federal. Assim, incumbe ao empregador fornecer um ambiente de trabalho sadio e indene de riscos, protegendo o empregado inclusive de atos inseguros que porventura possam surgir na prestação dos serviços.

²² BELCHIOR, Germana Parente Neiva; DUAILIBE, Erika Pereira. **Pós-modernidade e Estado de Direito Ambiental: desafios e perspectivas do Direito Ambiental.** XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/posmodernidade_e_estado_de_direito_ambiental_desafios_e_perspectivas.pdf>. Acesso em: 26. jul. 2018.

²³ MIKHAILOVA, Irina. **Sustentabilidade: evolução de conceitos teóricos e problemas da mensuração prática.** Economia e Desenvolvimento (Santa Maria), v. n.16. 2004, p. 26.

²⁴ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Pelo princípio do risco mínimo regressivo, todo empregador é obrigado a proporcionar a seus empregados a máxima segurança e higiene no trabalho, zelando pelo cumprimento dos dispositivos legais a respeito, protegendo-os especialmente contra as imprudências que possam resultar do exercício habitual da profissão, nos moldes do art. 157 da CLT.”²⁵

Nesse ínterim, a legislação infraconstitucional trabalhista protege, por meio de normas específicas ligadas de certa maneira à ideia de monetização dos riscos, todo trabalhador que executa suas funções em atividades insalubres ou perigosas, de forma a amenizar o impacto destas atividades na sua saúde.

Não é demais salientar que as enfermidades ocupacionais caracterizam-se por um estado patológico ou mórbido que cause perturbação funcional no trabalhador, isto é, tratam-se de processos danosos ao estado de saúde obreira.

Diferentemente do acidente típico, causado por ato súbito e externo ao trabalhador, as doenças relacionadas à exposição do amianto possuem cunho insidioso, afigindo de forma sintomática o individuo em sua higidez.

O art. 21, inciso I, da Lei 8.213/91²⁶, admite a existência de etiologia multicausal, albergando o conceito de concausa no ramo da infortunística, que nada mais é do que um fator laboral que tenha contribuído de forma direta e eficiente no desencadeamento da moléstia.

²⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde o trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 124.

²⁶ Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Em se tratando de doenças decorrentes da exposição ao amianto, que, normalmente, surgem após um período de latência prolongado não se pode pretender a fluência do prazo prescricional a partir da extinção do contrato de trabalho. Como enfermidade progressiva, e que, portanto, se agrava no tempo, somente flui com o conhecimento, pelo trabalhador, da origem e extensão dos danos que podem ocorrer, inclusive, apenas com a emissão de laudo pericial especializado.

Não é difícil concluir, portanto, que a contaminação por amianto possui nexo etiológico presumido. Desse modo, constatada a alteração pulmonar causada por inalação do produto, verifica-se a existência de doença ocupacional, sendo despiciendo averiguar se o empregado manipulava diretamente o produto.

A doença ocupacional pode provocar, entre outros, danos de conteúdo extrapatrimonial, que repercutem na esfera moral da vítima. Logo após a EC 45/2004²⁷, a justiça do trabalho passou a julgar ações de indenização por dano moral ou patrimonial decorrentes da relação de trabalho (artigo 114, inciso VI, da Constituição Federal²⁸), o que resultou no revolvimento de questões jurídicas afetas à saúde e segurança no meio ambiente trabalho contaminado pelo amianto.

Ato contínuo, de acordo com Tiago Fensterseifer²⁹:

A atuação participativa e deliberativa da sociedade civil e dos movimentos sociais no processo de formulação de decisões e vontade política é elemento fundamental para

²⁷ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

²⁸ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

²⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p.137.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a superação do momento de crise ambiental vivenciado contemporaneamente pela civilização do risco.

No mesmo entendimento, podemos constatar que:

A lacuna ou vácuo criado pela ausência de representação na esfera pública fez com que grupos de excluídos *pelo* e *para* o trabalho e outros grupos minoritários e discriminados pela prática do racismo ambiental – no nosso caso as vítimas do amianto – fossem se agrupando em torno de uma causa que lhes era comum, ou seja, a luta pela *reparação* dos danos sofridos (indenização) e pelo *banimento* de qualquer forma de utilização do amianto no Brasil e no mundo. E isso com um objetivo único, ou seja, evitar as mazelas provocadas por esse mineral, que destrói a saúde, e, consequentemente, a vida daqueles que se expõem a ele.³⁰

Tudo isso culminou na criação da “Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA, que tem, como função social, lutar para o banimento do amianto e conscientizar à população em geral, trabalhadores e opinião pública, sobre os riscos do amianto”³¹.

3. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3937

O Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 3937, que discutia o uso do amianto crisotila.

A ação constitucional seguiu calcada em conteúdo eminentemente normativo-jurídico, relacionado o suposto conflito de competência legislativa entre União e Estado, para regulação de matéria ambiental. Isso porque, não obstante a vigência da Lei Federal n. 9.055/95³², que disciplina e permite o uso de uma espécie desta substância, qual seja, o amianto crisotila, foi editada pelo Estado de São Paulo, no ano de 2007, a

³⁰ CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública.** Ciênc. saúde coletiva, vol.8 n.4, São Paulo 2003, p.908.

³¹ AMIANTO NO BRASIL. **Associação brasileira dos expostos ao amianto.** Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/o-amianto/amianto-no-brasil.html>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

³² BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995.**

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Lei nº 12.684³³, que proíbe completamente o seu uso direto ou indireto, diploma este, a que se direciona o questionamento da constitucionalidade, na ADI 3937-SP³⁴, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria, em face da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo³⁵.

O Supremo Tribunal Federal, mais precisamente no dia 24 de agosto de 2017 e por maioria, julgou improcedente ADI³⁶ 3937 ajuizada contra lei do Estado de São Paulo (12.684/2007)³⁷, a qual proíbe a utilização no território estadual de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto ou asbesto.

Conforme leciona Heloísa Borges e Valdir Fernandes³⁸:

A construção de uma nova racionalidade, a ambiental, apoiada na conjugação de critérios instrumentais e substantivos, na qual os limites da natureza sejam respeitados, surge como uma nova proposta para o enfrentamento do atual "status quo" estigmatizante. Sob a lente da racionalidade mostra-se relevante evidenciar como o conflito entre interesses econômicos e interesses socioambientais tem sido tratado nas decisões judiciais no Brasil, mais especificamente, no Supremo Tribunal Federal, que tem a missão precípua de guardar a Constituição.

Na mesma solenidade, ante a natureza ambivalente do controle de constitucionalidade, os ministros também declararam incidentalmente a

³³ BRASIL. Lei nº 12.684, de 26 de Julho de 2007.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937:** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

³⁵ SILVA, Cecília de Almeida. AJOUZ, Igor. **Audiências públicas na suprema corte brasileira.** Novas tendências para o diálogo social. Revista da AGU, v. 37. 2013, p. 141. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/35>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937.

³⁷ BRASIL. Lei nº 12.684, de 26 de Julho de 2007.

³⁸ BORGES, Heloísa Bot; FERNANDES, Valdir. **O uso do amianto no Brasil: o embate entre duas rationalidades no Supremo Tribunal Federal.** Ambiente & Sociedade (Online), v. 17, 2014, p.188. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2014000200012&script=sci_abstract&tlang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

inconstitucionalidade do artigo 2º da lei Federal 9.055/95³⁹, que permitia o uso condicionado do amianto na variedade crisotila no país.

Desse modo, com o julgamento da ADI 3937⁴⁰, o Supremo julgou inconstitucional o dispositivo da norma federal que autorizava o uso dessa modalidade de amianto, permitindo a competência legislativa plena sobre a matéria pelos Estados da Federação até que sobrevenha eventual nova legislação federal, nos termos do art. 24, §§ 3º e 4º, da Constituição Federal⁴¹.

O parâmetro de inconstitucionalidade, portanto, se deu por ofensa:
A) ao direito fundamental à saúde (art. 6º e 196, da Constituição Federal⁴²);
B) ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, da Constituição

³⁹ Art. 2º O asbesto/amianto da variedade crisotila (asbesto branco), do grupo dos minerais das serpentinas, e as demais fibras, naturais e artificiais de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim, serão extraídas, industrializadas, utilizadas e comercializadas em consonância com as disposições desta Lei. BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937.

⁴¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: § 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. § 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁴² Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Federal⁴³); e C) à proteção do meio ambiente saudável e equilibrado (art. 225, da Constituição Federal⁴⁴).

Apesar de ainda não ter sido publicado o acórdão, é possível denotar o apego da corte constitucional pelo princípio da sustentabilidade na exploração econômica do amianto:

Destarte, por uma interpretação teleológica da legislação constitucional, tem-se que é a utilização livre do amianto causa prejuízos ao meio ambiente como um todo, afetando não só os trabalhadores que laboram diretamente com o produto, bem como toda a comunidade local que sofre com os seus efeitos deletérios.

Ora, tal postura hermenêutica respalda a socialização dos riscos, garantindo à parte mais vulnerável da população, principalmente naquelas atividades laborais que envolvam risco extraordinário à incolumidade física e mental dos trabalhadores, a proteção de danos causados no meio ambiente.

Enfim, este julgamento do Supremo Tribunal Federal responde aos conclamos constitucionais maiores dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana no trato com o meio ambiente, tudo em respeito ao princípio da sustentabilidade, garantindo meios econômicos para a consecução de uma ordem jurídica justa e uma justiça efetiva de resultados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

⁴³ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

⁴⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque da representação argumentativa, deve fornecer uma tutela jurisdicional embasada em argumentos razoáveis e racionais, sempre em busca do fornecimento de um processo judicial justo e democrático.

O processo interpretativo, sob os influxos da jurisprudência de valores e do neo-constitucionalismo, adquire grande importância na resolução dos conflitos de interesses, tornando-se um mecanismo de concretização dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentir, a Corte Suprema, diante de casos que dizem respeito à proteção do meio ambiente (hard cases), como visto na questão da utilização do amianto, deve buscar resguardar os valores primordiais de um Estado Democrático de Direito, com a utilização de uma interpretação concretizadora e prospectiva.

Assim, este órgão julgador superior deve preferir aquelas normas mais condizentes com a dignidade da pessoa humana e com o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que condiz com uma postura de responsabilidade social e de respeito à sustentabilidade.

O juízo de ponderação merece especial destaque nos conflitos de normas econômicas e ambientais, já que, em última análise, cabe ao judiciário eleger o valor fundamental mais apropriado ao bem-estar populacional, sem desmerecer os demais, sempre em respeito à máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.

Como visto, hodiernamente, há certo consenso científico dos órgãos de proteção à saúde no sentido de se considerar a crisotila como elemento cancerígeno, não se admitindo o seu manejo de forma indene de riscos e plenamente segura. Portanto, isso confere mais respaldo de sustentabilidade ao julgamento da ADI 3937⁴⁵.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMIANTO NO BRASIL. **Associação brasileira dos expostos ao amianto.** Disponível em: <<http://www.abrea.com.br/o-amianto/amianto-no-brasil.html>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; DUAILIBE, Erika Pereira. **Pós-modernidade e Estado de Direito Ambiental: desafios e perspectivas do Direito Ambiental.** XIX Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI. 2010. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/posmodernidade_e_estado_de_direito_ambiental_desafios_e_perspectivas.pdf>. Acesso em: 26. jul. 2018.

BORGES, Heloísa Bot; FERNANDES, Valdir. **O uso do amianto no Brasil: o embate entre duas rationalidades no Supremo Tribunal Federal.** Ambiente & Sociedade (Online), v. 17, 2014, p.188. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-753X2014000200012&script=sci_abstract&tlang=pt>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937** - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Dias Toffoli. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937** - Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria e Governador do Estado de São Paulo e Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio.

Voto-Vista - Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/votoDTamianto.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.055, de 1 de Junho de 1995.** Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9055.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.684, de 26 de Julho de 2007.Estoado de São Paulo.** Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2007/lei-12684-26.07.2007.html>>. Acesso em. 20 ago.2018.

BRASIL. **Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991.** Promulga a Convenção nº 162 Da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0126.htm>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45, de 30 de Dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 22 ago. 2018.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade.** Transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. **A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública.** Ciênc. saúde coletiva, vol.8 n.4, São Paulo 2003, p.908. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v8n4/a13v8n4>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí. Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, 2012, p.51. Disponível em: <https://www.univali.br/vidanocampus/editoraunivali/ebooks/Documents/e_cjs/Ebook%202012%20GLOBALIZA%C3%87%C3%83O,%20TRANSNACIONALIDADE%20E%20SUSTENTABILIDADE.pdf>. Acesso em: 24. jul. 2018.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado democrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao futuro.** Belo Horizonte: editora, 2012.

GIANNASI, Fernanda. Morte lenta. **A exposição ao amianto ou asbesto como causa de câncer ocupacional no Brasil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 618, 18 mar. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6461>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

MIKHAILOVA, Irina. **Sustentabilidade: evolução de conceitos teóricos e problemas da mensuração prática.** Economia e Desenvolvimento (Santa Maria), v. n.16, p. 22-41, 2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/eed/article/view/3442>>. Acesso em: 26 jul. 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador.** 5. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 124.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SILVA, Cecília de Almeida. AJOUZ, Igor. **Audiências públicas na suprema corte brasileira. Novas tendências para o diálogo social.** Revista da AGU, v. 37, p. 129-159, 2013. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/35>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

SILVEIRA, Organizador José Henrique Porto. **Sustentabilidade e responsabilidade social.** Belo Horizonte: Poisson, 2017. V. 3. Disponível em:
<<http://www.poisson.com.br/livros/sustentabilidade/volume3/Sustentabilidade%20vol3.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

TERRA FILHO, Mário; FREITAS, Jefferson Benedito Pires de; NERY, Luiz Eduardo. **Doenças asbesto-relacionadas.** Jornal Brasileiro de Pneumologia, v. 32, p. S112-S117, 2006, p.48. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S18063713200600080009&script=sci_abstract>. Acesso em: 23 jul. 2018.

**AS CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E A POLÍTICA DO
DIREITO COMO “ANTÍDOTO” NORMATIVO ADEQUADO À
SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DOMINANTE**

Amadeu Elves Miguel¹

INTRODUÇÃO

De acordo com Cesar Pasold, “o surgimento do Estado Contemporâneo ocorreu na segunda década do século XX, em 1917, com a Constituição Mexicana, confirmado-se, logo em seguida, em 1919 com a Constituição Alemã de Weimar.”² Entretanto, este Estado que nasceu com o compromisso do “bem comum” ou “interesse coletivo” experimenta hoje uma Crise geral em todas as frentes. As Crises facilmente visíveis estão no campo Econômico, Ambiental, Social, Cultural e Político. Miguel Reale é categórico ao afirmar que “em nossa época vive-se uma Crise geral da cultura contemporânea, como reflexo da Crise de valores que se opera na civilização do ocidente, inclusive pelo impacto da ciência sobre a sociedade, alargando-se as bases de participação humana aos bens de vida”³, ou simplesmente à mercadorias de consumo, para usar uma expressão mais próxima a de Karl Marx.⁴

Boaventura de Sousa Santos também é bastante crítico em relação ao Estado Contemporâneo. Para este autor

a pobreza extrema de uma parte significativa e crescente da população mundial, o agravamento aparentemente irreversível das desigualdades sociais em virtualmente

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Especialista em Docência do Ensino Superior pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e Especialização avançada em Sistema Jurídico e Político Chinês na Universidade Nacional de Polícia da China (UNPC). Atua como Investigador, Assessor Jurídico, Funcionário Público e Docente Universitário.

² PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 4ª Ed. Rev. e Ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 52. [edição impressa comemorativa aos 50 anos de magistério do autor].

³ REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**: Introdução à Epistemologia Jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.188.

⁴ MARX, Karl. **O Capital**: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

todos os países, a degradação ambiental ambiental e a ausência de soluções credíveis para qualquer destes problemas, levam-nos a pensar que o que está verdadeiramente em crise é o modelo civilizacional no seu todo, isto é, o paradigma da modernidade ocidental.⁵

As reflexões feitas pelo Professor Paulo Márcio Cruz vão no mesmo sentido. Para Paulo Cruz

As últimas duas décadas do Século XX e a primeira do Século XXI registraram um estado de crise praticamente permanente. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, a economia, a tecnologia e a política. É uma crise de dimensões intelectuais, morais e espirituais. Uma crise de escala e premência sem precedentes na história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta.⁶

Mesmo em termos históricos, o séc. XX, por exemplo, considerado como um período de excepcionais conquistas da ciência, não terminou muito bem. À catástrofe das duas grandes guerras haviam-se seguido cerca de trinta anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social que mudaram de maneira profunda a sociedade humana. Suas três últimas décadas, no entanto, foram um período de decomposição, incerteza e Crise. Eric Hobsbawm considera que “a estrutura do breve séc. XX parece uma história de tríptico ou sanduíche histórico”.⁷ Diz ainda que

a uma Era de Catástrofes que - se estendeu de 1914 até depois da Segunda Guerra Mundial, seguiram-se cerca de 25 ou 30 anos de extraordinário crescimento econômico e transformação social, anos que provavelmente mudaram de maneira mais profunda a sociedade humana que qualquer outro período de

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**, p. 32 e ss.

⁶ CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. [recurso eletrônico]/Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 31.

⁷ HOBSBOWM, Eric. **A Era dos Extremos: O breve século XX/1914 - 1919**. Tradução de Marcos Santarrita, 2ª Ed., Reim. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 15.

brevidade comparável. [...]. Visto do privilegiado ponto de vista da década de 1990, o Breve Século XX passou por uma curta Era do Ouro, entre uma crise e outra, e entrou nun futuro desconhecido e problemático, [...].⁸

Portanto, a este momento, já estamos convencidos de que não restam dúvidas que a humanidade experimenta hoje uma Crise geral em todas as frentes, como reflexo da Crise de valores que se opera na civilização do ocidente, inclusive – o chamado paradigma da modernidade ocidental. Os Professores Maria da Graça dos Santos Dias, Moacyr Motta da Silva e Osvaldo Ferreira de Melo resumem muito bem estes tempos como de complexidade e de perplexidade, em que profundas crises – econômica, social, cultural, política abalam a Sociedade e o Estado contemporâneos.⁹

1 CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO

1.1 A crise econômica

Especificamente, na frente econômica, a Crise financeira de 2008 – a maior desde o colapso da Bolsa de York, em 1929 – quebrou os bancos, e seguradoras, trouxe vultosas perdas patrimoniais para acionistas, correntistas e poupadore, disseminou o pânico nos mercados de capitais, provocou desequilíbrios macroeconômicos internacionais, travou o crescimento de países desenvolvidos e em desenvolvimento e gerou altas taxas de desemprego.

José Eduardo Faria considera que “diante do desafio de reconstituir a economia global e estimular a demanda doméstica, os governos passaram a adotar políticas fiscais anticíclicas, pressionando os bancos centrais a

⁸ HOBSBOWM. Eric. **A Era dos Extremos**, p. 16

⁹ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito editorial, 2009, p. 12.

ampliar suas funções estabilizadoras e a discutir novas formas de controle dos mercados.”¹⁰

Maria da Graça dos Santos Dias, Moacyr Motta da Silva e Osvaldo Ferreira de Melo destacam que na época contemporânea a ética sucumbe ao *lucro* e ao mesmo tempo assiste-se a subjugação do poder político pelo econômico, sendo que a economia do mercado globalizada afeta as relações políticas e sociais.¹¹ Do mesmo modo, Theodor Adorno um dos fundadores da Escola de Frankfurt, anteriormente já havia tentando entender os processos de formação do homem na sociedade a partir da lógica da burguesia industrial para defender mudanças na estrutura social e concluiu que a consciência humana é dominada pela comercialização e banalização dos bens culturais - fenômeno batizado posteriormente de ‘semi-formação’. Afirma ele, que “há um processo real na sociedade capitalista capaz de alienar o homem das suas condições de vida.”¹² Assim, a dominação do econômico sobre todas as áreas da sociedade operou degradação ética e moral, como por exemplo, do *ser* para o *ter* e depois do *ter* para o *parecer ter*.

Por causa disso, assiste-se uma Crise geral, no qual, os cidadãos estão moldados de tal forma que façam um consumo imediato dos produtos a sua volta e que esses produtos durem somente o tempo necessário para que haja novo consumo, entrando-se assim num ciclo vicioso.¹³

1.2 A crise ambiental

Na frente ambiental, ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será instinto, antes pelo contrário a humanidade é que

¹⁰ FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32 – 33.

¹¹ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica**, 2009.

¹² ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.

¹³ Mais detalhes ver FISK, Peter. **O gênio do marketing**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 2006. Ver também PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva**: Técnicas para análise da indústria e da concorrência. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1980.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

corre real perigo. De acordo com Paulo Cruz, “o ecossistema global e a futura evolução da vida na Terra estão correndo sério perigo e podem muito bem resultar num desastre ecológico em grande escala [...]. ainda conforme Paulo Cruz

a deterioração de nosso meio ambiente tem sido acompanhada de um correspondente aumento nos problemas de saúde dos indivíduos. Enquanto as doenças nutricionais e infecciosas são as maiores responsáveis pelas mortes no Terceiro Mundo, os países industrializados são flagelados pelas doenças crônicas e degenerativas apropriadamente chamadas de “doenças da civilização.”¹⁴

No mesmo diapasão diz Juarez Freitas que “a gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais.”¹⁵ Igualmente, Noam Chomsky comenta que

importantes pesquisadores climáticos norte-americanos (...) divulgaram ‘as provas mais convicentes já reunidas’ de que as atividades humanas são responsáveis pelo aquecimento global. Esses pesquisadores previram grandes efeitos climáticos, de entre eles, a severa redução das fontes de água nas regiões que dependem de rios alimentados pelo derretimento das neves e geleiras. [...]. Na mesma ocasião, outros importantes pesquisadores apresentaram evidências de que o derretimento dos lençóis de gelo do Ártico, e da Groelândia vem causando mudanças no equilíbrio salino do mar que ameaçam fechar o Cinturão Termohalino Mundial, responsável pela transferência de calor dos trópicos para as regiões polares por meio das correntes marinhas, uma delas a Corrente do Golfo. Uma possível consequência desse processo é a significativa redução da temperatura na Europa.¹⁶

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio. Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade, p.

¹⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

¹⁶ CHOMSKY, Noam. **Estados Fracassados.** O abuso do poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 24.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Não muito tempo depois, especialistas em clima relataram o encolhimento da calota glacial polar e advertiram que os há muito tempo previstos “efeitos retroalimentadores no sistema já começaram a se consolidar”, à medida que a superfície expandida do oceano absorve energia solar em vez de refleti-la de volta ao espaço, assim acelerando a grave ameaça do aquecimento global.

Portanto, negar, nessa altura, os malefícios dos bilhões de toneladas de gases tóxicos (muitas das vezes com custos elevados) parece ser uma atitude despida de mínima científicidade. Provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear , que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua sobrevivência na terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante, compulsivo, pouco amigável e consumista.¹⁷

Esta crise planetária que se vive é atribuída aos padrões de consumo e ao crescimento material, apadrinhados pelos processos econômicos e de “capitalismo selvagem”. Andrei Cechin, esclarece que os economistas estudam tudo o que está dentro do processo (de produção), mas não percebem (talvez não queiram) que ele não seria possível sem a entrada dos recursos da natureza e a saída dos resíduos que lhe são devolvidos. E prossegue afirmando que “do ponto de vista material, a economia transforma bens naturais valiosos em rejeitos que não podem ser mais utilizados, não significando necessariamente que a função das atividades económicas seja a produção de resíduos.” O intuíto é a produção de mercadorias de consumo para a felicidade humana , o fluxo imaterial de bem-estar gerado pelo sistema. No entanto, nada garante que as gerações do futuro poderão ter acesso aos recursos e serviços da natureza semelhante ao que tiveram as gerações precedentes.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

1.3 Crise da ciência e do paradigma dominante

Referimos anteriormente que Miguel Reale é categórico ao afirmar que "em nossa época vive-se uma crise geral da cultura contemporânea, como reflexo da crise de valores que se opera na civilização do ocidente, inclusive pelo impacto da ciência sobre a sociedade."¹⁸

Em Um Discurso Sobre as Ciências, Boaventura de Sousa Santos trata da Crise do paradigma dominante e conclui que "o modelo de racionalidade científica [...], atravessa uma profunda crise."¹⁹ Defende que essa crise é não só profunda como irreversível e que os sinais nos permitem tão-só especular acerca do paradigma que emergirá deste período revolucionário mas que, desde já, se pode afirmar com segurança que colapsarão as distinções básicas em que assenta o paradigma dominante.²⁰

Mesmo em relação a ciência e ao conhecimento, Edgar Mourin diz-se "cada vez mais convencido da necessidade de uma reforma do pensamento, e portanto de uma reforma do ensino."²¹ Para ele, há uma fragmentação do conhecimento e sobre a qual é necessária uma mudança de paradigma para ir além das disciplinas. Considera ainda que

há inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre os saberes separados, fragmentados, compartimentados entre disciplinas, e, por outro lado, realidades ou problemas cada vez mais polidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais, planetários. Em tal situação, tornam-se invisíveis: os conjuntos complexos; as interações e retroações entre partes e todo; as entidades multidimensionais; os problemas essenciais. A hiperespecialização de fato, a impede de ver o global (que ela fragmenta em parcelas), bem como o essencial (que ela dilui). Ora, os problemas essenciais nunca são parceláveis, e os problemas globais

¹⁸ REALE, Miguel. **O Direito Como Experiência**, p. 188.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso Sobre as Ciências**. 16ª ed., Porto: Edições Afrontamento, 2010, p. 23 – 24.

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um Discurso Sobre as Ciências, p. 24.

²¹ MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita: Repensar a reforma e reformar o pensamento**. Tradução de Eloá Jacobina, 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Bertran Brasil. 2003, p. 9

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

são cada vez mais essenciais. Além disso, todos os problemas particulares só podem ser posicionados e pensados corretamente em seus contextos; e o próprio contexto desses problemas deve ser posicionado, cada vez mais, no contexto planetário. Ao mesmo tempo, o retalhamento das disciplinas torna impossível apreender “o que é tecido junto”, isto é, o complexo, segundo o sentido original do termo.²²

De modo que, quanto mais os problemas se tornam multidimensionais, maior a incapacidade de pensar sua multidimensionalidade; quanto mais a Crise progride, mais progride a incapacidade de pensar a crise; quanto mais planetários tornam-se os problemas, mais impensáveis eles se tornam.

Portanto, quando se fala da Crise da ciência e do paradigma dominante é importante não olvidar a Crise da educação, de tal sorte que o filósofo italiano Norberto Bobbio em sua obra *O Futuro da Democracia* fala de algumas promessas não cumpridas pela democracia, sendo a educação para a cidadania uma delas. Diz Bobbio que “nos dois últimos séculos, nos discursos apologéticos sobre a democracia, já mais esteve ausente o argumento segundo o qual o único modo de fazer com que um súdito se transforme em cidadão é o de lhe atribuir os direitos do cidadão.”²³

Assim, a educação para a cidadania surgiria no próprio exercício da prática democrática e no contexto de transformação e de mobilidade social. Contudo, a educação hoje se tornou uma ferramenta do processo de acumulação de capital e de estabelecimento de um paradigma que torna possível a reprodução do sistema de classes. Nesse viés, Lima observa que desde os últimos anos da década de 1990 há um processo de abertura do setor educacional como opção de investimentos de grupos empresariais

²² MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: Repensar a reforma e reformar o pensamento, p. 13.

²³ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia:** Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 6ª ed. paz e terra. 1986, p.43-44.

privados.²⁴ Mas a mercantilização da educação foi se afirmando a partir do fim da década de 1960 e início da década de 1970. A intensa queda na taxa de lucros das classes dominantes devido à crise e à saturação dos mercados consumidores mundiais, levaram a elite econômica a procurar novos ramos de mercado para valorizar o seu capital.

A estratégia da classe burguesa para contornar a Crise foi a política neoliberal, acentuando o princípio da liberdade de mercado. Portanto, o sistema capitalista visa à atividade educacional como instrumento econômico e ideológico. Assim, sua natureza em lugar de instrumento de emancipação humana, passa a estar vinculada ao destino do trabalho e do capitalismo. Todavia, enquanto a educação continuar sendo vista como mercadoria, as possibilidades de uma sociedade mais justa, ética, cidadã e democrática se esvaziam, o que no entender de Silva²⁵, representará, por um lado, o empobrecimento do conceito de educação enquanto processo de socialização e por outro, o esvaziamento e a Crise do seu sentido de coesão e viabilidade social.

2 A POLÍTICA DO DIREITO COMO “ANTÍDOTO” NORMATIVO ADEQUADO À SUPERAÇÃO DAS CRISES DO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DO PARADIGMA DOMINANTE

Apresentamos e ficou claro que a humanidade vive uma fase de Crises profundas, sem precedentes, em várias frentes, das quais destacamos a crise econômica, a Crise ambiental, a Crise da ciência e do paradigma dominante e a Crise ética e questões filosóficas. A esta fase de Crise do Estado Contemporâneo que se vive os Professores Maria da Graça dos Santos Dias, Moacyr Motta da Silva e Osvaldo Ferreira de Melo para além de classificarem-na como tempos de complexidade e de perplexidade,

²⁴ LIMA, Kátia R. de Souza. Organismos internacionais: o capital em busca de novos campos de exploração. In: NEVES, Lúcia M. W. (Org.). **O empresariamento da educação – novos contornos da educação superior no Brasil nos anos 1990**. São Paulo: Xamã, 2002, p.6.

²⁵ SILVA, Alex Sander da. **Fetichismo, Alienação e Educação como Mercadoria**. In: Revista Reflexão e Ação, Santa Cruz do Sul, v.19, n1, p.123-139, jan./jun. 2011.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

caracterizam como de transição.²⁶ Essa transição seria a ponte para unir tudo aquilo que se chamou Modernidade a um sistema em formação, ao que se tem denominado Pós-Modernidade.

Ora, diz Osvaldo Ferreira de Melo que "toda a transição se caracteriza pela presença simultânea de elementos da fase em declínio e de outros que emergem. Da convivência conflituosa entre esses elementos, surgem, a partir da consciência de que muitos conceitos do passado têm que ser reformulados para possibilitar a compreensão dos fatos novos."²⁷ No mesmo diapasão referem Maria da Graça dos Santos Dias; Moacyr Motta da Silva e Osvaldo Ferreira de Melo que "como toda fase transitiva no processo civilizacional de rupturas e substituições de modelos, esta que estamos vivendo tem suas origem em mudanças provocadas por sucessivas crises paradigmáticas."²⁸

Esteando-se nas palavras de Orlando Luiz Zanon Júnior²⁹, admitimos que uma empreitada visando a superação de um paradigma é excessivamente árdua, pela complexidade científica que este representa. Para este artigo consideramos a Política do Direito ou Política Jurídica como um paradigma normativo adequado para a mudança ou transição que se almeja, face as Crises do Estado Contemporâneo. Essa transição, nos dizeres de Osvaldo Ferreira de Melo,

não é apenas mais uma das mudanças setoriais. É a transição global de um sistema cultural complexo, de padrões civilizatórios que se foram caracterizando ao longo do tempo, eles mesmos formados por transições contínuas de sistemas particulares, como o político, o social, o econômico, o tecnológico, o jurídico e outros, para uma fase em que novos paradigmas começam a

²⁶ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica**, p. 81.

²⁷ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/UFSC, 1994, p. 18.

²⁸ DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. **Política Jurídica**, p. 81.

²⁹ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. (Tese de Doutorado). Itajai (SC): Universidade do Vale do Itajai, 2013, p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

formar-se com o desprestígio de alguns valores e o privilégio de outros.³⁰

Com efeito, no campo específico do direito, por exemplo, diz Osvaldo Ferreira de Melo que

o grau de autonomia que ganham as sociedades contemporâneas e a avançada experiência universal com as práticas democráticas e pluralistas não mais admitem a vigência de um direito positivo que seja impermeável às mudanças culturais e às conquistas sociais, ou seja, de um direito que reflita apenas o voluntarismo do legislador e do juiz.³¹

Portanto, a Política do Direito, descomprometida com fórmulas e paradigmas em perecimento, estará engajada com esse novo pensar e participará da realização de novas utopias carregadas de esperanças. Para isso, na esfera do pensamento de Osvaldo Ferreira de Melo, é preciso que sejam recuperadas e privilegiadas duas áreas da Filosofia que a modernidade relegou em favor da lógica e do método, que são a ética e a estética, não como categorias estanques de saber acadêmico, aprisionadas por regras eivadas de restrições, mas como elementos universais de harmonia da convivência humana.³² O direito e a política na transmodernidade poderão estimular as estratégias necessárias para a autonomia das pessoas e da sociedade, a fim de que estas tenham possibilidade de ser criativas e de buscar razões mais profundas de viver.

Ainda em conformidade com Osvaldo Ferreira de Melo,

não é demais insistir que a ética, a política e o direito são expressões diferenciadas mas interagentes da conduta humana. Cabe a ética decidir qual seja a resposta sobre o que é moralmente correto, direito, sobre o que é racionalmente justo e à política, sobre o que seja socialmente útil. Não há pois que, necessariamente, ocorrerem conflitos insanáveis nessas três vertentes de

³⁰ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 18.

³¹ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 17.

³² MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 19.

padrões de conduta, se o sentimento e a idéia fundantes de todas elas forem o reconhecimento e a permanente valorização dos direitos fundamentais do homem. Cada vez mais vai se percebendo que o discurso ético é o único capaz de iluminar os significados da ação humana, ajuizando-lhe os correspondentes créditos e descréditos. Mas é preciso reconhecer que também isso deva ocorrer quando essa ação esteja a serviço do poder.³³

A ruptura da ética com a política tem possibilitado a justificação do totalitarismo, da tirania e de outras manifestações patológicas da práxis política. Acreditamos porém que, se levadas na devida conta as representações do mal e do bem que ocorrem no imaginário social como critérios de julgamento aos resultados do agir, poderão elas corporificarem-se em normas de justiça legitimadas na ética. Esse direito novo, surgido a partir de tais fundamentos, poderá vincular novamente a política à ética e por certo terá condições de construir paradigmas de democracia sem relativismos ou condicionalidades.³⁴

E mais, é sabido que as crises podem surgir pela ruptura no constituído, especialmente as crises de legitimidade e aquelas provocadas pela desorganização de padrões culturais tradicionalmente estabelecidos. Assim, se entende que a desorganização dos padrões da cultura rural, com a inadaptabilidade do homem do campo à complexidade da vida urbana, possa produzir novos paradigmas. O que não se pode deduzir é que estejam as suas as suas lideranças necessariamente comprometidas com a garantia dos ideiais do humanismo jurídico e da realização do Estado de Direito.³⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para concluir e conforme foi visto, a sociedade contemporânea e o sistema mundial em geral estão a passar por processos de transformação social muito rápidos e muito profundos que põem definitivamente em causa

³³ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 58-59.

³⁴ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 59.

³⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da Política Jurídica**, p. 80-81.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

as teorias e os conceitos, os modelos e as soluções anteriormente considerados eficazes para diagnosticar e resolver crises sociais.

No campo ambiental, a compreensão científica da mudança climática é hoje suficientemente clara para justificar uma ação imediata. É vital que todas as nações identifiquem medidas adequadas em termos de custo-benefício que possam tomar agora de modo a contribuir para a redução substancial e a longo prazo da emissão líquida global de gases de efeito estufa. No campo econômico, são muitas as razões que no momento atual questionam a lógica do crescimento econômico. Por um lado, sofremos crises de várias índoless, tais como econômica, financeira, ecológica, social, cultural e por outro, o aumento dos rendimentos per capita nas últimas décadas aconteceu em paralelo com uma aparente diminuição do grau de satisfação com a vida. Na questão da ciência, a mercantilização da educação se afirma como realidade a partir da Crise estrutural do capital e da própria crise ética contemporânea. Para estes todos acontecimentos que denominamos por Crises do paradigma dominante ou do Estado Contemporâneo, que resultam da interatividade de uma pluralidade de condições, distinguindo entre condições sociais e condições teóricas, propomos a Polítia do Direito como um paradigma normativo adequado para a mudança ou transição que se almeja. Essa transição, conforme vimos, de acordo com Osvaldo Ferreira de Melo é a transição global de um sistema cultural complexo, de padrões civilizatórios que se foram caracterizando ao longo destes tempos, nos campos político, social, econômico, jurídico e outros.

Resumindo em jeito de fecho, a tarefa da Política do Direito não é de natureza descriptiva, mas sim configurada num discurso prescritivo comprometido com a necessidade de configurar-se um ambiente onde se desenvolvam formas saudáveis de convivência³⁶, pois, só assim, será possível ultrapassar algumas crises da nossa época.

³⁶ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Temas Atuais de Política do Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor/CMCJ-UNIVALI, 1998, p. 65.

**ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018**

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. Dialética do Esclarecimento. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1985.
- BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 6ª ed. paz e terra. 1986.
- CHOMSKY, Noam. Estados Fracassados. O abuso do poder e o ataque à democracia. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.
- CRUZ, Paulo Márcio. Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade. [recurso eletrônico]/Paulo Márcio Cruz, Zenildo Bodnar; participação especial Gabriel Real Ferrer. Dados eletrônicos. – Itajaí: UNIVALI, 2012.
- DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da; MELO, Osvaldo Ferreira de. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.
- FARIA, José Eduardo. O Estado e o direito depois da crise. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- HOBBSBOWM. Eric. A Era dos Extremos: O breve século XX/1914 - 1919. Tradução de Marcos Santarrita, 2ª Ed., Reim. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JAEGER, Werner Wilhelm. Paidéia: A formação do homem grego. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LATOUCHE, Serge. O desafio do decrescimento. Trad: António Viegas. Lisboa: ipiageteditora, 2006.
- LIMA, Kátia R. de Souza. Organismos internacionais: o capital em busca de novos campos de exploração. In: NEVES, Lúcia M. W. (Org.). O empresariamento da educação – novos contornos da educação superior no Brasil nos anos 1990. São Paulo: Xamã, 2002.
- MARX, Karl. O Capital: Crítica da economia política. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: Repensar a reforma e reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina, 8ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Bertran Brasil. 2003.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

PASOLD, Cesar Luiz. Função Social do Estado Contemporâneo. 4ª Ed. Rev. e Ampl. Itajaí: UNIVALI, 2013. [edição impressa comemorativa aos 50 anos de magistério do autor].

REALE, Miguel. O Direito Como Experiência: Introdução à Epistemologia Jurídica. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 9ª Ed. Rev e aum. Coimbra: Almedina, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um Discurso Sobre as Ciências. 16ª ed., Porto: Edições Afrontamento, 2010.

SCHUMPETER, Joseph Alois. Teoria do desenvolvimento econômico – uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e ciclo econômico. São Paulo: Ed. Nova Cultura Ltda, 1997.

SILVA, Alex Sander da. Fetichismo, Alienação e Educação como Mercadoria. In: Revista Reflexão e Ação, Santa Cruz do Sul, v.19, n1, p.123-139, jan./jun. 2011.

VAZ, Henrique Cláudio. Ética e Direito. Edições Loyola, São Paulo, 2002.

AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS COLETIVOS: POSSIBILIDADES E LIMITES DA APLICAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS

Ana Lídia Silva Mello Monteiro¹

INTRODUÇÃO

Uma das grandes virtudes da nova codificação processual civil apontada por diversos estudiosos da doutrina é a sua característica de abertura e diálogo com outros sistemas processuais. Especialmente no que toca às normas fundamentais do novo Código de Processo Civil, de fato é possível identificar o intuito do legislador em consolidar os princípios constitucionais relacionados ao devido processo legal, como o contraditório e a ampla defesa, a duração razoável do processo e a efetividade da jurisdição, o dever de publicidade e fundamentação das decisões etc. E nesse intuito, torna-se oportuno analisar com que intensidade as normas fundamentais estatuídas no CPC-2015 têm poder de irradiar-se para outros sistemas, como, no caso em estudo, o microssistema da tutela coletiva.

Desta forma, o presente trabalho dá enfoque à norma fundamental prevista no art. 3º do CPC-2015, que positiva o sistema de justiça multiportas, caracterizado por oferecer ao cidadão que acessa o sistema de justiça diversas alternativas de métodos de resolução de seus litígios, rompendo com a primazia da jurisdição, compreendida como meio heterocompositivo de solução de disputas.

Estabelecido o sentido do sistema multiportas e sua base principiológica, prossegue-se na investigação acerca da viabilidade de aplicação desse sistema às demandas que versam sobre direitos ou interesses

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes e Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Latino-Americano de Direito Social. Atua como Juíza Federal Substituta.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

transindividuais, as quais, como sabido, são regidas pelo microssistema da tutela coletiva.

Neste ponto, são analisados e superados alguns dos principais argumentos que sustentam a inviabilidade de tal aplicação, concluindo-se que, a rigor, inexistem óbices quanto à adoção do sistema multiportas perante os litígios envolvendo a tutela coletiva. Destacam-se, outrossim, quais as vantagens proporcionadas por tal adoção, no que concerne à consecução do objetivo de uma tutela efetiva dos direitos transindividuais.

Na sequência, em contraponto, são abordados alguns dos limites que necessitam ser observados quando da adoção de métodos consensuais de resolução de disputas envolvendo direitos transindividuais. Tais observações são necessárias a fim de que não se perca de vista a característica da indisponibilidade desses direitos e o foco que deve se dar à adequação desses meios autocompositivos para a resolução de cada caso e a real proteção do direito em jogo.

A metodologia adotada no presente estudo é indutiva, compondo-se a análise do ordenamento jurídico vigente à luz da doutrina, explorando-se as categorias adotadas no que toca aos seus conceitos e alcances, para, afinal, consolidar-se a sustentação da tese proposta.

1. DO SISTEMA MULTIPORTAS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A OBTENÇÃO DA MELHOR SOLUÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS

Consoante vem sendo reconhecido pela doutrina processualista, um dos grandes avanços do novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015 - em prol da concretização dos direitos através da priorização de um processo efetivo foi a afirmação do sistema de justiça multiportas, cuja regra-matriz está prevista no art. 3º da referida lei².

² Lei 13.105/2015, Art. 3º: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O sistema multiportas, ou *multidoor courthouse system*, em seu idioma de origem, é construção jurídica norte-americana, concebida pelo professor Frank Sander em um congresso realizado na faculdade de Direito de Harvard no ano de 1976³, que consagra a adoção de meios alternativos de resolução de disputas – tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação – como opções dotadas do mesmo grau de prioridade que a opção da solução adjudicada.

De acordo com a inteligência do art. 3º do CPC-2015 e seus parágrafos, é determinado ao Estado que este permita às partes litigantes buscar, sempre que possível, meios consensuais para a solução de suas controvérsias, tais como a conciliação, a mediação ou mesmo a arbitragem, oferecendo alternativas à solução adjudicada.

Evidentemente, os métodos consensuais não consistem em novidade no ordenamento pátrio, porém, como afirma João Luiz Lessa Neto,

O que é novo é o impulso decisivo pela implementação dessas técnicas, desenvolvidas por pessoal próprio e profissionais habilitados (mediadores e conciliadores), como parte da justiça civil e a preocupação em direcionamento das disputas para o meio mais adequado à sua solução. A novidade está na preocupação em efetivamente *resolver* os conflitos⁴.

A intenção da norma, portanto, é clara: conduzir as partes à adoção do meio mais idôneo - isto é, mais adequado - para a solução da controvérsia

métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Pùblico, inclusive no curso do processo judicial".(BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018).

³ Conforme extraído em nota da obra de Didier e Zaneti Jr., em DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 334

⁴ NETO, João Luiz Lessa. **O novo CPC adotou o sistema multiportas!!! E agora?!** In: Revista de Processo - vol. 244 - Jun / 2015. Disponível em: <http://www.mspj.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rpro_n.244.17.PDF>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

posta em juízo. É o que a doutrina identifica como a implementação do princípio da adequação⁵. Parte-se da premissa de que existem vantagens e desvantagens na utilização de cada um dos processos de solução de conflitos e oferece-se ao interessado as diversas opções existentes.

Interessante a observação de Marinoni et al. quanto às razões do legislador para adotar o termo "métodos de solução consensual de conflitos", em lugar da nomenclatura tradicionalmente adotada, qual seja, "métodos alternativos de resolução de disputas":

O CPC reconhece que, muitas vezes, a forma adequada para a solução do litígio pode não ser a jurisdicional. [...] Nessa linha, o Código corretamente não alude à arbitragem, à conciliação e à mediação e a outros métodos como meios alternativos, mas simplesmente como métodos de solução consensual de conflitos. Embora tenham nascido como meios alternativos de solução de litígios (*alternative dispute resolution*), o certo é que o paulatino reconhecimento desses métodos como meios mais idôneos em determinadas situações [...] fez com que se reconhecesse a necessidade de alteração da terminologia para frisar semelhante contingência⁶.

Veja-se, nesse contexto, que a partir da positivação do princípio da adequação, a lei reconhece que a solução adjudicada, unilateralmente produzida pelo julgador de modo a estabelecer certo e errado, vencedor e vencido, muitas vezes se mostra insatisfatória para a efetiva resolução da controvérsia. Como defende Diogo Assumpção Rezende de Almeida:

A atividade jurisdicional, no entanto, ainda que auxiliada por um processo que possibilite a eleição de vários ritos previstos em lei, encontra limitações justamente na falta

⁵ Nas palavras de Diogo Assumpção Rezende de Almeida: "A escolha do mais eficiente e apropriado método de composição observa, pois, um princípio, aqui denominado de princípio da adequação, cuja observância leva os disputantes a elegerem o mecanismo que representa o mais adequado instrumento para a solução do conflito surgido entre eles". (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos**. Revista de Processo . Vol. 195/2011 . p. 185 - 208 .Maio / 2011. p. 192)

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo, 2017: Revista dos Tribunais. p. 158

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de flexibilidade desses ritos e na criatividade controlada da atividade decisória do juiz, que deve ater-se aos limites do pedido e às fórmulas legais de provimento judicial. [...] A postura adversarial e a consequente necessidade de dar razão a uma das partes eliminam uma análise que possibilite encontrar a alternativa que, antes de indicar vencedores e perdedores, atenda aos interesses de todos.

Logo, o propósito do princípio da adequação, consolidado no sistema multiportas, é oferecer os instrumentos de auxílio à composição dos litígios que confirmaram aos interessados os melhores resultados no que toca à sua solução, conforme as suas especificidades.

Cabe observar que tal propósito, na medida em que proporciona aos interessados a materialização de seus direitos aliada à pacificação social, assemelha-se, sob o ponto de vista teleológico, ao propósito da efetividade da jurisdição por meio do processo cooperativo, exposto no art. 6º do CPC⁷ - muito embora tal dispositivo, ao utilizar a expressão "decisão de mérito" tenha aplicabilidade mais voltada ao método heterocompositivo de solução do conflito.

A adoção do sistema multiportas baseado no princípio da adequação como regra geral no processo civil representa, portanto, inegável avanço para a consecução de um sistema de justiça mais efetivo em seu papel de concretização de direitos e resolução eficaz dos litígios.

Resta aferir, a seguir, de que forma se pode vislumbrar o aproveitamento de tal sistema em prol dos processos regidos pelo microssistema da tutela coletiva – a qual, vale dizer, necessita manter diálogo com o CPC, como será exposto adiante.

⁷ "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva." (BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018).

2. APLICABILIDADE DO SISTEMA MULTIPORTAS À TUTELA COLETIVA

A legislação infraconstitucional que regulamenta os diversos instrumentos processuais de proteção aos direitos transindividuais abrange algumas leis de caráter nuclear, abarcando também dispositivos ou outras leis esparsas, que versam sobre a matéria.

Trata-se do que a doutrina denomina “microssistema da tutela coletiva”. As leis nucleares desse microssistema, de acordo com entendimento dominante, seriam: a Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) e a Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Sucede que, tal legislação, em virtude de sua longa vigência (até mesmo anterior à Constituição de 1988) e incompletude no que toca a especificidades procedimentais, necessita ser complementada e ter sua aplicação aperfeiçoada através de outras normas processuais, as quais, em sua maioria, estão previstas no Código de Processo Civil – CPC, fixando regras e princípios gerais do processo, ritos, medidas executivas, recursos etc.

A respeito da função do novo CPC – Lei 13.105/2015 - em relação ao microssistema da tutela coletiva, Didier e Zaneti Jr elucidam:

O CPC-2015 tem, portanto, função organizadora, flexível e aberta em relação ao microssistema, sem contudo, contrariar as normas próprias da tutela coletiva, que devem ser preservadas. Tanto é assim que a própria norma da ação popular determina: "Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação⁸.

É nesse cenário que a entrada em vigor do novo CPC com suas inovações e uma diferente abordagem acerca do processo, suscita novas

⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4.** Salvador: JusPodivm, 2015. p. 125

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

discussões no que toca ao inevitável diálogo de fontes existente em relação ao microssistema da tutela coletiva. Ainda segundo os autores:

A relação com o microssistema passou a ser de mão dupla, em um vaivém do núcleo para a periferia (centrífuga) e da periferia para o núcleo (centrípeta). A eficácia do CPC sobre esse microssistema deixou de ser exclusivamente supletiva, subsidiária ou residual e passou a ser, também, direta.⁹

E, especificamente no que toca ao sistema de justiça multiportas – que como visto, enfatiza inexistir ordem de preferência quanto aos métodos de resolução do litígio a serem adotados – cabe perquirir se tal concepção pode ser aceita no âmbito da tutela coletiva, sobretudo quanto aos litígios que versem sobre os direitos reputados indisponíveis, porquanto, conforme expressamente enunciado no Código Civil, art. 841, “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”¹⁰.

À primeira vista, à luz do dispositivo legal, seria possível afirmar que, no que toca a direitos transindividuais indisponíveis, como por exemplo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CRFB), não se admitiria a resolução das demandas através dos meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

A questão, todavia, parece já superada pela doutrina, porquanto, numa análise mais detida, verifica-se que a referida regra aplica-se às relações específicas do Direito Civil, podendo haver relações de outras naturezas, como de Direito Administrativo, nas quais direitos fundados no interesse público (indisponíveis) podem vir a ser transacionados, valendo aqui destacar que a transigibilidade não significa, necessariamente, renúncia

9 DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4. pp. 61, 62

10 BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ao direito, e sim, possibilidade de troca e, no dizer de Luciane Moessa de Souza, "muitas vezes, aliás, com vantagens para o interesse público"¹¹.

A respeito da diferenciação entre "transigibilidade" e "disponibilidade", Souza ainda pontua:

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer, uma vez mais, que não existe identificação entre "disponibilidade" e "transigibilidade". A disponibilidade de um bem ou direito, como se sabe, é atributo, por exemplo (mas não exclusivo), do direito de propriedade e, como tal, inclui desde o poder de vender [...] até o poder de doar, pura e simplesmente, o bem, renunciando a ele em definitivo.

Se a disponibilidade inclui, assim, a possibilidade de transacionar com o bem, ela vai muito além, pois abrange a possibilidade de a ele renunciar.¹²

Nesse sentido, portanto, é que se conclui que, o fato de o direito ser indisponível não leva, necessariamente, à conclusão de que ele deva ser intransigível; até porque a transigibilidade pode tratar de outros aspectos que não exatamente do objeto do direito (o qual, sendo indisponível, não pode ser renunciado), e sim de condições de tempo, lugar e forma de concretização deste.

Ressalte-se, ademais, que muitas vezes a dificuldade em se admitir métodos consensuais de resolução e disputas nas ações coletivas (e também nas ações individuais) se deve à resistência de origem cultural e/ou educacional dos representantes das instituições atuantes nesses processos.

De modo geral, é possível identificar que a formação jurídica dos profissionais ainda é muito arraigada ao modelo adversarial, sendo tímida a

11 SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 171

12 SOUZA, Luciane Moessa de. Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na esfera administrativa e judicial. p. 170

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

abordagem, em cursos de Direito, de matérias relacionadas à negociação, arbitragem e métodos autocompositivos de solução dos conflitos.

Assim, comumente o desconhecimento técnico e a cultura da litigância se mostram como verdadeiros obstáculos à iniciativa dos sujeitos processuais favorável à resolução consensual¹³. Lessa Neto, nesse sentido, é preciso em seu diagnóstico:

As faculdades de Direito, permeadas pelo paradigma legalista e científico, passam ao aluno a noção de que o conflito é, para o direito e para o jurista, um problema exclusivamente jurídico, a ser resolvido com a aplicação da lei. Nessa perspectiva tradicional, que o NCPC busca superar, ao Judiciário não importa o conflito, mas, tão somente, resolver a lide processual. Este é um paradigma arraigado em nosso Direito e no processo civil.

É curioso observar que num curso como o de Direito, em que os profissionais trabalham eminentemente tentando convencer uns aos outros, não exista, no Brasil, espaço nas grades curriculares para o ensino dos valores, técnicas e habilidades da negociação, diretamente ou com o apoio de mediadores e conciliadores, e dos fundamentos do instituto da arbitragem. Trata-se de uma lacuna notável nos cursos jurídicos¹⁴.

Como se pode ver, portanto, não há, objetivamente, fatores impeditivos à utilização da proposta do sistema multiportas no âmbito da tutela coletiva.

Pelo contrário, o estímulo à adoção dos meios consensuais de solução de disputas na esfera dos direitos transindividuais vem sendo

13 NETO, João Luiz Lessa. **O novo CPC adotou o sistema multiportas!!! E agora?!** In: Revista de Processo - vol. 244 - Jun / 2015. Disponível em: <http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rpro_n.244.17.PDF>. Acesso em: 26 ago. 2018.

14 NETO, João Luiz Lessa. **O novo CPC adotou o sistema multiportas!!! E agora?!** In: Revista de Processo - vol. 244 - Jun / 2015. Disponível em: <http://www.mppsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rpro_n.244.17.PDF>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

apontado como vantajoso, por incrementar a celeridade para encerrar os conflitos e possibilitar soluções criativas e mais flexíveis, em termos de operacionalização do cumprimento das obrigações legais. É o que Souza destaca:

Não obstante seja inegável o impacto da utilização dos meios consensuais na redução do prazo para solução da controvérsia, é oportuno salientar também, desde logo, que uma das maiores vantagens de se viabilizar o caminho consensual é o fato de permitir que as partes envolvidas construam uma solução efetivamente compatível com seus legítimos interesses e necessidades – a qual, se pode (e algumas vezes, deve, como no caso dos conflitos envolvendo entes públicos) ter em conta parâmetros jurídicos, propicia, além de uma criativa interpretação conjunta da norma, que sejam levados em conta também outros interesses legítimos que as normas jurídicas aplicáveis eventualmente não foram capazes de captar¹⁵.

Vale pontuar, ademais, que a solução consensual de controvérsias na tutela coletiva, ao menos em âmbito extrajudicial, já tem previsão legal desde a inclusão, pela Lei 8.078/90, do §6º ao art. 5º da Lei 7.347/85, que prevê a possibilidade de celebração do compromisso de ajustamento de conduta por parte de órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública.

Trata-se de instituto cuja definição e natureza jurídica são amplamente debatidos na esfera doutrinária, mas que, inegavelmente, possui o elemento consensual como seu pressuposto, mostrando-se como meio alternativo à deflagração da ação judicial, apto a pôr termo a alguma lesão a direito transindividual mediante comprometimento do responsável em ajustar sua conduta.

¹⁵ SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos coletivos: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. p. 44

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A proposta de comunicação entre o microssistema da tutela coletiva com o sistema multiportas, porém, vai mais além em termos de possibilidades para as partes envolvidas, eis que viabiliza a realização de métodos consensuais como a conciliação e a mediação no bojo de ações coletivas ou mesmo fora delas¹⁶.

Tal é a conclusão de Didier e Zaneti Jr.:

Com estas observações, podemos afirmar que é possível aplicar, então, por analogia, o regramento da autocomposição aos chamados direitos coletivos (*lato sensu*), basicamente, mas não só, pelas seguintes razões, enumeradas pela doutrina: a) no momento em que se reconhece constitucionalmente a tutela dos direitos coletivos, não se pode impedir a efetivação deles, cerceando a atuação de quem por eles compete lutar, especialmente se a autocomposição se mostrar o meio mais adequado; b) a indisponibilidade não será afetada, na medida em que visa, com a autocomposição, a sua maior efetivação; c) a efetivação dos direitos exige sua concretização mediante interpretação e aplicação do direito ao caso concreto¹⁷.

Sem prejuízo, uma vez admitido-se tal comunicação, é oportuno tecer breve abordagem sobre quais seriam as suas limitações, notadamente em se tratando de tutela de direitos indisponíveis, que, como visto, guardam a característica da irrenunciabilidade.

¹⁶ A respeito da realização de acordos extrajudiciais de natureza distinta dos compromissos de ajustamento de conduta, vale citar a novidade introduzida pela Lei 13.140/2015, chamada “lei da mediação” que dispõe, entre outros aspectos, sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, e dedica um capítulo para tratar da autocomposição em que são partes pessoas jurídicas de Direito Público, prevendo a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos nos órgãos da Advocacia Pública, as quais podem celebrar, além de compromissos de ajustamento de conduta, outras formas de acordo. Trata-se de norma que reforça o sentido de incorporação do sistema multiportas à esfera da tutela coletiva. (BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018)

¹⁷ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4. p. 337

3. LIMITES À APLICAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS NA TUTELA COLETIVA

Ao se tratar da adoção do sistema multiportas no âmbito da tutela coletiva, embora se considere como salutar e favorável para a obtenção de melhores resultados na resolução de disputas em torno dos interesses transindividuais, alguns cuidados devem ser observados.

Não se pode olvidar o fato de que, além de tais interesses serem titularizados por grupos determinados ou indeterminados de pessoas, que estarão representadas em juízo por órgãos ou entidades legitimadas os quais devem respeitar os limites de sua representação, a grande maioria dos direitos tutelados coletivamente é de natureza indisponível – como se dá no caso do direito ao meio ambiente. Neste aspecto, no que toca ao direito ambiental, Marcelo Abelha Rodrigues acentua:

Obviamente que dada a indisponibilidade do direito ao equilíbrio ecológico, é incogitável a possibilidade de que algum legitimado possa dispor ou reduzir o referido direito, e, mesmo que isso venha a ser feito tal ato será, nesta parte, absolutamente ineficaz pela simples regra de que não se pode dispor do que não te pertence, ou não se pode dispor aquilo que não admite disposição dada a essencialidade dos bens ambientais.¹⁸

Assim, o entendimento pacífico da doutrina é no sentido de que o direito material objeto da demanda não pode ser renunciado, seja porque o direito em si tem natureza indisponível (como o direito ao meio ambiente), seja porque a legitimidade extraordinária conferida às entidades para representar o interesse de um grupo não autoriza a que esses legitimados renunciem ao direito sobre o qual a ação se fundamenta.

Como esclarece Fausto Luciano Panicacci:

¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 157

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

No sistema de legitimação extraordinária o legitimado, embora agindo em nome próprio, defende interesse alheio. Por isso, apesar de ter a disponibilidade sobre os aspectos processuais do litígio - podendo dele tratar na via judicial ou extrajudicial, celebrar acordo em juízo ou firmar termo de compromisso de ajustamento, propor ou não propor a ação coletiva - não tem disponibilidade sobre seu "conteúdo material".¹⁹

É o que Didier e Zaneti Jr. esclarecem: "Os direitos do grupo são tutelados em juízo pelos colegitimados, sendo indisponíveis para os colegitimados, daí não se admitir sua renúncia - os colegitimados não possuem legitimação extraordinária material"²⁰.

A legitimação *ad causam*, inclusive, deve ser um importante aspecto a ser aferido pelo juízo ao homologar um acordo celebrado em matéria de direitos transindividuais. A título de exemplo, os citados autores ilustram:

Por exemplo, se o acordo versar sobre danos ambientais nos quais se discuta para além da responsabilidade da empresa a responsabilidade do Estado e dos órgãos de fiscalização por omissão ou comissão a representação adequada por parte do Estado pode estar prejudicada, havendo conflito de interesses, pois o acordo pode ser indevidamente antecipado para fins de salvaguardar a responsabilidade do próprio Estado em ações futuras de responsabilidade.

É importante, registrar, que a legitimidade para a celebração do acordo (judicial ou extrajudicial) se submete às mesmas exigências de "representatividade adequada", exigidas no enfrentamento da legitimidade *ad causam*.²¹

¹⁹PANICACCI, Fausto Luciano. Compromisso de ajustamento de conduta: teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2017. p.33

²⁰DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4. p. 337

²¹DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4. p. 355

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Outro cuidado que se deve observar quanto à utilização de métodos consensuais de resolução de disputas na tutela coletiva é em relação à sua adoção como mero instrumento de celeridade e finalização de discussões judiciais, independente de ser o meio mais apropriado à discussão posta em juízo.

Nesse sentido, encarar a autocomposição como panaceia para resolver as crises de congestionamento dos serviços judiciais seria subverter por completo o propósito do sistema de justiça multiportas, que é conferir a cada tipo de conflito o meio de solução mais adequado, de modo a concretizar o direito material e promover a pacificação social.

Na tutela coletiva, especialmente, há que se prezar os valores que embasam a admissibilidade dos meios consensuais, apontados por Didier e Zaneti Jr. como:

[...] a) o incentivo, aos grupos e aos colegitimados, à participação e elaboração da norma jurídica que regulará os casos; b) o respeito à liberdade de conformação das suas situações jurídicas e dos seus interesses, concretizada no direito ao autorregramento; c) a percepção de que pela participação pode-se chegar a uma justiça mais adequada, célere e duradoura, do ponto de vista coexistencial, em matérias complexas e litígios nos quais o comportamento das partes precisa ser monitorado para além da decisão judicial que põe fim ao processo²².

Em suma, para que a adoção do sistema multiportas e dos métodos autocompositivos se faça legítima no plano da tutela dos direitos transindividuais, não se pode perder de vista a natureza dos direitos envolvidos, as limitações decorrentes da legitimação extraordinária inerente à sua defesa judicial e, por fim, a adequação em si dos métodos adotados para atingir a resolução efetiva do conflito e a proteção dos direitos.

²² DIDIER JR., Freddie; ZANETI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4. p. 356

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Observadas tais balizas, há que se reconhecer que a integração do microssistema da tutela coletiva com o sistema multiportas proporciona novos horizontes às demandas coletivas, especialmente aquelas em que restou inevitável o caminho da judicialização - pois que no campo extrajudicial, a celebração do compromisso (ou termo) de ajustamento de conduta (art. 5º, §6º da Lei 7.347/85) é um caminho consensual eficaz para reconduzir à legalidade situações violadoras de direitos transindividuais.

Dessa forma, sobretudo nos casos em que a celebração de termo de ajustamento de conduta não é possível, ou, uma vez celebrado, restou inadimplido, levando o conflito à judicialização, faz-se possível encontrar outras saídas, diferentes da heterocomposição a partir de um comando judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pôde demonstrar, a aplicação do sistema multiportas, introduzido como uma das normas fundamentais pelo novo CPC, ao processo coletivo é plenamente possível, não se identificando qualquer incompatibilidade nesse diálogo de fontes.

Como também foi exposto, tal aplicação é capaz de trazer contribuições no mister de conferir maior proteção aos direitos transindividuais, uma vez que oferece alternativas autocompositivas que podem abreviar as discussões e proporcionar soluções criativas e mais flexíveis quanto a aspectos como tempo e modo de cumprimento das obrigações relativas à concretização desses direitos.

Logicamente, em se tratando de direitos indisponíveis em sua maioria, a adoção de métodos consensuais de resolução de disputas na tutela coletiva terá de ocorrer com observância à limitação da irrenunciabilidade dos direitos que são objetos das pretensões, até mesmo porque, inevitavelmente, sua defesa será exercida por legitimados extraordinários que não detêm o poder de renunciar a esses direitos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Outro cuidado cuja observância foi destacada diz respeito à utilização consciente das autocomposições, sempre avaliando-se sua adequação ao tipo de conflito existente em cada caso e sua eficácia para promover a real proteção dos direitos.

Tendo em conta tais limites e cautelas, conclui-se que a aplicação do sistema multiportas, com suas diversas opções de meios para solucionar as disputas, trará avanços e significativas contribuições para que o microssistema da tutela coletiva seja apto a proteger com mais efetividade os direitos fundamentais de natureza transindividual consagrados em nossa Constituição.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos.** Revista de Processo - vol. 195/2011 - pp. 185/208. Mai / 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 26 ago. 2018.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo. V.4.** Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NETO, João Luiz Lessa. **O novo CPC adotou o sistema multiportas!!! E agora?!** In: Revista de Processo - vol. 244 - Jun / 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rpro_n.244.17.PDF>. Acesso em: 26 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

PANICACCI, Fausto Luciano. Compromisso de ajustamento de conduta:
teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente. São Paulo:
Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental.** Salvador:
JusPodivm, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Meios consensuais de solução de conflitos
envolvendo entes públicos: negociação, mediação e conciliação na
esfera administrativa e judicial.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

**COMPRAS PÚBLICAS: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA EFETIVAR A
SUSTENTABILIDADE**

Janaíne Rodrigues Beckhauser Curzel¹

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza²

INTRODUÇÃO

A crise ambiental é a primeira crise do mundo produzida pelo desconhecimento do conhecimento, pela concepção científica do mundo e pelo domínio tecnológico da natureza que geram um equívoco quanto ao crescimento econômico ilimitado³.

Tal crise impulsionou a ideia de compatibilizar o progresso, mas com a redução dos impactos negativos sobre o meio ambiente, o qual foi denominado de desenvolvimento sustentável. Buscou-se não mais a dominação do homem sobre a natureza, mas sim um conjunto de colaboração, oportunizando, neste tear, o nascimento do Estado Socioambiental de Direito⁴.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pela Universidade da Região de Joinville. Pós-graduada em Direito Processual Civil (Univali) e Direito Constitucional (Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal). Atua como assessora de gabinete no Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

² Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”. E-mail: mclaudia@univali.br.

³LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. 11. ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2015.

⁴ Trata-se de um Estado em cuja ordem constitucional a proteção ambiental ocupa lugar e hierarquia fundamental, resultando que, na promoção dos direitos prestacionais, a preservação das condições ambientais passa a balizar as ações estatais e as políticas públicas, vez que permitirão a existência digna das gerações futuras. In WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A partir dessa perspectiva pode-se abordar o conceito sustentabilidade, não somente no viés ambiental, mas uma realidade que busca um equilíbrio entre desenvolvimento econômico, social e ambiental.

A sustentabilidade consta definitivamente das agendas governamentais de forma global, não estando as organizações públicas alheias a tal fato. Inclusive, elas desempenham importante papel e uma significativa contribuição no que diz respeito ao impacto de suas ações no ambiente frente a sua condição de grandes consumidoras, geradoras de resíduos e demandantes de muitos recursos.

Neste sentido, o setor de compras tem um papel importante, pois toda a cadeia de consumo está atrelada a este, não sendo diferente a sua importância dentro do Poder Público. O presente estudo tem a pretensão de sugerir uma solução jurídica com o potencial escopo de orientar condutas futuras no âmbito estatal, qual seja: utilizar o critério da sustentabilidade como fator decisivo e preponderante nas compras públicas.

Tal pretensão é decorrência direta do estudo de caso a seguir detalhado.

Assim, este artigo tem como objeto a análise das compras públicas e o reflexo na efetivação da sustentabilidade. Logo, o objetivo da pesquisa é discorrer sobre o ordenamento normativo e principiológico que embasam a pesquisa acerca das compras públicas como contribuição para efetivar a sustentabilidade. Desata com: As compras públicas podem efetivar a sustentabilidade? Há responsabilidade socioambiental do poder público e responsividade na governança ambiental quando realiza compras públicas?

ambientais e da atuação do Poder Judiciário. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013. p. 259-260. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1119/839>

Acesso em: 26 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Espera-se com este estudo fomentar a adoção do critério da sustentabilidade como decisivo nas atividades desempenhadas por um órgão público, bem como analisar acerca da responsabilidade socioambiental do poder público e sua responsividade na governança ambiental. Quanto a metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva.

O case utilizado como parâmetro para auferir o impacto do critério da sustentabilidade como fator preponderante nas compras dentro de um órgão público brasileiro é aquele debatido a seguir.

Contextualizando, trata-se da aquisição de papel A4 do tipo reciclado branco, produzido à base de fibras extraídas da reciclagem do bagaço de cana de açúcar, em substituição ao produto reciclado convencional na cor palha utilizado anteriormente, decorrido da necessidade de adequação do padrão de cor do papel nas digitalizações dos documentos para juntada nos processos digitais em implantação.

Vamos tomar como exemplo, em relação a valores, resumidamente a compra anual de papel A4 para todo o TJSC (1º e 2º grau)⁵

Tabela 1 – Projeção de despesas para papel A4

Papel A4	1º grau (82%)	2º grau (18%)	Total
Quantidade estimada	14.400	65.600	80.000
Custo papel convencional	R\$ 210.816,00	R\$ 960.384,00	R\$ 1.171.200,00
Custo papel reciclado	R\$ 230.400,00	R\$ 1.049.600,00	R\$ 1.280.000,00

OBS: Foram utilizados os valores da última aquisição de papel reciclado do TJSC e da média de aquisições em SC extraída do portal Painel de Preços.

Fonte: Elaborado pela autora, 2018, conforme documento 513624/2017, liberado no processo administrativo n 39701/2017.

⁵TJSC. **Processo administrativo n. 39701/2017:** sistema de processo administrativo. Disponível em:
<https://spa.tjsc.jus.br/spa/processo/localizar/ver_processo.jsp?tr=1527074075994526&ev=1527162791538276>. Acesso em: 28 jun. 2018.

As vantagens da utilização do papel A4 produzido a base de fibras extraídas de bagaço de cana de açúcar são relevantes pois é um produto ecologicamente correto⁶, que utiliza os resíduos da indústria do açúcar e do álcool como matéria prima, ao contrário do papel convencional, que utiliza celulose obtida da extração de árvores oriundas de plantações de eucalipto.

Ainda, sobre o referido produto, argumenta-se outra vantagem, qual seja, a madeira de reflorestamento necessita em média de 7 anos para estar apta ao seu fim, ao contrário do bagaço de cana, abundante e constante, pois o ciclo médio da cana é de dezoito meses, conforme informações obtidas na Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA.⁷ Ainda, pode ser citado como fator positivo a redução da utilização de gigantescos espaços de terra na monocultura de árvores exóticas que agredem o meio ambiente e interferem no ecossistema.

Assim, dever-se-ia primar pela escolha dos produtos em observância aos critérios de sustentabilidade e à análise crítica e comparativa das opções de mercado.

1. COMPRAS PÚBLICAS: MARCO REGULATÓRIO E LOGÍSTICA.

A preservação da qualidade do meio ambiente como mecanismo de manutenção da saúde das atuais e futuras gerações é um compromisso global que prescinde da colaboração de todos para uma reversão necessária da caótica situação ambiental do planeta Terra. Nesse contexto, a solidariedade entre o poder público e a coletividade para a preservação ambiental se torna urgente e necessária diante da crise ambiental causada pelo descuido com elementos essenciais para a manutenção da vida, como a preservação da

⁶GCE PAPEIS. **Papel de bagaço de cana-de-açúcar:** porque o papel de cana-de-açúcar é um produto sustentável. Disponível em: <<http://www.gcepapeis.com.br/index.php/sustentabilidade/porque-o-papel-de-cana-de-acucar-e-um Produto-sustentavel.html>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

⁷SIFAEG - SINDICATO DA INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE ETANOL DO ESTADO DE GOIÁS. **Cana-de-açúcar.** Disponível em: <<http://www.sifaeg.com.br/noticias/cana-de-acucar-8/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

qualidade da água, do ar, da terra dentre outros fatores sem os quais se torna inviável a vida de todos os seres.

O poder público como ente, gestor, consumidor e corresponsável pela proteção ambiental tem o dever de desenvolver instrumentos normativos e administrativos de forma a realizar uma gestão ambiental condigna com sua dimensão e visando a sustentabilidade.

A sustentabilidade consta definitivamente das agendas governamentais de forma global. As organizações públicas desempenham importante papel e uma significativa contribuição no que diz respeito ao impacto de suas ações no ambiente frente a sua condição de grandes consumidoras, geradoras de resíduos e demandantes de muitos recursos.

A eficiência, preconizada no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), como um dos princípios da Administração Pública impõe ao Poder Público o papel de indutor de novos padrões comportamentais e a relevante tarefa de mostrar que as suas ações administrativas e procedimentos internos estão voltados à sustentabilidade.⁸

A Carta de 1988 trouxe, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a menção expressa ao dever de licitar, incluído no inciso XXI do art. 37, que trata dos princípios e normas gerais da Administração Pública. Também em outras passagens, notadamente no inciso XXVII do art. 22 e no *caput* do art. 173, §1º, III e do art. 175, verifica-se a atenção dispensada pelo constituinte originário ao procedimento de contratação do Estado.⁹

⁸BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018a.

⁹BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018a.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Assim, imperioso fomentar a adoção de critérios de sustentabilidade nas contratações e compras, inclusive quando um setor do órgão público necessita comprar diretamente, podendo-se valer da dispensa prevista no artigo 24, II, da Lei n. 8666/93. Pretende-se, considerando a visão sistêmica do órgão, fomentar a ideia de desenvolver e implementar as compras públicas sustentáveis, em todos os setores de uma repartição pública, para estabelecer e acompanhar práticas de sustentabilidade, racionalização e qualidade que objetivem uma melhor eficiência do gasto público e da gestão dos processos de trabalho, num conceito de governança sustentável¹⁰.

Importante ressaltar que foram atualizados, pelo Decreto 9.412/18 (que entrou em vigor dia 19 de julho de 2018) os valores para licitação de obras e serviços de engenharia nas modalidades convite, tomada de preço e concorrência, assim como para a realização de compras e contratação de serviços não incluídos no inciso I do art. 23 da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações), e em consequência, alterou os valores exigidos no I e II do art. 24 da Lei Federal n. 8.666/93. Em resumo, no caso de contratação de obras e serviços, o teto para dispensa é de R\$ 33.000,00 (trinta e três mil reais), e, para aquisições e demais serviços, de até R\$ 17.600,00 (dezessete mil e seiscentos reais).¹¹

10 Governança Ambiental pode ser considerada uma larga escala de estruturas e processos políticos, econômicos e sociais que modelam e constrangem o comportamento de atores em direção ao meio ambiente. (...) refere-se aos múltiplos canais pelo s quais os impactos humanos do meio ambiente são ordenados e regulados. NEWELL, Peter J. Businnes and international environmental governance: the state of art. In: LEVY, David J. & NEWELL, Peter J.The business of global environmental governance. Cambridge, London, The MIT Press, 2005. pág. 3. in FLORES, Guilherme Nazareno. et al. Governança Socio Ambiental como instrumento para a implantação de uma gestão integrada e sustentável de resíduos sólidos urbanos na região da Foz do Rio Itajaí. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, p. 24. 2012. Disponível em: <<https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2164/1/Guilherme%20Nazareno%20Flores.pdf>.> Acessado em: 25 ago 2018.

11BRASIL. Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2018/decreto-9412-18-junho-2018-786866-publicac>

aooriginal-155861-pe.html>. Acesso em: 30 jun. 2018b.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Apesar de poderem representar valores inferiores daqueles praticados em caso de pregão ou outra modalidade de licitação, essas compras têm impacto, pois, em uma visão sistêmica¹², tudo o que ocorre em qualquer sistema tem reflexo no todo.

Esse proposta de movimento é uma resposta à coletividade sobre as ações do ente estatal, pois o Estado deve se comprometer com uma nova administração pública, onde verticaliza sua posição de cooperador com a democracia mais ativa sobre as questões ambientais, se corresponsabilizando pela proteção e preservação ambiental. Para isso, necessita de avanços legais, políticos e administrativos significativos, criando mecanismos importantes para a gestão de riscos ambientais, pautados tanto em princípios quanto em normas, bem como em políticas públicas¹³.

Como brilhantemente nos ensina Alves¹⁴, a qual se transcreve pela maestria e clareza:

Responsividade (como dever de resposta por parte do Estado à Sociedade) impõe uma relação de ética e de alteridade como fruto do exercício da cidadania como oportunidade de conhecer, participar, opinar sobre temas e assuntos que afetam o indivíduo como elemento de um corpo social. [...]. A responsividade estatal pressupõe mais que uma gestão ambiental; em realidade, exige uma governança ambiental ante o dever de proteção e preservação da saúde e do equilíbrio do ambiente. O emprego do termo gestão, que historicamente foi utilizado no setor privado, passou a ser usado também em relação à Administração Pública

12 Visão sistêmica é aquela que “concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas”. Esta percepção “reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos ciclícios da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)”. CAPRA, Fritjof. A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996. p. 25.

13 ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no enfrentamento dos danos ambientais. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 2, n. 1, p.11-52, nov. 2012, p. 47. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/download/3697/2120>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

14 ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no enfrentamento dos danos ambientais, p. 17-22.

conferindo-lhe ressignificados, sobretudo no que diz respeito ao termo desenvolvimento (inicialmente somente econômico) para chegar ao desenvolvimento sustentável (ambientalmente correto, socialmente justo e economicamente viável).

A responsabilidade socioambiental deve e precisa ser vivenciada no cotidiano da administração pública devendo encontrar respaldo normativo e técnico capaz de traduzir em atitudes o que está escrito no papel.

2. SUSTENTABILIDADE: CONCEITOS E DIMENSÕES.

Quando se reporta a responsabilidade socioambiental deve-se abordar o tema sustentabilidade.

Por oportuno, salienta-se que os termos Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável consistem em conceitos bastante amplos e admitem variações de acordo com interesses e posicionamentos. Aliás, pode-se afirmar que quando se aborda sustentabilidade dever-se-à abordar desenvolvimento sustentável, pois a segunda é o meio e a primeira o fim almejado.

SOUZA¹⁵, com sua síntese peculiar, assim conclui:

A necessária diferenciação entre os termos Sustentabilidade e Desenvolvimento Sustentável, conforme apresentado nos dois capítulos precedentes, permite entender o Desenvolvimento Sustentável como uma via para se alcançar a Sustentabilidade. Nesse sentido, para Ferrer, "o desenvolvimento sustentável não precisa ser contraditório à sustentabilidade, antes, pode ser mais um dos caminhos para alcançar uma sociedade sustentável."

¹⁵ SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE: Evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. Revista de Direito e Sustentabilidade. v. 3, n. 2 (2017). In <http://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2437>. Acessado em: 30 maio de 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Segundo a União Internacional para a Conservação da Natureza,
em Cuidando do Planeta Terra: uma estratégia para o futuro da vida:

A construção de uma sociedade sustentável deve assentar-se numa clara estratégia mundial que pode, resumidamente, ser exposta através dos seguintes princípios: 1- Respeitar a comunidade dos seres vivos e cuidar dela [...]; 2- Melhorar a qualidade da vida [...]; 3 – Conservar a vitalidade e a diversidade do planeta Terra [...]; 4- Minimizar o esgotamento de recursos não renováveis [...]; 5- Permanecer nos limites da capacidade de suporte do Planeta Terra [...]; 6- Modificar atitudes e práticas pessoais [...]; 7 – Permitir que as comunidades cuidem de seu próprio meio ambiente; 8- Gerar uma estrutura nacional para a integração de desenvolvimento e conservação [...]; 9- Construir uma aliança global [...].¹⁶

Assim, imperiosa é a necessidade da preservação ambiental diante da crise ambiental. Neste sentido, inclusive, Canotilho¹⁷ entende que a sustentabilidade ecológica deve impor:

(1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências “nucleares” na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.

¹⁶MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 74-77.

¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Tékhne**: Revista de Estudos Politécnicos, Barcelos, Portugal, v. 8, n. 13, p.7-18, 2010, p. 8. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/7620566-O-principio-da-sustentabilidade-como-principio-estruturante-do-direito-constitucional.html>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Conclui-se, assim, que cientistas foram impulsionados pelas amplas e provadas constatações de que as necessidades humanas (no aspecto do consumismo exacerbado incentivado pelos fornecedores de produtos, serviços e pelo próprio Estado) são ilimitadas, ao contrário dos recursos naturais que são limitados.

Importante registrar também, que a ideia de uma natureza intocável vem sendo superada, pois, notadamente em países menos desenvolvidos como o Brasil, é necessário gerar riquezas para superar os desafios da mudança social, notadamente quanto ao crescimento populacional e a consolidação de uma pobreza estrutural (leia-se miséria extrema), urge dar-lhes condições de vida digna.

Outrossim, para compatibilizar esses dois paradigmas-sustentabilidade e desenvolvimento econômico, faz-se necessária a construção de um conhecimento multidimensional, que privilegie o pensamento sistêmico ao invés do pensamento reducionista, simplista e disjuntivo, pois vive-se numa realidade multidimensional que é, simultaneamente, psicológica, política, econômica, sociológica e, também, mitológica.

No tocante ao estudo da visão sistêmica da vida, prossegue Capra:¹⁸

Em última análise, esses problemas precisam ser vistos, exatamente, como diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande medida, uma crise de percepção. Ela deriva do fato de que a maioria de nós, e em especial nossas grandes instituições sociais, concordam com os conceitos de uma visão de mundo obsoleta, uma percepção da realidade inadequada para lidarmos com nosso mundo superpovoado e globalmente interligado. [...] O novo paradigma pode ser chamado de uma visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode também ser denominado visão

¹⁸CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2004, p. 15-16.

ecológica, se o termo "ecológica" for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos).

Em teoria mais recente Harding¹⁹, investiga a teoria de Gaia, onde Gaia é “um ser dinâmico, selvagem e complexo, sujeito a súbitas oscilações entre múltiplos estados semiestáveis. Nesse momento de sua longa vida, pequenos distúrbios podem se ramificar através de seu vasto corpo”, ou seja, o planeta é vivo, estando tudo interligado.

Para a teoria de Gaia é preciso saber viver em harmonia com a Terra, porque todos somos integrantes atuantes no sistema. Ou seja, a mudança que necessitamos obrigatoriamente passa pelos campos da percepção, nossos pensamentos e nossos valores. Do ponto de vista sistêmico, as únicas soluções são as sustentáveis.

Assim, oportuno trazer à baila a dimensão jurídico-constitucional do princípio da sustentabilidade, notadamente sua carga semântica, devido ao sentido polissêmico, multidisciplinar, transposto e aplicável a diferentes situações, contextos e objetivos.

3. AS COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS.

Quando se aprofunda o estudo percebe-se que as compras públicas sustentáveis são uma solução para integrar as considerações ambientais e sociais em todas as fases do processo de compra e contratação dos governos, com o objetivo de reduzir os impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos, ao mesmo tempo resultando em economia para a administração pública. Ou seja, ela promove o atendimento das necessidades

¹⁹HARDING, Stephan. **Terra-viva:** ciência, intuição e evolução de Gaia. São Paulo: Cultrix, 2008, p. 231.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios.

Isso decorre do potencial do poder público como agente de transformação: os governos detêm um grande poder de compra, certa de 10% a 20% do PIB em países em desenvolvimento. Sendo assim, o Estado quando atua como consumidor, não é um comprador comum, além da sua conduta se pautar pela observância do princípio da legalidade, em consonância com os princípios primários da administração pública, deve fazê-lo da forma mais racional possível. O Governo deve usar o seu poder de compra para implementar políticas públicas, alocando o gasto dos recursos públicos de forma eficiente e otimizando o gasto investido. Esta forma de uso do poder de compra representa um novo paradigma nas compras públicas brasileiras.²⁰

O tema “compras públicas sustentáveis” aparece mais explicitamente na Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida em 2002, em Joanesburgo e conhecida como Rio+10, a qual teve entre seus objetivos impulsionar as autoridades públicas e governos a promover políticas de contratação pública que favoreçam o desenvolvimento e a difusão de mercadorias e serviços favoráveis ao meio ambiente.²¹

A seguir, a Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)²², de 31 de janeiro de 2002:

²⁰BIDERMAN, Rachel et al (Org.). **Guia de compras públicas sustentáveis:** uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Fundação Getúlio Vargas e ICLEI. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Disponível em: <<http://www.gvces.com.br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²¹DECLARAÇÃO DE JOHANNESBURGO. Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. Johannesburgo. África do Sul. 2002. Disponível em: <[http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publishaciones/joanesburgo.pdf](http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/joanesburgo.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²²A OCDE foi fundada após a II Guerra Mundial para auxiliar a implementação do Plano Marshall e a reconstrução europeia, e hoje é integrada pelos 30 países mais industrializados do

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Os países membros da OCDE (Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico) deveriam levar mais em conta as considerações ambientais na licitação pública de produtos e serviços (incluindo, mas não se limitando a materiais de consumo, bens de capital, infra-estrutura, construção e trabalhos públicos).²³

Ou seja, gastos podem orientar os mercados a inovarem e se tornarem mais sustentáveis. Neste sentido é necessário adotar novos conceitos e critérios nas compras públicas e exercer sua responsabilidade como grande consumidor, principalmente pelo poder de compra e análise dos possíveis impactos relacionados.

A eficiência, preconizada no art. 37 da CRFB/88, como um dos princípios da Administração Pública impõe ao Poder Público o papel de indutor de novos padrões comportamentais e a relevante tarefa de mostrar que as suas ações administrativas e procedimentos internos estão voltados à sustentabilidade.

O dever de contratação pelo Poder Público de bens e serviços com a observância de critérios de sustentabilidade deriva do estabelecido no art. 3º da Lei n. 8.666/93 (parte final):

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.²⁴

planeta. Serve de apoio para a tomada de decisões, principalmente na área econômica, por fornecer análises detalhadas e profundas de aspectos de governabilidade econômica dos países. Disponível em: <www.oecd.org>. Acesso em: 30 jun. 2018.

²³CARVALHO, Flávia Gualtieri de; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira; VILLAC, Teresa. **Guia nacional de licitações sustentáveis**. Brasília: AGU, 2016, p.17-18. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80063/Arquivos/COMPRAS%20SUSTENTAVEIS%20-%20Guia%20da%20AGU.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

²⁴BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em 30 de junho de 2018c.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Para definir os critérios de definição de uma compra pública como sendo sustentável, importante mencionar o Guia de Compras Públicas Sustentáveis da Fundação Getúlio Vargas, o qual expõem as alternativas da seguinte maneira:

[...] três fatores são fundamentais para a contratação:
a) deve ser avaliada a real necessidade da aquisição pretendida; b) a decisão deve levar em conta as circunstâncias sob as quais o produto foi gerado, considerando os materiais de produção, as condições de transporte, entre outros; c) deve ser feita uma avaliação em relação ao seu futuro, ou seja, como o produto pretendido se comportará durante sua fase útil e após sua disposição final. Considerar o segundo e terceiro fatores significa avaliar, no caso de produtos, o seu ciclo de vida.²⁵

Nesse sentido, é enorme a responsabilidade do gestor público encarregado de definir as regras do jogo para assegurar a livre-concorrência, sem perder de vista o interesse do governante em dispor do melhor produto/serviço, pelo menor preço.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É justa a preocupação com o menor preço – principalmente num país em que os recursos públicos são invariavelmente escassos – mas já se foi o tempo em que o melhor edital era aquele que buscava apenas o menor preço. Embora o Brasil tenha avançado bastante na direção da transparência dos processos, ampliando o controle social e reduzindo o risco de fraudes, o modelo vigente que ainda inspira a maioria dos editais de licitação no País é absolutamente omissivo em relação a uma premissa fundamental: ser sustentável.

²⁵BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Guia de contratações sustentáveis da justiça do trabalho/Brasil.** 2. ed. Brasília: CSJT, 2014. Disponível em:<http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=750deba9-30cc-4ead-a04c6fcf316c9e8e&groupId=955023>. Acesso em: 01 jul. 2018d.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O resultado da pesquisa e a sua contribuição é demonstrar a necessidade utilizar as compras públicas como uma contribuição para efetivar a sustentabilidade.

Esta proposta é fomentada pela necessidade de transformação, uma vez que, os problemas ambientais nos levam a refletir sobre o futuro da humanidade. Assim, para trabalhar com realidades cada vez mais complexas faz-se necessário utilizar instrumentos de análises igualmente complexos, necessitando assim de interdisciplinaridade e de uma visão sistêmica, onde se observa o todo, as partes e as relações entre essas partes.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALVES, Elizete Lanzoni. Elementos de responsividade ambiental estatal no enfrentamento dos danos ambientais. **Revista Direito Ambiental e Sociedade**, Caxias do Sul, v. 2, n. 1, p.11-52, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/direitoambiental/article/download/3697/2120>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

BIDERMAN, Rachel et al (Org.). **Guia de compras públicas sustentáveis:** uso do poder de compra do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. Fundação Getúlio Vargas e ICLEI. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Disponível em: <<http://www.gvces.com>>.

[br/arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf](http://arquivos/36/Guia-de-compras-publicas-sustentaveis.pdf). Acesso em: 03 jul. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 ago. 2018a.

BRASIL. Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decretos/2018/decreto-9412-18-junho-2018-786866-publicacaooriginal-155861-pe.html>>. Acesso em: 30 jun. 2018b.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em:
30 jun. 2018c.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **Guia de contratações sustentáveis da justiça do trabalho/Brasil.** 2. ed. Brasília: CSJT, 2014.
Disponível em:<
http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=750deba9-30cc-4ead-a04c-6fcf316c9e8e&groupId=955023>. Acesso em: 01 jul. 2018d.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne: Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, Portugal, v. 8, n. 13, p.7-18, 2010. Disponível em:
<<https://docplayer.com.br/7620566-O-principio-da-sustentabilidade-como-princípio-estruturante-do-direito-constitucional.html>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix,1996.

CARVALHO, Flávia Gualtieri de; FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira; VILLAC, Teresa. **Guia nacional de licitações sustentáveis**. Brasília: AGU, 2016.
Disponível em:
<<http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80063/Arquivos/>>

COMPRA%20SUSTENTAVEIS%20-%20Guia%20da%20AGU.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2018.

DECLARAÇÃO DE JOHANNESBURGO. Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável. Johannesburgo. África do Sul. 2002. Disponível em: <http://www.cqgp.sp.gov.br/gt_licitacoes/publicacoes/joanesburgo.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

GCE PAPEIS. **Papel de bagaço de cana-de-açúcar:** porque o papel de cana-de-açúcar é um produto sustentável. Disponível em:
<<http://www.gcepapeis.com.br/index.php/sustentabilidade/porque-o-papel-de-cana-de-acucar-e-um-produto-sustentavel.html>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

HARDING, Stephan. **Terra-viva:** ciência, intuição e evolução de Gaia. São Paulo: Cultrix, 2008.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental:** sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder. 11. ed. Petrópolis(RJ): Vozes, 2015.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEWELL, Peter J. Businnes and international environmental governance: the state of art. In: LEVY, David J. & NEWELL, Peter J.The business of global environmental governance. Cambridge, London, The MIT Press, 2005. pág.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

3. in FLORES, Guilherme Nazareno. et al. Governança Socio Ambiental como instrumento para a implantação de uma gestão integrada e sustentável de resíduos sólidos urbanos na região da Foz do Rio Itajaí. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Itajaí, p. 24. 2012. Disponível em: <<https://siaiap39.univali.br/repositorio/bitstream/repositorio/2164/1/Guilherme%20Nazareno%20Flores.pdf>>. Acessado em: 25 ago 2018.

SIFAEG - SINDICATO DA INDÚSTRIA DE FABRICAÇÃO DE ETANOL DO ESTADO DE GOIÁS. **Cana-de-açúcar.** Disponível em: <<http://www.sifaeg.com.br/noticias/cana-de-acucar-8/>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; ARMADA, Charles Alexandre Souza. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE: Evolução epistemológica na necessária diferenciação entre os conceitos. Revista de Direito e Sustentabilidade. v. 3, n. 2 (2017). In <http://indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/2437>. Acessado em: 30 maio de 2018.

TJSC. **Processo administrativo n. 39701/2017:** sistema de processo administrativo. Disponível em: <https://spa.tjsc.jus.br/spa/processo/localizar/ver_processo.jsp?tr=1527074075994526&ev=1527162791538276>. Acesso em: 28 jun. 2018.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; PAULITSCH, Nicole da Silva. O Estado de Direito Socioambiental e a Governança ambiental: ponderações acerca da judicialização das políticas públicas ambientais e da atuação do Poder Judiciário. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, v. 18, n. 2, p. 256-268/mai-ago 2013. p. 259-260. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadodireito/article/view/1119/839>. Acesso em: 26 ago. 2018.

**LA MESSA ALLA PROVA DELLA CONSULTAZIONE (COME STRUMENTO
DI DEMOCRAZIA PARTECIPATIVA) IN ITALIA. CHE COSA È ANDATO
STORTO? VERSO NUOVI SVILUPPI...**

Testing consultation (as a participative democracy instrument) in Italy.
What has gone wrong? Towards new developments...

Nicola Pettinari¹

INTRODUZIONE

L'obiettivo del presente lavoro è quello di mostrare e concettualizzare i principali rischi ed effetti patologici emersi nell'attuazione degli strumenti di democrazia partecipativa nei processi decisionali pubblici. Le considerazioni che seguiranno sono il frutto di un percorso di ricerca pluriennale che ha analizzato – a livello sovranazionale, statale e sub statale – sia le fonti che prevedono tali strumenti, sia la loro implementazione (sperimentale e non), con particolare attenzione per la connessione di questi con la dimensione della qualità di norme e politiche pubbliche (ruolo centrale ha rivestito l'approfondimento del ruolo della consultazione nelle analisi e nelle verifiche di impatto della regolazione, c.d. AIR e VIR).

Dopo anni di previsioni normative che solo in pochi casi hanno condotto a risultati concretamente incidenti (scontando notevoli criticità attuative), recentemente il ruolo della consultazione sembra trovare nuovi impulsi. Le innovazioni normative seguite al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 169 del 15 settembre 2017 (ove si approva il nuovo regolamento disciplinante l'analisi di impatto della regolamentazione, la verifica dell'impatto della regolamentazione e la consultazione)², per

¹ Attualmente assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Perugia, e membro del Comitato scientifico dell'Osservatorio sulle Politiche Partecipative (OPP) del Centro Studi Giuridici e Politici dell'Assemblea Legislativa della Regione Umbria, Italia. nicola.pettinari@unipg.it, nicola.pettinari@libero.it

² Il quale è intervenuto sulle preesistenti criticità in fatto di attuazione della consultazione principalmente attraverso indicazioni relative all'organizzazione delle funzioni di valutazione nelle amministrazioni (articolo 2, comma 7), alle tecniche di analisi e valutazione e le tecniche

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

esempio, costituiscono senza dubbio un passo in avanti nel contesto italiano, al quale possono aggiungersi altri due importanti inserimenti di spazi di democrazia partecipativa nella normativa statale sottesa ai processi decisionali pubblici (al di fuori, in questi due casi, dell'ambito della qualità legislativa): l'introduzione del *dibattito pubblico* per le grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, ad opera del DPCM del 10 maggio 2018, n. 76³, e l'introduzione dell'*inchiesta pubblica* nella valutazione di impatto ambientale (VIA), ad opera del Decreto Legislativo 16/06/2017, n. 104⁴ (art. 24-bis). Siamo in presenza di nuove opportunità per un "rilancio" della consultazione a livello statale, dunque? Forse, ma la risposta a questo quesito deve necessariamente implicare consapevolezza delle criticità passate e dei rischi presenti, affinché gli sviluppi futuri non si trovino di fronte a nuove stasi.

La necessità di superare le criticità passate, consci dei rischi e dei connessi effetti patologici, va ricondotta all'intima connessione che gli strumenti di democrazia partecipativa (dentro e fuori la qualità legislativa) intrattengono con la *qualità della democrazia* in quanto «quell'assetto istituzionale stabile che attraverso istituzioni e meccanismi correttamente funzionanti realizza libertà ed egualianza dei cittadini»⁵. Una connessione, dunque, basilare per realizzare i fini delle democrazie pluraliste (scopo per il raggiungimento del quale la democrazia partecipativa va intesa come *momento integrativo e di completamento* – e non già di antagonismo – della democrazia rappresentativa). Per definire la qualità democratica sembra utile

di svolgimento delle consultazioni (articoli 3, comma 1, e 16, comma 4), ai modelli di relazione da utilizzare per l'AIR e per la VIR (articolo 3, comma 1), e ai metodi e alle procedure per la partecipazione ai percorsi valutativi europei (articoli 11, comma 1, e 15, comma 3).

³ "Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico", dove tale introduzione avviene ai sensi dell'art. 22 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

⁴ Il quale modifica le norme che regolano il procedimento di VIA con lo scopo di recepire la Direttiva 2014/52/UE; tale recepimento rispetta i principi e criteri di indirizzo specifici dettati dall'art. 14 della Legge delega 9 luglio 2015, n. 114.

⁵ L. MORLINO, **Introduzione. Una democrazia senza qualità?**, in L. MORLINO, D. PIANA, F. RANIOLO, *La qualità della democrazia in Italia 1999-2012*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 11.

richiamare lo schema di fondo elaborato da L. Morlino⁶, il quale distingue tre dimensioni della qualità democratica incentrate: a) sul *risultato* (espressione di un «regime ampiamente legittimato e, dunque, stabile, di cui i cittadini sono pienamente soddisfatti»); b) sul *contenuto* («i cittadini, le associazioni e la comunità che ne fanno parte godono in misura superiore ai livelli minimi di libertà ed egualianza»); e c) sulla *procedura* («i cittadini di una buona democrazia devono poter controllare e valutare se e come [libertà ed egualianza] sono realizzate attraverso il pieno rispetto delle norme vigenti [...], la loro efficiente applicazione, l'efficacia nella assunzione delle decisioni insieme alla responsabilità politica per le scelte fatte dal personale eletto anche in relazione alle domande espresse dalla società civile»). Saranno questi i tre parametri di fondo che guideranno il rilevamento degli aspetti patologici su cui il presente lavoro si concentra, e le connesse osservazioni.

In assenza di risposte definitive o assumibili come vere in assoluto, il vero tentativo intrapreso nel presente lavoro sarà quello di individuare quantomeno delle ‘coordinate interpretative’, con l’auspicio che possano, in un futuro breve, divenire la base di una ‘check list’ spendibile come base per elaborare modelli d’analisi non solo teorici, ma anche utilizzabili in senso operativo, magari concorrendo all’elaborazione di *guidelines* in grado di orientare l’implementazione degli strumenti partecipativi nei procedimenti di produzione delle norme a tutti i livelli di governo (e di correggere efficacemente il corso delle esperienze dove tali strumenti sono stati implementati in forma distorta, parziale o senza successo). Tutto ciò nella convinzione che l’approccio costituzionalistico e giuspubblicistico all’analisi degli strumenti che qui interessano abbia senso proprio in quanto in grado di assumere «oltre ad una rilevanza conoscitiva, anche una rilevanza pragmatica»⁷, poiché appare «evidente, infatti, che la conoscenza degli

⁶ Citato in G. MORO, **Cittadinanza attiva e qualità della democrazia**, Roma, Carocci editore, 2015, p. 231 (corsivi miei).

⁷ A. FEBBRAJO, Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche, Estratto anticipato da Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato, (a cura di) V. VIGORITI, Pavia, 1980, p. 6.

ostacoli che si frappongono alla realizzazione di una qualche normativa costituisce un presupposto essenziale perché si possa intervenire per correggerla aumentandone il tasso di effettività»⁸.

1. TEMATIZZARE LE PRINCIPALI PATOLOGIE ATTUATIVE DELLA PARTECIPAZIONE. TRA 'DUTTILITÀ' E 'RIGIDITÀ'

I tentativi di introdurre gli strumenti di democrazia partecipativa, nella forma dei metodi e delle tecniche della consultazione, si sono tradotti, nel corso dell'ultimo ventennio, in una multiforme varietà di norme e processi di implementazione intrapresi – in maniera e con esiti variabili – a tutti i livelli di governo. Le criticità e gli effetti patologici qui di seguito proposti sono stati rilevati in particolare con riferimento al difficile cammino della consultazione nel contesto italiano, soprattutto a livello governativo (statale) e regionale. Un cammino in larga parte coincidente (ma non con esso del tutto sovrapponibile) con quello delle analisi (*ex ante*) e delle verifiche (*ex post*) di impatto della regolazione (d'ora in avanti AIR e VIR). Recuperando quanto osservato nel corso degli approfondimenti che ho avuto modo di intraprendere negli ultimi anni⁹, le principali criticità emerse possono essere sintetizzate nelle seguenti cinque.

⁸ A. FEBBRAJO, Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche, Estratto anticipato da Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato, (a cura di) V. VIGORITI, 1980, Pavia, p. 6.

⁹ Nell'impossibilità di dare conto qui dei contenuti di tali studi, da cui derivano le osservazioni presentate, rimando alle pubblicazioni dove ho avuto modo di ricostruire e commentare varie tipologie di norme ed esperienze, quali (*inter alia*): per quanto riguarda un'analisi complessiva sui dati provenienti dalla Regioni italiane, si veda A. VALASTRO e N. PETTINARI, **Democrazia partecipativa e qualità delle politiche regionali: tra bilancio e prospettive**, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRI CURZIO, L. VANELLI (a cura di), **Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica**, Bologna, Il Mulino, 2016; per una ricostruzione delle criticità nel contesto della Regione Umbria, compreso un caso di studio circa l'analisi d'impatto *ex ante* sulla legge sui tartufi (Legge regionale Umbria 8/2004 sulla "Disciplina della raccolta, coltivazione, conservazione e commercio dei tartufi"), e i successivi sviluppi legislativi in fatto di partecipazione, soprattutto connessi alla Legge regionale Umbria sulla partecipazione 14/2010 sulla "Disciplina degli istituti di partecipazione alle funzioni delle istituzioni regionali (iniziativa legislativa e referendaria, diritto di petizione e consultazione)", si vedano N. PETTINARI, **Qualità della legislazione**, in MAURO VOLPI e FRANCESCO CLEMENTI (a cura di), **Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Umbria**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017; **Potentialities and limits in implementing participatory instruments within the law-making process. Critical considerations from the case study of the Region of Umbria (Italy) in the context of the 'multilevel governance'**

1) Assenza, nella classe politica di riferimento, di una adeguata cultura giuridico-istituzionale della partecipazione. Il risultato è un atteggiamento di indifferenza verso la necessità di ampliare quantitativamente e qualitativamente il ricorso alla consultazione o, qualora sia stata effettuata una consultazione, indifferenza verso gli esiti del processo.

2) Tensione nel rapporto fra tecnici/burocrati specializzati e rappresentanti politici [o, al contrario, presenza di un accordo "elitista" tra i due].

3) Confusione del ruolo della consultazione (si veda l. r. Umbria 14/2010, art. 66), concepita erroneamente come mera attività di ascolto, anziché come dialogo strutturato. Il risultato è un totale depotenziamento dell'effettività giuridica della consultazione, che rimane così confinata alla sola sfera politica (senza produrre effetti giuridici, poiché gli esiti del processo partecipativo non diventano, in questo modo, un contenuto delle norme giuridiche prodotte). Il rischio direttamente connesso a questo aspetto è un uso populistico dell'ascolto dei destinatari delle norme, volto solo all'intercettazione di consenso elettorale (manipolazione delle aspettative dei destinatari).

4) Confusione tra partecipazione e attività di comunicazione e informazione istituzionale.

5) Confusione tra consultazione e concertazione (dove la prima implica un'apertura inclusiva ad ogni tipo di soggetto, mentre la seconda intende ricoprendere nel processo decisionale prevalentemente soggetti economicamente forti sul territorio, o comunque marcatamente organizzati, spesso di tipo aziendale o associativo, comportando il rischio di favorire questi

of the European Union, in «Federalismi.it», num. 24, 20/12/2017 ; **La qualità della legislazione nelle Regioni: il caso umbro**, in «Osservatorio sulle fonti», Fascicolo num. 2, 2015.

a scapito di soggetti socio-economicamente deboli, non organizzati e sottorappresentati).

Il primo punto critico evidenzia la necessità, nell'implementare strumenti partecipativi nel *law making process*, dello sviluppo di una parallela 'cultura della partecipazione'. È un punto, questo, direttamente connesso alla seconda criticità rilevata, poiché coinvolge direttamente la cultura giuridica¹⁰ e la cultura politica dei soggetti principali del procedimento legislativo: i rappresentanti nelle assemblee legislative e i funzionari legislativi coinvolti nel *law-making* (oltre che, naturalmente, i destinatari, nella misura in cui sono consultati). La casistica regionale italiana ha mostrato come diverse sperimentazioni esaminate abbiano evidenziato la capacità dei funzionari¹¹ di essere un valido supporto per un'apertura 'duttile' del procedimento ai contributi provenienti dai destinatari, avendo questi rivestito un ruolo fondamentale nel condurre le consultazioni e nell'elaborare opzioni normative condivise, contemperando la duttilità richiesta dal principio del discorso esaltata da Habermas con la rigidità necessaria della sfera giuridica come descritta da Luhmann (soprattutto con la sua necessità di una *programmazione specifica*, rispettosa della differenziazione tra diritto e società).

Da un lato, infatti, essi hanno predisposto strumenti di tipo dialogico ('dialogo strutturato'¹²) per "aprire" il procedimento legislativo al confronto con i destinatari, mentre dall'altro la loro formazione in materia di *drafting* legislativo e ordinamento giuridico ha consentito che le opzioni

¹⁰ Nell'accezione, già qui ricordata, offerta da A. FEBBRAJO in **Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto**, in A. FEBBRAJO, A. LA SPINA, M. RAITERI (a cura di), **Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia**, Giuffrè Editore, 2006.

¹¹ Accanto a questi, in generale, mi sembra utile ricordare il ruolo sempre più centrale, nei processi partecipativi, della figura dei *facilitatori di processo*, soprattutto nella fase della consultazione.

¹² 'Dialogo strutturato' è un'espressione a mio avviso particolarmente significativa proprio per descrivere la capacità di tale strumento strumento di contemperare la 'duttilità' propria del *dialogo* (Habermas) con la necessità di una *strutturazione* 'rigida' che garantisca effetti giuridici pienamente inseriti nell'ordinamento giuridico e nelle sue attività di programmazione (Luhmann).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

emerse fossero tecnicamente ineccepibili e formalmente idonee alla selezione operata dall'Assemblea legislativa. Il tutto ha concorso ad un'operazione di *razionalizzazione tecnico-giuridica* degli esiti della consultazione: una razionalizzazione funzionale alla riduzione della complessità, ma anche inherente il problema della contingenza (le opzioni emerse dalla sperimentazione di analisi di impatto sono un buon esempio di come, nel processo di riduzione della complessità, sia sempre necessario tener conto del valore della scelta tra le diverse possibilità offerte dal sistema).

Purtroppo, trattandosi spesso di esperienze sperimentali, e non di procedimenti vincolanti, la scelta operata dai rappresentanti politici è risultata spesso impermeabile a tali contributi nella ricerca di un equilibrio tra duttilità e rigidità del procedimento (in sostanza tra la sua apertura ai destinatari e la sua necessaria autonomia). Questo equilibrio sembra difettare, in modo analogo, negli altri due punti critici emersi: quello della indebita sovrapposizione della nozione di partecipazione ai procedimenti decisionali con l'attività di ascolto (punto 3) e con le attività di informazione e comunicazione istituzionale (punto 4). Va premesso che ascolto, informazione e comunicazione sono elementi irrinunciabili della partecipazione, soprattutto in Habermas, secondo il quale

La volontà formata discorsivamente può essere chiamata «razionale» perché la qualità del discorso e della situazione di consultazione garantiscono a sufficienza che un consenso può realizzarsi solo su interessi *generalizzabili* adeguatamente interpretati, vale a dire su «bisogni comunicativamente condivisi»¹³.

Bisogna però altrettanto rilevare che – pur costituendo elementi necessari – ascolto, informazione e comunicazione non sono sufficienti a determinare l'esistenza, la funzionalità e l'efficacia della partecipazione ai procedimenti legislativi, tantomeno se pensiamo a questa nel senso che più

¹³ A. FEBBRAJO, Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche, Estratto anticipato da Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato, (a cura di) V. VIGORITI, 1980, Pavia, p. 15.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

interessa in questo lavoro, vale a dire nella prospettiva della partecipazione come “metodo di governo”. Se per strumenti partecipativi intendiamo, infatti, strumenti in grado di produrre effetti sull’adozione di una proposta normativa, questa sovrapposizione erronea di significati può divenire un elemento addirittura dannoso, generando nei destinatari aspettative che poi risulteranno, con buona dose di probabilità, frustrate dalla mera comunicazione di decisioni prese autonomamente dai legislatori.

Ciò si aggrava nei casi in cui sia avvenuta un’attività di ascolto (dei bisogni e degli interessi dei destinatari) dei cui risultati non si è tenuto conto: è questo il caso in cui le posizioni emerse non hanno trovato recepimento nelle norme prodotte, rimaste così impermeabili e insensibili al contributo della società. Si tratta di situazioni che generano nei destinatari (e nella percezione della società nel suo complesso, in senso trasversale rispetto ad appartenenze di gruppo e identità) malcontento e disillusiono circa il ruolo della partecipazione e che conducono, erroneamente, a considerarla inutile, vanamente retorica e propagandistica in sé, quando invece si tratta solo di risultati attribuibili a un uso distorto degli strumenti, spesso applicati in maniera impropria dal punto di vista procedurale (burocratico-amministrativo), e non di rado asserviti a dinamiche politiche (maturette nell’alveo della rappresentanza e delle sue derive) ben lontane, negli scopi, dalla democratizzazione del procedimento e dal pluralismo e, nei modi, dalla trasparenza e dal dialogo. Ascolto, informazione e comunicazione devono quindi essere attività presenti e costanti nei processi di law-making, ma perché le norme e le policies prodotte rispondano realmente ai bisogni dei destinatari (saldando efficacemente società e diritto, e riducendo i conflitti), è necessario un ulteriore passaggio.

La duttilità offerta dai processi di dialogo tra istituzioni e società deve, pertanto, superare la soglia del mero piano ‘comunicativo’ (basato sullo scambio di idee e la comunicazione di bisogni) per accedere ad un piano che potremmo definire ‘performativo’. Con questa espressione intendo fare riferimento all’obbligatorietà di tenere conto, da parte dei legislatori, delle posizioni emerse nella fase dialogica della consultazione e sul corrispondente

obbligo di creare norme e politiche che possano produrre effetti sulla società proprio grazie al contributo ricevuto dalla stessa nella loro fase genetica (anche in questo caso è centrale lo strumento, già richiamato, del dialogo strutturato).

Naturalmente, questo ‘trasferimento’ di contenuti dalla sfera sociale a quella giuridica trova dei limiti necessari nell’ordinamento giuridico, il quale continua a determinare i fini, gli strumenti e i principi che nessun tipo di partecipazione pubblica può mettere in discussione (in primo luogo, per esempio, i diritti fondamentali e i diritti umani, contenuti sia nelle Costituzioni che nelle dichiarazioni internazionali che li salvaguardano¹⁴⁾). In questo senso è pienamente comprensibile come questo tipo di ‘rigidità’ sia fondamentale per il mantenimento dell’autonomia della sfera giuridica, della sua imparzialità e della certezza delle norme e delle decisioni (protette da una programmazione, come ricordato, specifica e distinta da quella della società).

Paradossalmente, appare chiaro come la ‘rigidità’ auspicabile a tutela dell’autonomia della sfera giuridica sia interpretabile come vero e proprio elemento di garanzia verso la ‘duttilità’ richiesta al diritto nell’apertura del law-making ai soggetti destinatari, mediante la consultazione. Ma quindi, perché gli strumenti partecipativi vengano implementati in modo ottimale (realizzando una convergenza più piena possibile tra lawmakers e destinatari) è sufficiente il solo fatto che essi vengano previsti in una qualche norma giuridica¹⁵ che obblighi i legislatori a ricorrere a tali strumenti e che li vincoli nel recepire gli esiti delle consultazioni?

Indubbiamente è un passo irrinunciabile, ma che non conduce automaticamente né ad un controllo sulla democraticità delle norme prodotte

¹⁴ Lo stesso Habermas non mette in discussione la centralità in sé del procedimento, giacché sostiene che «nella vertigine di questa libertà non abbiamo altro punto di riferimento se non lo stesso procedimento democratico: il cui senso risulta per altro già interamente deciso nel sistema dei diritti», J. HABERMAS, **Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia**, Milano, Guerini & Associati, 1996, pp. 200-221.

¹⁵ Indipendentemente dal fatto che si tratti di una legge dello stato, una legge regionale o una norma statutaria o costituzionale (la natura della norma, infatti, dipende anche dal tipo di ordinamento e di tradizione giuridica rinvenibili nel contesto interessato).

né ad un controllo sugli effetti dell'implementazione. Rispondere a tale domanda significa riflettere su un ulteriore completamento necessario alla costruzione di un metodo partecipativo nella produzione delle norme giuridiche. La compenetrazione tra duttilità (apertura del procedimento) e rigidità (autonomia della sfera giuridica e garanzia degli effetti delle norme) trova questo ulteriore completamento nella valutazione *ex post*, orientata a inserire la partecipazione all'interno di un "circolo virtuoso" tra consultazioni *ex ante* e consultazioni *ex post*¹⁶. Ciò significa, in sostanza, estendere alla fase *ex post*, da un lato, a) l'elemento duttile rappresentato dalla possibilità di apertura del diritto ai destinatari (coinvolti così anche nel valutare gli effetti dell'applicazione di una norma giuridica e la rispondenza tra risultati prodotti dalla norma e risultati attesi, specie in relazione alla soddisfazione di bisogni) e, dall'altro lato, b) un rigido controllo tecnico sulla norma, secondo le modalità proprie della valutazione legislativa.

Questo 'doppio meccanismo partecipativo' sembra una soluzione degna di considerazione anche come protezione a favore dell'indipendenza dei funzionari e della società da intrusioni indebite e manipolazioni da parte del potere politico e degli interessi privati. Nel caso del potere politico, esso aiuta ad arginare pericolosi scivolamenti della 'funzione manifesta' del diritto in 'funzione latente'¹⁷ (alla base di norme i cui contenuti e la cui complessità servono solo ad un sostanziale mantenimento del potere di chi le emana, e dunque espressione di quella che Luhmann definisce 'corruzione sistemica'¹⁸ e che non esita a indicare come «the moral problem of contemporary world

¹⁶ Rendendo possibile, per la consultazione, «trovare spazio non soltanto in momenti diversi all'interno della stessa valutazione 'ex ante', ma anche, e soprattutto, nell'ambito della valutazione 'ex post', quale vera e propria "controprova" dell'efficacia e qualità della regolazione applicata», A. VALASTRO, **La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?**, in M. RAVERAIRA (a cura di), **"Buone" regole e democrazia**, 2007, p. 168.

¹⁷ La funzione manifesta si esprime nell' «orientamento dei comportamenti dei membri della collettività» e nel «trattamento dei conflitti individuali», mentre funzione latente del diritto, si esplica nel «legittimare il potere che lo ha emanato», V. POCAR, **Guida al diritto contemporaneo**, Ed. Laterza, 2002, p. 74.

¹⁸ Cfr. M. NEVES, **Transconstitutionalism**, Hart, 2013, p. 31.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

society»¹⁹). Nel caso degli interessi privati²⁰ (particolarmente temuti da Habermas), invece, la circolarità tra partecipazione ex ante e partecipazione ex post sembra un elemento a protezione della necessità che le leggi tutelino il pluralismo (di valori e diritti, ma anche istituzionale), l'interesse pubblico, il bene comune e i beni comuni.

A questo punto ci si potrebbe domandare quale tipo di soggetto pubblico, istituzione o organo potrebbe, di fatto, garantire l'equilibrio tra 'duttilità' e 'rigidità' del law-making rispetto agli strumenti partecipativi. In sostanza, tale domanda equivale a chiedersi quale soggetto è in grado, di fatto, di sottrarre tali strumenti alle degenerazioni, alle strumentalizzazioni e agli effetti collaterali sin qui descritti. Uno spunto interessante (sul piano teorico) è offerto da Habermas, che precisa quale ruolo dovrebbero assumere le corti costituzionali²¹, il cui compito dovrebbe consistere, in primo luogo, nel sottoporre ad esame le norme controverse «avendo soprattutto riguardo ai presupposti comunicativi e alle condizioni procedurali della legislazione democratica»²². Il fine è chiaramente quello di tutelare l'apertura del processo decisionale in senso partecipativo.

La discussione su questo specifico punto può costituire, attualmente, un tema di approfondimento particolarmente significativo. Un esempio interessante di tentativo di risposta istituzionale alle menzionate esigenze di tutela e promozione è offerto, nel panorama delle Regioni italiane (dove ovviamente non esistono Corti costituzionali regionali), dal caso della legge sulla partecipazione della Regione Toscana, che ha istituito una

¹⁹ M. NEVES, **Transconstitutionalism**, Hart, 2013, p. 31.

²⁰ Particolarmente insidiosi, oltre che rafforzati, laddove si verifichi il caso della confusione tra *consultazione* e *concertazione*.

²¹ A questo proposito sembra utile ricordare che «La corte costituzionale può così essere vista come l'organo più politico del sistema giudiziario e l'organo più giudiziario del sistema politico», specialmente nel pensiero di Luhmann, che «considera la costituzione un esempio di structural coupling» e «come tale in grado di collegare sistema politico e sistema giuridico», A. FEBBRAJO, **Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neopluralismo teubneriano**, in (edited by) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, **Il diritto frammentato. Serie sociologico-giuridica**, Giuffrè Editore, 2013, p. 191.

²² J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini & Associati, 1996, p. 313.

specifica autorità di garanzia: l'Autorità regionale per la garanzia e la promozione della partecipazione (artt. 3-5), i cui compiti sono quelli di assicurare il pieno sviluppo dei processi partecipativi e il rispetto delle disposizioni contenute nella legge regionale Toscana 46/2013 sul "Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali".

In questo senso appare evidente la differenza rispetto, per esempio, al caso della Regione Umbria, non solo riguardo alla tutela riservata agli strumenti partecipativi²³ (sottratti alle criticità rilevate proprio grazie ai contenuti di tale legge e all'azione dell'Autorità istituita), ma anche ad una specifica previsione²⁴ in fatto di valutazione ex post delle norme prodotte a seguito delle consultazioni dei destinatari (concretizzando il circolo virtuoso tra analisi ex ante e valutazione ex post). Pur se lato sensu, è da ricordare anche il caso dell'analisi d'impatto presso le istituzioni europee: un caso virtuoso di sottoposizione della consultazione nei processi decisionali a forme di controllo (e dunque ad autorità preposte ad attività di verifica) articolate secondo un doppio binario valutativo, esterno e interno alla Commissione²⁵.

L'opportunità della presenza di un'Autorità di garanzia (a prescindere dalla natura assunta, sia essa un'Authority indipendente in senso stretto o un tribunale costituzionale) a tutela della consultazione nei processi decisionali pubblici trova, non di meno, fondamento nella constatazione che

In generale, è del tutto condivisibile la considerazione per cui "le comparazioni dei risultati ex post con le previsioni ex ante offrono un elemento essenziale di "*groundtruthing*" alla pratica della valutazione regolativa. La comparazione dei risultati della regolazione alle previsioni effettuate in sede di AIR [preventiva] è un test prezioso sia per l'AIR sia per la regolazione stessa", per cui appare evidente che un

²³ Che in questo contesto appaiono pienamente in grado di produrre effetti giuridici.

²⁴ (Art. 5 letter f) «[L'Autorità] valuta il rendimento e gli effetti dei processi partecipativi».

²⁵ Nel primo caso (esterno) il controllo è svolto dalla Corte dei Conti europea (*European Court of Auditors*), mentre nel secondo caso (interno) è svolto dall'*Impact Assessment Board* della Commissione.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

valore aggiunto della valutazione *ex post* sia quello di costituire anche una sorta di "controllo sul controllo", in un'ottica di qualità della regolazione e degli strumenti di monitoraggio. Questo, per l'OCSE, limita anche il rischio che i regolatori facciano un uso volutamente distorto e manipolato dello strumento dell'AIR, per favorire o disincentivare una determinata opzione di intervento²⁶.

È inoltre importante segnalare come l'OCSE consideri come un'ulteriore forma di controllo *ex post* quello effettuato da parte delle Corti di diversi Paesi, «segnatamente negli Stati Uniti: il sistema di controllo giudiziario successivo, in particolare, costituirebbe una sorta di garanzia di qualità dell'analisi *ex ante*, giacché la prospettiva che la regolazione analizzata possa poi subire *il controllo della Corte rappresenta, in linea teorica, un incentivo per gli analisti a formulare un'analisi d'impatto quanto più corretta e coerente»²⁷.*

I punti di forza e i punti critici emergenti da quanto detto sinora possono essere sintetizzati nella seguente tabella, dove si individuano 4 gradi (crescenti dal grado 1 al grado 4) di partecipazione ai procedimenti di produzione di norme e politiche pubbliche (e, laddove prevista, alla verifica degli impatti connessi all'attuazione).²⁸

²⁶ F. CACCIATORE, Autorità indipendenti e nuova disciplina della VIR: tanto rumore per nulla?, Paper in Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, settembre 2010, p. 18.

²⁷ F. CACCIATORE, Autorità indipendenti e nuova disciplina della VIR: tanto rumore per nulla?, Paper in Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, settembre 2010, p. 19 (corsivi miei).

²⁸ Si tratta di un elemento impropriamente riportato come rischio. È chiaro che implementare simili strutture e procedimenti implichi la necessità (soprattutto iniziale) di risorse economiche consistenti e specificamente destinate, ma è bene sottolineare come si tratti di una spesa pubblica che non può essere considerata accessoria o "a fondo perduto" ma che è, anzi, da intendere come un vero e proprio *investimento*. Oltre ai noti studi (molti dei quali intrapresi e diffusi dall'OCSE) che dimostrano come la consultazione comporti ampi benefici economici – stimolando crescita economica e competizione, agendo così in favore dei consumatori – sussiste sempre la questione dei c.d. "costi della non partecipazione" (si pensi ai costi – derivati da conflitti dovuti all'esclusione dei destinatari – dovuti, per esempio, al blocco o alla modifica delle opere, o all'attivazione di contenziosi giurisdizionali).

²⁹ Come sopra.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
 TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
 de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
 Outubro 2018

	Strumento/Organo di garanzia	Atteggiamento del Legislatore	Rischio/ Patologia	Potenzialità
Grado I Esempio → Sperimentazione AIR Umbria (per l.r. 8/2004)	Consultazione (Sperimentazione)	Indifferenza	Autoreferenzialità del Legislatore Esclusione dei destinatari	(Mera) Emersione di bisogni e conflitti
Grado II Esempio → Legge regionale Umbria 14/2010 ("Disciplina degli istituti di partecipazione..")	Consultazione (prevista per legge ma non vincolante → ESCLUSI effetti giuridici)	Ascolto	Populismo Mera costruzione di consenso elettorale	(Mera) Emersione di bisogni e conflitti
Grado III	Consultazione (prevista per legge. Vincolante in fase 'ex ante' MA NON 'ex post')	Dialogo strutturato 'ex ante' [Progettazione] Oppure Dialogo strutturato 'ex post' [Verifica dell'attuazione]	Necessità di investimento/Costi consistenti ¹	Razionalizzazione di bisogni e conflitti emersi Inclusione in parte del processo decisionale
Grado IV Esempio → Legge regionale Toscana 46/2013 ("Dibattito pubblico regionale" ..)	Consultazione (prevista per legge. Vincolante in fase 'ex ante' ED 'ex post') + Autorità garante	Dialogo strutturato 'ex ante' [Progettazione] Congiuntamente a Dialogo strutturato 'ex post' [Verifica dell'attuazione]	Necessità di investimento/Costi consistenti ²	Razionalizzazione di bisogni e conflitti emersi E Verifica delle soluzioni normative adottate → Inclusione in tutto l'iter del processo decisionale

L'atteggiamento di indifferenza da parte del legislatore regionale verso le sperimentazioni AIR, dai primi anni duemila sino ad ora, accompagnato dai contenuti – spesso insufficienti e confusionari – delle norme che, in vario modo, regolano processi di consultazione, segnano una sostanziale mancanza di strategia partecipativa in senso *bottom-up*. A sua volta, però, non è sbagliato ritenere che essa sia anche la spia di una sostanziale mancanza di strategia partecipativa in senso *top-down*. Ciò è osservabile sia sul piano nazionale (la ricordata Riforma del Titolo V della Costituzione italiana), sia sul piano dell'Unione europea, la quale continua ad esibire i tre elementi fondamentali della 'multilevel governance' (quello

cooperativo, quello partecipativo, e quello valutativo)³⁰ più come elementi di retorica istituzionale – spesso limitati alla proclamazione esibitoria di principi – che non come strumenti di concreta relazione tra istituzioni e società.

In sostanza, ad essere chiamati a cooperare, partecipare e valutare sembrano essere più i rappresentanti dei livelli di governo, che non i destinatari delle norme e delle *policies*, denotando una persistenza della refrattarietà ai contributi che cittadini, gruppi, comunità e territori possono offrire al *law-making*. A dispetto del richiamo dell'elemento cooperativo, in realtà, la vera debolezza (sia nella Riforma costituzionale italiana del Titolo V che nell'istituzionalizzazione della *multilevel governance* europea) sembra risiedere proprio in una distorsione della nozione originaria di federalismo cooperativo, dove la «dimensione prettamente territoriale di distribuzione del potere»³¹ veniva posta in secondo piano rispetto alle «interconnessioni e i rapporti reticolari fra i diversi soggetti dell'ordinamento coinvolti nei processi decisionali»³², rendendo quindi possibile intravedere in questo orientamento un indiscutibile nucleo di «metodo di governo partecipato»³³.

Il progetto di *multilevel governance* si è dunque risolto nell'«appiattirsi sulla riduttiva quanto sterile ricerca di mere formule di articolazione territoriale del potere», con l'unico risultato – in senso totalmente contrario all'istanza costituzionale pluralista – di aver moltiplicato «gli spazi riservati e chiusi del ceto politico locale e non anche ad aprirsi alla società»³⁴. Sembra dunque che le categorie di 'duttilità' e rigidità' (qui concettualizzate a partire dalle teorie di Habermas e Luhmann) siano state

³⁰ A questo proposito sembra molto significativo il Parere del Comitato delle Regioni "Sviluppare una cultura europea della governance multilivello: iniziative per dar seguito al libro bianco del comitato delle Regioni"(94a sessione plenaria, 15 e 16 febbraio 2012, CIVEX-V-020).

³¹ A. VALASTRO, Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, in A. VALASTRO (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 25.

³² A. VALASTRO, Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, in A. VALASTRO (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 25.

³³ A. VALASTRO, Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, in A. VALASTRO (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 24.

³⁴ A. VALASTRO, Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, in A. VALASTRO (a cura di), Le regole della democrazia partecipativa, Napoli, Jovene Editore, 2010, p. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ampiamente male interpretate: dai processi ricordati, infatti, emergono i tratti di un *law-making* ‘rigido’ in quanto escludente rispetto ai destinatari e, conseguentemente, ‘duttile’ solo nella retorica autoreferenziale dei legislatori (quando invece avrebbe dovuto essere rigido nel conservare l’autonomia dei livelli di governo e duttile nell’aprirne efficacemente i processi normativi). Appare chiaro come l’introduzione di strumenti partecipativi necessiti di essere ripensata sia a partire dal piano regionale, sia in vista della costruzione di una *multilevel governance* che sappia armonizzare non solo i livelli istituzionali, ma anche i relativi procedimenti normativi con le necessità e i bisogni della società³⁵.

Le ragioni dell’opportunità di questa operazione sono molteplici, ma in primo luogo da ricondurre a fenomeni quali la “società globale” e, sul piano specificamente giuridico, il transcostituzionalismo. Secondo Teubner, il principale quesito che l’attuale ‘questione costituzionale’ dovrebbe porsi è «in che modo la teoria costituzionale tenti di rispondere alle sfide che sorgono dalle due grandi tendenze che caratterizzano la nostra epoca: la privatizzazione e la globalizzazione»³⁶.³⁷ A maggior ragione se pensiamo alle derive della c.d. «technical standardisation» e a come la sfera pubblica sia

³⁵ Raccogliendo i *feedback* provenienti dai casi ricordati di mancata implementazione, e capitalizzando, in termini di consapevolezza, i punti di criticità per renderli dei veri e propri punti di partenza del percorso della ‘nuova’ *governance*, garantendone l’affiancamento con un (altrettanto) ‘nuovo’ metodo, fondato sull’apprendimento – ‘trial and error’ – e sul miglioramento delle tecniche e degli strumenti, in ossequio al paradigma dell’‘enlightenment’ elaborato da Weiss (per questa ultima nozione, si vedano C. WEISS, **Policy research as advocacy: Pro and con**, in «Knowledge & Policy», 4 (1/2), 1991, pp. 37-56, e C. WEISS, **Research for Policy's Sake: The Enlightenment Function of Social Science Research**, in «Policy Analysis», 3 (4), 1977, pp. 531-545).

³⁶ G. TEUBNER, **Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali**, in (a cura di) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica, Giuffrè Editore, 2013, p. 377

³⁷ Teubner osserva che «Le vecchie costituzioni degli stati-nazione si servivano del diritto per riuscire a sviluppare e a far emergere le dinamiche delle politiche democratiche e, allo stesso tempo, per limitare il potere repressivo regolandolo. L’obiettivo attuale, invece, è quello di favorire e disciplinare dinamiche sociali diverse, e di farlo a livello globale». Il quesito che emerge in modo naturale da questa considerazione è pertanto: «Riuscirà la teoria costituzionale a generalizzare le idee sviluppate con riferimento allo stato nazione e a rispecificarle in modo da poterle adattare alle questioni contemporanee? In altre parole: possiamo considerare la tradizione delle costituzioni nazionali un terreno fertile da cui ripartire per far fronte al concomitante verificarsi dei fenomeni di privatizzazione e di globalizzazione?», G. TEUBNER, op. cit., 2013, p. 377.

sempre più in crisi come centro di regolazione di molte istanze sensibili, laddove «intra-organisational regulation in multinational in multinational enterprises (MNEs) are all forms of rule-making by private actors», e in un'epoca in cui «sovereign states are losing their controlling potential and globalization is highly fragmented»³⁸.

L'introduzione di strumenti partecipativi all'interno del law-making, dal livello regionale sino agli organi legislativi di vertice dell'Unione europea (o di una analoga struttura sovranazionale), può notevolmente contribuire a contrastare gli effetti collaterali derivanti sia dalla globalizzazione che dall'eccesso di privatizzazione del diritto. Nel primo caso, ripensare su queste basi la *multilevel governance* concorre a valorizzare i livelli di governo senza schiacciare realtà locali e territoriali (portatrici di suoi bisogni, culture e conflitti). In questa operazione, il costuzionalista non può sottrarsi a un necessario ripensamento delle assemblee legislative, soprattutto con riferimento al loro coordinamento in senso verticale, tra tutti i livelli della *governance*. Le assemblee legislative, dunque, devono necessariamente rendersi maggiormente elastiche rispetto alla società, divenendo la sede della ricerca di un nuovo punto di equilibrio tra politica, produzione delle norme giuridiche e società. Questa considerazione introduce all'osservazione di come ciò appaia utile anche nel secondo caso, quello della privatizzazione, che richiede la valorizzazione del pluralismo dei soggetti della società per contrastare il prevalere dell'interesse privato di soggetti economicamente forti su soggetti più deboli, fragili o sottorappresentati: l'obiettivo è una protezione del diritto 1) dagli interessi particolari (Habermas) e 2) dalla corruzione sistematica (Luhmann).

2. RIFLESSIONI CONCLUSIVE. GLI SVILUPPI DEGLI STRUMENTI PARTECIPATIVI: UNA PARTITA APERTA IN UNA DEMOCRAZIA «TUTTORA IN CORSO DI INVENZIONE»

³⁸ A. K. LINDBLOM, **Non-Governmental Organisations in International Law**, Cambridge University Press, 2005, p. 95.

Quanto osservato sulle criticità di implementazione, e i relativi rischi, in seno ai processi realizzati dall'inizio del nuovo millennio a oggi costituisce, ragionevolmente, una base per ri-costruire le strategie attuative degli strumenti di democrazia partecipativa, soprattutto per non privare i più recenti inserimenti normativi di solide gambe per proseguire il loro cammino. Inserimenti normativi, come detto, importanti, ma da soli non sufficienti, e che per diventare elementi sistematici affidabili hanno bisogno di una solida e radicata *cultura giuridico-politica della partecipazione* (che determina la *qualità dei rappresentanti*) nei decisori pubblici che dovranno attuare le norme ricordate, senza la quale – nonostante le intenzioni dichiarate dalle norme – ben difficilmente si potrà assistere a un miglioramento qualitativo delle politiche e, ancor meno, della *qualità democratica tout court*. Ciò alla luce del fatto che

La ricerca sulla qualità della democrazia è pertinente con una situazione in cui *non è tanto l'esistenza dei regimi democratici a essere in discussione, quanto il loro modo di essere*: non il *se*, insomma, ma il *come* (Almagisti, 2011, p. 34). Inoltre la focalizzazione sulla qualità della democrazia è una strategia di ricerca scientifica che dà la possibilità di andare oltre la definizione procedurale della democrazia stessa, *aggiungendo agli elementi qualificanti connessi alle procedure* (costruzione tramite il voto di un sistema rappresentativo della generalità dei cittadini) *altri elementi distintivi, riguardanti, per così dire, che cosa il sistema democratico produce in forza del suo lavoro e quali benefici ne traggono i governati*³⁹.

Se da un lato, quindi, è opportuno ribadire la centralità della rappresentanza e delle procedure operate dalle sue "braccia" burocratiche, appare altrettanto opportuno sottolineare la necessità di non considerare la questione della consultazione (e della partecipazione in genere) automaticamente assolta dalla sola previsione normativa delle procedure, non solo dove queste sono rimaste inattuate (e rischiano di rimanerlo), ma nemmeno laddove si trovino ad essere attuate in uno stato di

³⁹ G. MORO, **Cittadinanza attiva e qualità della democrazia**, Roma, Carocci editore, 2015, p. 230 (corsivi miei).

assoggettamento – forte o totale – alle dinamiche della rappresentanza (specialmente nell’ambito degli esecutivi). Si riconferma, per certo, la necessità di porre in circolo partecipazione, valutazione e sperimentazione. Ma anche in questo caso, non si può dare per scontato che la consultazione intrapresa abbia raggiunto i suoi scopi *solo perché è stata intrapresa*. I suoi esiti, infatti, allorché riconsegnati alla dimensione rappresentativa (che dovrà selezionare l’opzione da adottare e implementarla), dipenderanno dalla qualità di questi rappresentanti, in particolare della *qualità democratica* del loro operato: se, cioè, questo si dimostrerà capace o meno di recepire – qualora possibile, fattibile e opportuno per la collettività – le posizioni emerse; il che equivale a conferire qualità a ciò che «il sistema democratico produce in forza del suo lavoro», massimizzando i «benefici [che] ne traggono i governati» (per usare le parole di G. Moro).

La *qualità democratica*, dunque, in quanto «quell’assetto istituzionale stabile che attraverso istituzioni e meccanismi correttamente funzionanti realizza libertà ed egualianza dei cittadini»⁴⁰, è, da un lato, un *presupposto* della corretta applicazione delle procedure inclusive correlate alla consultazione: si garantisce e si promuove – al di là delle prescrizioni normative – il momento partecipativo perché i decisori politici hanno una cultura politica sufficientemente democratica da comprendere il ruolo e valorizzare questo inserimento nei processi decisionali (senza “addomesticarli” o renderli meramente giustificativi di decisioni già stabilite verticisticamente). Dall’altro lato, è al contempo anche un *prodotto* di tale corretta applicazione: l’inclusività delle procedure, comportando spazi di esercizio di libertà (espressa nel pluralismo delle posizioni) e di uguaglianza (espressa nella possibilità di accedere pariteticamente al confronto tra soggetti della società e tra questi e le istituzioni), produce a sua volta un ulteriore innalzamento della qualità democratica.

⁴⁰ L. MORLINO, Introduzione. Una democrazia senza qualità?, in L. MORLINO, D. PIANA, F. RANIOLO, La qualità della democrazia in Italia 1999-2012, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 11.

Allo stato attuale è difficile concludere sulla questione nel suo complesso, se non sulla consapevolezza che gli aspetti legati alle implementazioni del passato devono trovare modalità correttive nell'agire del presente e del prossimo futuro, e sul fatto che la sinergia tra partecipazione e rappresentanza dovrà modellarsi (in senso complementare e non antagonistico) sui fini ben delineati dal Costituente, orientati a uno sviluppo permanente della democrazia pluralista. La partita è ancora aperta. Nella ricerca di future soluzioni, un dato è certo: *si dovrà continuare a sperimentare, implementare e correggere*. Ancora molto andrà osservato e riveduto. Ancora molti punti di vista andranno considerati. Ancora molte sequenze procedurali, molti metodi, e molte tecniche andranno aggiornate, corrette e riplasmate su scenari, contesti e soggetti sempre in movimento. La partecipazione dovrà, altrettanto, sapersi dinamizzare nei procedimenti legislativi e di policy, e nelle relative progettazione e valutazione: dovrà saper *re-inventare* il suo ruolo, la sua giuridicizzazione, e la sua proceduralità in una democrazia che – come scriveva E.E. Schattschneider già nel 1969 – appare più che mai «tuttora in corso di invenzione»⁴¹.

REFERENZE DELLE FONTI CITATE

F. CACCIATORE, Autorità indipendenti e nuova disciplina della VIR: tanto rumore per nulla?, Paper in Osservatorio sull'Analisi d'Impatto della Regolazione, settembre 2010.

A. FEBBRAJO, **Dal diritto riflessivo al diritto frammentato. Le tappe del neo-pluralismo teubneriano**, in (edited by) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica, Giuffrè Editore, 2013.

A. FEBBRAJO, Cultura giuridica. Contenuti e funzioni di un concetto, in A. FEBBRAJO, A. LA SPINA, M. RAITERI (a cura di), Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia, Giuffrè Editore, 2006.

A. FEBBRAJO, Partecipazione popolare e giustizia: alcune ipotesi sociologico-giuridiche, Estratto anticipato da Partecipazione popolare e giustizia. Studi di diritto italiano e comparato, (a cura di) V. VIGORITI, Pavia, 1980.

⁴¹ E. E. SCHATTSCHEIDER, Two Hundred Million Americans in Search of a Government, New York, 1969, p. 42.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, Guerini & Associati, 1996.

A. K. LINDBLOM, **Non-Governmental Organisations in International Law**, Cambridge University Press, 2005.

L. MORLINO, Introduzione. Una democrazia senza qualità?, in L. MORLINO, D. PIANA, F. RANIOLO, *La qualità della democrazia in Italia 1999-2012*, Bologna, Il Mulino, 2013.

G. MORO, Cittadinanza attiva e qualità della democrazia, Roma, Carocci editore, 2015.

M. NEVES, **Transconstitutionalism**, Hart, 2013.

N. PETTINARI, **Qualità della legislazione**, in MAURO VOLPI e FRANCESCO CLEMENTI (a cura di), **Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Umbria**, Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

N. PETTINARI, **Potentialities and limits in implementing participatory instruments within the law-making process. Critical considerations from the case study of the Region of Umbria (Italy) in the context of the 'multilevel governance' of the European Union**, in «Federalismi.it», num. 24, 20/12/2017.

N. PETTINARI, **La qualità della legislazione nelle Regioni: il caso umbro**, in «Osservatorio sulle fonti», Fascicolo num. 2, 2015.

V. POCAR, Guida al diritto contemporaneo, Ed. Laterza, 2002.

E. E. SCHATTSCHEIDER, *Two Hundred Million Americans in Search of a Government*, New York, 1969.

G. TEUBNER, **Ordinamenti frammentati e Costituzioni sociali**, in (a cura di) A. FEBBRAJO, F. GAMBINO, **Il diritto frammentato**, Serie sociologico-giuridica, Giuffrè Editore, 2013.

A. VALASTRO e N. PETTINARI, Democrazia partecipativa e qualità delle politiche regionali: tra bilancio e prospettive, in F. BASSANINI, F. CERNIGLIA, A. QUADRO CURZIO, L. VANDELLI (a cura di), *Territori e autonomie. Un'analisi economico-giuridica*, Bologna, Il Mulino, 2016.

A. VALASTRO, Partecipazione, politiche pubbliche, diritti, in A. VALASTRO (a cura di), *Le regole della democrazia partecipativa*, Napoli, Jovene Editore, 2010.

A. VALASTRO, La valutazione e i molteplici volti della partecipazione: quale ruolo per la consultazione?, in M. RAVERAIRA (a cura di), *“Buone” regole e democrazia*, 2007.

C. WEISS, **Policy research as advocacy: Pro and con**, in «Knowledge & Policy», 4 (1/2), 1991, pp. 37-56.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

C. WEISS, Research for Policy's Sake: The Enlightenment Function of Social Science Research, in «Policy Analysis», 3 (4), 1977, pp. 531-545.

**CRIATIVIDADE JUDICIAL E CERTEZA DO DIREITO EM SOCIEDADES
DEMOCRÁTICAS¹**

Gilson Jacobsen²

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente estudo é investigar se, nas atuais sociedades democráticas, ainda é viável contrapor a assim chamada *certeza do direito* às cada vez mais frequentes manifestações de criatividade judicial.

É que, para além de um evidente protagonismo judicial, cujas razões histórico-sociais também são reveladas neste trabalho, é crescente a cobrança social por uma Justiça mais célere e eficiente.

Ocorre que a lei, por si só, há muito não basta para dar resposta às cada vez mais complexas e multifacetadas questões que chegam às barras dos tribunais.

A pesquisa foi estruturada em três tópicos. O primeiro é destinado a reconhecer e compreender as causas do atual protagonismo judiciário. O segundo, para investigar a emergência da criatividade judicial. O terceiro, por fim, voltado a responder se certeza do direito é ou não, nas atuais democracias, um valor a ser legitimamente buscado ou reclamado.

¹ O presente estudo é inédito e decorre, em parte, da pesquisa pós-doutoral realizada pelo autor junto à Alma Mater Studiorum Università di Bologna (2017-2018), além de também guardar relação direta ou indireta com as Linhas de Pesquisa que o autor desenvolve junto à Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, nos cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica, respectivamente: Direito e Jurisdição; e, Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade.

² Pós-doutor em Direito e Justiça Constitucional pela Alma Mater Studiorum Università di Bologna - UNIBO/Itália; Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/Brasil; Dottore di Ricerca in Diritto pubblico presso Università Degli Studi di Perugia - UNIPG/Itália; Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI e Professor de Direito Processual Civil dessa mesma universidade, Campus Kobrasol (São José/SC); Juiz Federal Presidente da 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais de Santa Catarina, em Florianópolis-SC/Brasil. Endereços eletrônicos: jacobsen@univali.br e giljacobsen@gmail.com

O Método utilizado na fase de investigação foi o indutivo³; na fase de tratamento dos dados foi o Cartesiano⁴; e, o relatório dos resultados expresso no presente artigo foi composto na base lógica indutiva.

1. PROTAGONISMO JUDICIÁRIO

Os novos tempos clamam por um retorno ao direito, como propõe Grossi⁵. O momento é de redescoberta. Redescoberta da complexidade também do direito, com seu pluralismo e abertura para todas as vozes emergentes da sociedade, onde a fonte autoritária da lei é apenas um dos muitos canais de produção do direito, com toda sua versatilidade e historicidade. É hora de renunciar à sedutora proposta de tornar o direito geométrico ou cristalino como uma ciência pura, ainda que o preço a pagar seja, por vezes, a incerteza.

Hoje a tarefa de cada juiz é mais complexa e difícil do que era a daquele tradicional juiz da modernidade que vivia a ilusão de poder atuar sob a lei, tão-somente, já que os novos tempos o tornam também uma espécie de garante não só do ordenamento jurídico, mas do próprio desenvolvimento social⁶.

Segundo Midiri⁷, multiplicam-se casos em que o juiz não é mais chamado a resolver controvérsias, mas a dar forma jurídica a novas situações sociais.

³ "MÉTODO INDUTIVO: base lógica da dinâmica da pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 205.

⁴ "MÉTODO CARTESIANO: base lógico-comportamental proposta por Descartes, muito apropriada para a fase de Tratamento dos Dados Colhidos, e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor." PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática.** p. 205.

⁵ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto.** 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2017. Introduzione.

⁶ GROSSI, Paolo. **L'invenzione del diritto.** p. 129.

⁷ MIDIRI, Mario. **Poteri Pubblici e Giurisdizione:** 30 casi di giurisprudenza (1990 – 2010). Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 157.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A sensação é que o Estado já não dá conta das pessoas, e de que as pessoas já não podem contar com o Estado, pois o que este ainda oferece àquelas é burocracia, desperdício e, muitas vezes, aulas de corrupção por meio de alguns de seus agentes.

Fato é que as transformações do Estado e da sociedade tiraram o Judiciário do lugar burocrático e discreto em que se mantinha e o colocaram em um local central do sistema social e político, sem regresso⁸.

É crescente a relevância social e política da Justiça nas democracias contemporâneas, e a demanda por justiça tende a aumentar, não tanto em termos quantitativos, mas principalmente em termos qualitativos. São novos e cada vez mais amplos os setores da atividade humana que reclamam pela intervenção do Judiciário. Daí que se espera mais do que mera administração; se espera que a Justiça faça melhor, que melhore seu rendimento, o que requer a introdução de profundas inovações na obra feita pelos sistemas judiciários⁹.

O século XX trouxe substancial novidade, com a percepção de que o direito é fatural. Para além dos Códigos, ademais, surgiram importantes Constituições, como a italiana de 1948, a portuguesa de 1976 e a brasileira de 1988, na esteira da Constituição de Weimer, na Alemanha, de 1919. No caso da Europa, ainda, o mercado comum vai pouco a pouco dando forma a uma importantíssima União nos planos político e jurídico [1992], que não chega a assumir uma Constituição, mas que, além de um Parlamento e de

⁸ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA – Centro de Estudos Sociais – Relatórios [Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra]. **O Recrutamento e a Formação de Magistrados: Uma Proposta de Renovação** – Análise comparada de sistemas e do discurso judiciário em Portugal. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_3.html. Acesso em: 13/05/2018. p. 3 (Introdução).

⁹ GUARNIERI, Carlo. La Giustizia Come Servizio Ai Cittadini: il caso delle best practices. In: ZANON, Nicoló; VILLATA, Gigliola di Renzo; BIONDI, Francesca. **L'Ordinamento Giudiziario a Cinque Anni Dalla Riforma:** um bialancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 53-54.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

uma Comissão (sua instituição de governo), coloca em primeiro plano um órgão judicial: a Corte de Justiça, sediada em Luxemburgo¹⁰.

É dizer, a Europa jurídica se apresenta como um ordenamento jurisprudencial, que, portanto, encontra sua fonte primária não em um organismo político, mas sim no trabalho inventivo dos juristas que compõem aquela Corte¹¹.

Uma conjunção de fatores, como observa Veríssimo¹², vai alterando o papel assumido pelo Poder Judiciário em várias partes do mundo nas últimas décadas, com flagrante exportação de certas competências materiais do Parlamento e do Executivo para o Judiciário. "O Judiciário passa a tomar decisões que, num esquema mais tradicional, pareceriam decisões próprias do Executivo e do Legislativo, como decisões de implementação de política pública e de distribuição de recursos escassos"¹³.

Juízes que até então aceitavam e praticavam a auto-contenção ("self-restraint") começaram a questionar-se, inclusive e principalmente no sistema da *common law*, que as coisas aprendidas na Faculdade de Direito não davam conta de explicar todo o seu trabalho de julgar. Sim, em determinando momento os assim chamados por alguns de *juízes ativistas* passaram a entender que o Direito fornece apenas uma moldura na qual resultados diferentes são possíveis, e que há escolha entre vários resultados possíveis (e justificáveis perante o direito), com consideração de critérios políticos e de resultado; não mais estranhos à aplicação do direito, mas agora considerados inerentes a ela¹⁴.

¹⁰ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. p. 7-19.

¹¹ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. p. 20.

¹² VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. In: WANG, Daniel Wei Liang (Organizador). **Constituição e Política na Democracia**: aproximação entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 63

¹³ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. p. 63.

¹⁴ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. p. 56-57.

Na realidade, a noção formal de Direito e a própria noção formal de Estado de Direito começam a ruir porque entram em descrédito em meados do século passado com o nazismo e o balanço do pós-guerra. Em outras palavras, se um direito objetivo e formalmente estruturado permitiu o nazismo, era sinal de que alguma outra coisa deveria ser acrescida a ele: uma ideia substantiva de Justiça que acabou sendo traduzida no ideário de direitos humanos¹⁵.

Em paralelo, se de um lado o Estado Social trouxe grande centralismo e predomínio do Executivo, de outro, sua legislação ganhou em generalidade e passou a fazer uso de conceitos jurídicos indeterminados, abrindo campo para a aplicação judicial desses conceitos, com surgimento de novas situações relacionadas ao *ativismo* e à *judicialização*, numa confusão de papéis que acaba resultando na proeminência do Judiciário em nossos dias¹⁶.

Um Judiciário, porém, que se ressente de não ser suficientemente inovador e criativo, porque todo o sistema não foi concebido para o novo tipo de sociedade e o novo tipo de funções que essa mesma sociedade demanda¹⁷.

2. CRIATIVIDADE JUDICIAL

Criatividade, segundo Goldberg¹⁸, é a habilidade de identificar problemas centrais e, acerca deles, formular questionamentos relevantes. Problemas não abordados antes. Daí ser a novidade um pré-requisito central da criatividade. Contudo, criatividade também é saber levar em consideração velhos conhecimentos para solver novos problemas. Nessa medida, é a habilidade de gerar ou ao menos experimentar múltiplas e diversas

¹⁵ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. p. 60-61.

¹⁶ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. Controle de constitucionalidade e ativismo judicial. p. 62-63.

¹⁷ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA – Centro de Estudos Sociais – Relatórios [Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra]. **O Recrutamento e a Formação de Magistrados: Uma Proposta de Renovação** – Análise comparada de sistemas e do discurso judiciário em Portugal. p. 3 (Introdução).

¹⁸ GOLDBERG, Elkhonon. **Creativity**: the human brain in the age of innovation. New York: Oxford University Press, 2018. p. 18.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

abordagens para cada problema, quase sempre com obstinação e sem perder o foco, ainda que algumas vezes possa dar a impressão de que se esteja a vagar mentalmente e que determinado resultado seja proveniente de lugar algum.

É inútil, porém, procurar uma só chave ou um só caminho para o processo criativo. Ele decorre de cada particular esforço humano e é erguido sobre cada particular campo do conhecimento; por isso falar-se em múltiplas criatividades¹⁹.

No mundo real, porém, os avanços criativos são fruto de contínuo esforço, por longos períodos de tempo. E o que parece uma faísca criativa é muitas vezes resultado de uma labuta travada por anos ou até por décadas²⁰.

Uma verdadeira solução criativa é, outras tantas vezes, inesperada, surpreendente e até mesmo contraintuitiva²¹.

Através da imaginação criativa não apenas se podem resolver problemas existentes, mas se podem também supor antecipadamente e resolver problemas futuros²².

Não por acaso a ideia de interpretações mais criativas do direito por parte dos juízes, ou de sua aplicação criativa, vem ganhando cada vez mais destaque nos diversos sistemas judiciais, apesar de também ainda contar com resistências.

Além disso, em diversos países europeus, a magistratura se encontra na linha de frente em relação ao dever de dar uma resposta aos fenômenos migratórios e das minorias estrangeiras, já que emergenciais e de enfoque multidisciplinar e plurissetorial, de complexidade e delicadeza

¹⁹ GOLDBERG, Elkhonon. **Creativity**: the human brain in the age of innovation. p. 19.

²⁰ GOLDBERG, Elkhonon. **Creativity**: the human brain in the age of innovation. p. 120.

²¹ GOLDBERG, Elkhonon. **Creativity**: the human brain in the age of innovation. p. 136.

²² LAZZARINI, Guido; GIANMARCO, Piero; MONTRUCCHIO, Paola (A cura di). **Creatività e innovazione in azienda**: elementi per aggredire la crisi. 1. ed. Milano: Gruppo24Ore, 2014. p. XXIII (Introduzione).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

evidentes. Aliás, assiste-se a uma produção normativa frenética que implica uma evidente dificuldade hermenêutica²³.

O juiz de hoje já não interpreta apenas a lei, também interpreta sentenças, o que reconduz ao problema da complexidade das fontes, além de confirmar uma progressiva aproximação entre os sistemas de *civil law* e de *common law*. No caso dos países europeus o juiz também tem que ter presentes as fontes de matriz europeia, como regulamentos e diretivas²⁴.

Na realidade, quando o juiz é chamado a decidir uma lide, o que faz é interpretação-aplicação²⁵.

E quando é suficiente ao juiz repetir a linguagem da lei, está-se diante de um caso fácil (*easy case*), que não reclama criação de uma nova norma. E isso ocorre no comum dos casos, mas não na generalidade deles. É que em alguns casos, chamados difíceis (*hard cases*), determinar a lei requer criar a lei, quando se passa a dizer que o juiz faz nova lei (*judge makes new law*). Algo bem claro e assimilável no sistema da *common law*, mas não tão perceptível no sistema da *civil law*²⁶.

Ao criar nova lei, o juiz deve, segundo Barak²⁷, aspirar a dois objetivos: preencher a lacuna existente entre a realidade social e a lei preexistente, adaptando-a às necessidades de mudança da vida; e, além disso, proteger a Constituição e seus valores.

²³ ITALIA. Consiglio Superiore della Magistratura: Linee programmatiche sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati per l'anno 2018 [Delibera del 27 luglio 2017]. Disponibile in: <https://www.csm.it/documents/21768/87321/Linee+programmatiche+sulla+formazione+e+l%27aggiornamento+professionale+dei+magistrati+per+l%27anno+2018/a206b096-105b-a525-6a24-78e80c0402f1>. Accesso in: 11 giu. 2018. p. 6.

²⁴ PATTI, Salvatore. L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato. **Il Foro Italiano**, parte quinta, 2014, Società Editrice IL FORO ITALIANO, Roma. p. 114.

²⁵ PATTI, Salvatore. L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato. p. 117.

²⁶ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006. Introduction. p. 306.

²⁷ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 306-307.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Uma atuação mais criativa por parte da jurisprudência, porém, não está imune a críticas. Ciarlo²⁸, por exemplo, reclama que os juízes parecem querer criar um “direito à esperança”. Já Guarnieri²⁹ cobra do corpo judiciário modéstia, responsabilidade e moderação [*self-restraint*].

É certamente de outra criatividade judicial que o presente estudo trata. Algo mais próximo da *interpretatio* do jurista romano. Isso porque o caráter *criativo* da jurisprudência é quase um lugar comum da literatura romanística, com seu método *casuístico*³⁰.

Hodiernamente, numerosas são as manifestações da natureza criativa da jurisprudência, fruto de escolhas. Basta recordar do tratamento jurisprudencial dado às formas contratuais, da elaboração jurisprudencial dos direitos da personalidade ou da proteção ao meio ambiente em questões ambientais³¹.

Já no campo dos direitos fundamentais da pessoa intervém outro fator, que deriva da necessidade de assegurar especificação e individuação, em oposição à uniformidade e generalidade típicas da lei. Daí interpretação e aplicação formarem uma unidade na decisão do caso concreto. Tanto que a Corte Europeia de Direitos Humanos utiliza a fórmula “direitos concretos e efetivos e não teóricos e ilusórios”, e sua jurisprudência é ponto de referência para juízes internos ou nacionais e para a própria Corte Constitucional³².

²⁸ CIARLO, Pietro et al. Giudice e Legislatori (Debattiti). **Diritto Pubblico**. fasc. 2. maggio-agosto 2016, Il Mulino, Bologna. p. 533-537.

²⁹ GUARNIERI, Carlo. La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa. In: GUARNIERI, Carlo; INSOLERA, Gaetano; ZILLETI, Lorenzo (a cura di). **Anatomia del potere giudiziario: nuove concezioni, nuove sfide**. 1. ed. Roma: Carocci Editore, 2016. p. 65-72.

³⁰ VACCA, Letizia. **La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano: Corso de Lezioni**. 2. ed. rev. ed ampl. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. p. 57-58.

³¹ ZAGREBELSKY, Vladimiro. Sugli inattuali presupposti del vigente ordinamento giudiziario. **Il Foro Italiano**, parte quinta, 2014, Società Editrice IL FORO ITALIANO, Roma. p. 111.

³² ZAGREBELSKY, Vladimiro. Sugli inattuali presupposti del vigente ordinamento giudiziario. p. 111.

Até mesmo em relação à linguagem utilizada ou mais apropriada pode e deve haver alguma dose de criatividade, a fim de que a decisão seja mais bem compreendida por todos e possa vir a ser cumprida/executada. Assim, até mesmo uma metáfora, se bem utilizada no campo jurídico, captura a atenção, surpreende e envolve emocionalmente, além de ficar impregnada na memória de quem a lê³³. Afinal, a justiça é administrada, na realidade, em nome do povo, e o conteúdo de uma sentença deve ser comprehensível por cada cidadão. Daí que sua linguagem deve ser simples, clara e sintética; jamais inutilmente redundante³⁴.

E aplicar o direito “de forma tecnicamente adequada e inovadora, com uma forte cultura de cidadania”, como recomenda o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, parece ser mesmo o caminho e um dos maiores desafios a serem enfrentados na atualidade³⁵.

3. CERTEZA DO DIREITO EM SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

A tradição jurídica ocidental compartilha valores comuns, como os fundamentos da democracia representativa e os grandes princípios políticos da igualdade, da liberdade de expressão, da laicidade do Estado, que se concretizam de modo uniforme³⁶.

Segundo observa Pascuzzi³⁷, em muitos campos do conhecimento a inovação é vista como virtude: p.ex., na física, na química, na medicina.

³³ DELMAR, Maks. Metaphor in International Law: Language, Imagination and Normative Inquiry. **Nordic Journal of International Law**, v. 86, n. 2, 2017. p. 177.

³⁴ CARINGELLA, Francesco. **Dieci lezioni sulla giustizia:** per cittadini curiosi e perplessi. 1. ed. Milano: Mondadori, 2017. p. 33.

³⁵ OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. **O SISTEMA JUDICIAL E OS DESAFIOS DA COMPLEXIDADE SOCIAL:** Novos caminhos para o recrutamento e a formação de magistrados. Maio de 2011. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Formacao_16Jun.pdf. Acesso em: 13/05/2018. p. 516.

³⁶ MEZZETTI, Luca. **Teoria Costituzionale:** Principî costituzionali, Giustizia costituzionale, Diritti umani, Tradizioni giuridiche e fonti del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015. p. 404.

³⁷ PASCUZZI, Giovanni. **La creatività del giurista:** tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 1. ed. Bologna: Zanichelli, 2013. p. 1.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Contudo, no campo do direito é encarada com suspeita. Dos juristas, afinal, não se esperam manifestações de criatividade.

Na realidade, esse estereótipo é fruto do paradigma lógico-formal, e também é reforçado para não frustrar a perseguida certeza do direito. É dizer, o sistema seria idealizado para que a um determinado tipo de problema seja dada sempre uma mesma resposta. E nessa perspectiva o trabalho do jurista seria sempre repetitivo e pouco original³⁸.

Ocorre que *certeza* e *previsibilidade* não são sinônimas da palavra *imutabilidade*. O direito pode ser “inventado” em certa medida, porque é fenômeno histórico. Em verdade, o direito muda no curso do tempo enquanto produto e motor das alterações culturais, econômicas, sociais, políticas³⁹.

E não é somente através de alterações legislativas que o direito muda. Um papel muito importante tem a jurisprudência⁴⁰.

Basta recordar, por exemplo, do famoso caso Marbury vs. Madison, em 1803, nos Estados Unidos, que inaugurou o controle de constitucionalidade das leis; ou do caso Brown vs. Board of Education, ao rejeitar a teoria do “separados mas iguais”⁴¹.

Tratar de criatividade dos juízes pressupõe fazer uma análise eclética do papel judicial em uma sociedade democrática. Nesse ponto Barak⁴² fornece importantes subsídios.

Cada juiz, segundo Barak, é um mundo distinto em si mesmo, e é bom que não seja de outra maneira, porque o pluralismo ideológico é a marca

³⁸ PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista: tecniche e strategie dell’innovazione giuridica. p. 1-2.

³⁹ PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista: tecniche e strategie dell’innovazione giuridica. p. 2

⁴⁰ PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista: tecniche e strategie dell’innovazione giuridica. p. 3

⁴¹ PASCUZZI, Giovanni. La creatività del giurista: tecniche e strategie dell’innovazione giuridica. p. 4.

⁴² BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. xi.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

dos juízes nos sistemas legais democráticos. Assim, diferentes juízes refletem – mas não representam – as diferentes opiniões de cada sociedade⁴³.

Ao decidir cada disputa, o juiz cumpre seu papel que é o de preencher a lacuna que existe entre a lei e a sociedade, tornando-se parceiro da criação da lei e, assim, mantendo a coerência do sistema legal. Além disso, a segunda maior tarefa de cada juiz é proteger a Constituição e a democracia⁴⁴.

É que quando mudanças ocorrem na realidade social, a lei deveria mudar também, mas muitas vezes falha em adaptar-se às mudanças⁴⁵.

Ademais, se a lei tem um objetivo social, parece claro que a interpretação deve ser feita no sentido de realizar esse objetivo social⁴⁶.

Tudo para reforçar que, se na modernidade jurídica se podia argumentar com certeza do direito, hoje isso já não é possível. E é exatamente por isso que os princípios agora se destacam e a interpretação passa a assumir um novo papel⁴⁷.

Aliás, em geral, quanto mais fechado e autoritário é o Estado, tanto menos o ordenamento concede a possibilidade de interpretar de maneira evolutiva as disposições do mesmo Estado. Foi assim em relação à codificação de Justiniano, que vetou sua interpretação; foi assim por ocasião do racionalismo pós-revolução francesa, no século XVIII, que excluía de fato a interpretação do juiz “boca da lei”; e foi assim por ocasião do Estado Nazista, que admitia uma interpretação só técnico-formal, para conservar o poder nas autoridades políticas controlados pelo ditador⁴⁸.

⁴³ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. xv- xvi.

⁴⁴ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. XVII-XVIII.

⁴⁵ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 4-16.

⁴⁶ BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. p. 124.

⁴⁷ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. p. 51-52.

⁴⁸ PISANESCHI, Andrea. **Diritto Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2014. p. 77.

Assim, a pretensa certeza do direito sempre foi sustentada como uma muralha entre sociedade e Estado; entre sociedade e direito. Não era de se estranhar que o direito, então, se socorresse do legalismo e do formalismo; afinal, vivia-se o afã da pureza de um direito oficial⁴⁹.

Há, porém, quem ainda esteja inebriado pelo mito da lei; por aquela visão “moderna” que concentra no legislador a criação do direito, e na lei a sua ordinária manifestação⁵⁰.

Já o pós-moderno valoriza a efetividade e apostava na juridicidade, com a consideração da força interior dos fatos para incidir sobre a realidade circundante, ainda que com perda da simplicidade, clareza, certeza e coerência sistemática pronunciadas pelo direito codificado⁵¹.

É certo, então, que a jurisprudência não oferece sistemas ou pontos de certeza; por isso falar-se exatamente de seu papel criativo, na medida em que se fazem escolhas criativas na construção do direito que ajuda a erguer⁵².

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, o protagonismo judiciário é fenômeno presente em diversas sociedades democráticas e encontra suas origens no período pós Segunda Guerra Mundial, quando ficou patente que o legislador e as leis que dele emanam não encerram todo o direito e toda a justiça.

Em verdade, hoje se sabe, a lei representa para o juiz uma moldura, que absolutamente não traz solução para todos os casos, sobretudo para os assim chamados casos difíceis (*hard cases*).

⁴⁹ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2017. p. 61.

⁵⁰ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2017. p. 22.

⁵¹ GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2017. p. 28-29.

⁵² GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. p. 88-89,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Daí ser cada vez mais destacada a importância dos precedentes jurisprudenciais como fontes, também, do direito, confirmado a tendência de aproximação dos sistemas da *common law* e da *civil law*.

Daí, igualmente, a emergência e a licença para decisões judiciais cada vez mais criativas, na medida em que escrutinam os casos concretos à luz de suas próprias singularidades e de seus particulares contextos, muitas vezes não contemplados ou sequer imaginados pela abstrata previsão legislativa.

Assim, já não cabe argumentar com risco à certeza do direito, porque o direito não é imutável no tempo e o preço a se pagar por uma decisão justa, nas sociedades democráticas, pode ser sim o da incerteza quanto à melhor resposta judicial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

BARAK, Aharon. **The judge in a democracy**. Princeton-Oxford: Princeton University Press, 2006.

CARINGELLA, Francesco. **Dieci lezioni sulla giustizia:** per cittadini curiosi e perplessi. 1. ed. Milano: Mondadori, 2017.

CIARLO, Pietro *et al.* Giudice e Legislatori (Debattiti). **Diritto Pubblico**. fasc. 2. maggio-agosto 2016, Il Mulino, Bologna. p. 483-623.

DELMAR, Maks. Metaphor in International Law: Language, Imagination and Normative Inquiry. **Nordic Journal of International Law**, v. 86, n. 2, 2017. p. 170-195.

GOLDBERG, Elkhonon. **Creativity:** the human brain in the age of innovation. New York: Oxford University Press, 2018.

GROSSI, Paolo. **Ritorno al diritto**. 2. ed. Roma-Bari: Laterza, 2017.

GUARNIERI, Carlo. La Giustizia Come Servizio Ai Cittadini: il caso delle best practices. In: ZANON, Nicoló; VILLATA, Gigliola di Renzo; BIONDI, Francesca. **L'Ordinamento Giudiziario a Cinque Anni Dalla Riforma:** um bialancio tra spinte all'efficienza e servizio ai cittadini. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

GUARNIERI, Carlo. La crescente importanza della formazione giudiziaria in Europa. In: GUARNIERI, Carlo; INSOLERA, Gaetano; ZILLETTI, Lorenzo (a cura di). **Anatomia del potere giudiziario:** nuove concezioni, nuove sfide. 1. ed. Roma: Carocci Editore, 2016.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ITALIA. Consiglio Superiore della Magistratura: Linee programmatiche sulla formazione e l'aggiornamento professionale dei magistrati per l'anno 2018 [Delibera del 27 luglio 2017]. Disponibile in: <https://www.csm.it/documents/21768/87321/Linee+programmatiche+sulla+formazione+e+l%27aggiornamento+professionale+dei+magistrati+per+l%27anno+2018/a206b096-105b-a525-6a24-78e80c0402f1>. Accesso in: 11 giu. 2018.

LAZZARINI, Guido; GIANMARCO, Piero; MONTRUCCIO, Paola (A cura di). **Creatività e innovazione in azienda:** elementi per aggredire la crisi. 1. ed. Milano: Gruppo24Ore, 2014.

MEZZETTI, Luca. **Teoria Costituzionale:** Principî costituzionali, Giustizia costituzionale, Diritti umani, Tradizioni giuridiche e fonti del diritto. Torino: G. Giappichelli Editore, 2015.

MIDIRI, Mario. **Poteri Pubblici e Giurisdizione:** 30 casi di giurisprudenza (1990 – 2010). Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA – Centro de Estudos Sociais – Relatórios [Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra]. **O Recrutamento e a Formação de Magistrados: Uma Proposta de Renovação** – Análise comparada de sistemas e do discurso judiciário em Portugal. Outubro de 2001. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/portugues/relatorios/relatorio_3.html. Acesso em: 13/05/2018.

OBSERVATÓRIO PERMANENTE DA JUSTIÇA PORTUGUESA – Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. **O SISTEMA JUDICIAL E OS DESAFIOS DA COMPLEXIDADE SOCIAL:** Novos caminhos para o recrutamento e a formação de magistrados. Maio de 2011. Disponível em: http://opj.ces.uc.pt/pdf/Relatorio_Formacao_16Jun.pdf. Acesso em: 13/05/2018.

PASCUZZI, Giovanni. **La creatività del giurista:** tecniche e strategie dell'innovazione giuridica. 1. ed. Bologna: Zanichelli, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica:** Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PATTI, Salvatore. L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato. **Il Foro Italiano**, parte quinta, 2014, Società Editrice IL FORO ITALIANO, Roma. p. 114-119.

PISANESCHI, Andrea. **Diritto Costituzionale.** Torino: G. Giappichelli Editore, 2014.

VACCA, Letizia. **La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano:** Corso de Lezioni. 2. ed. rev. ed ampl. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ZAGREBELSKY, Vladimiro. Sugli inattuali presupposti del vigente ordinamento giudiziario. **Il Foro Italiano**, parte quinta, 2014, Società Editrice IL FORO ITALIANO, Roma, p. 109-114.

**DIREITO À MORTE DIGNA: UMA ABORDAGEM SOBRE A MORTE COM
INTERVENÇÃO**

Taciana Afonso Xavier de Carvalho¹

Vitor Carvalho Miranda²

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à vida é o primeiro direito de uma pessoa, pois, a partir dele, é que surgem os demais direitos fundamentais, e possui dupla acepção, qual seja, o direito de permanecer vivo e o direito à vida humana digna.

Diante do direito fundamental à vida surge a polêmica sobre sua irrenunciabilidade - proteção da vida contra seu próprio titular - e inviolabilidade - proteção da vida em face de terceiro. É nesse contexto que surgem as discussões quanto à possibilidade da renúncia à vida, questionando-se se assim como há o direito à vida digna, existe também o direito a morte digna.

Tal preocupação se dá em razão de uma minoria social - pessoas em estado terminal ou em estado vegetativo persistente – que muitas vezes tem seu desfecho inutilmente prorrogado ou sofrem dores exorbitantes, o que viola vários de direitos fundamentais, sobretudo, o valor supremo da dignidade da pessoa humana. Ora, o prolongamento da vida em agonia, com

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas de Cacoal - UNESC, bem como especialização em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP e especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER. Atua como Defensora Pública do Estado de Rondônia.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Magister Legum (LL.M.) pela Universität Passau. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Direito Civil com Ênfase em Direito de Família e Sucessões pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci. Atua como Defensor Público do Estado de Rondônia.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

injustificado e irrazoável sofrimento, demonstra a necessidade de se esclarecer sobre a morte com intervenção à luz da dignidade humana.

Pretende-se aqui valorizar a autonomia da vontade humana para que, em situações excepcionais, pacientes e seus familiares possam optar por uma morte com intervenção, como expressão da dignidade humana, conforme será demonstrado.

Para tanto, serão abordados conceitos operacionais para entendimento do tema, conceituando-se a eutanásia, o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia, bem como elementos essenciais associados a esta última, sendo eles a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos.

Após, será feita consideração quanto ao direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro, discutindo se sua inviolabilidade e irrenunciabilidade são ou não absolutas. Logo após, discorre-se sobre a dignidade da pessoa humana, que é o mais forte fundamento para o direito a uma morte com intervenção, ao mesmo tempo em que constitui sua limitação, tensão esta que merece ponderações de interesses para se chegar a uma melhor elucidação sobre o tema.

Por fim, farão tratados aspectos da morte digna, verificando a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro da morte com intervenção.

1. TANATOLOGIA E SEUS CONCEITOS OPERACIONAIS

Para melhor elucidação do tema sobre a morte com intervenção, necessário que se aborde alguns conceitos operacionais³, que muitas vezes possuem visão distorcida sobre o tema, a partir de significados errôneos que só aumentam as dificuldades de debates sobre o assunto. Segundo Barroso

³ PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. P. 43 e s.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e Martel⁴, é conveniente identificar os conceitos operacionais mencionados alhures. Vejamos. Conforme lecionam os autores anteriormente citados, a eutanásia, atualmente, comprehende a forma ativa aplicada por médicos a doentes terminais, nos casos em que sua morte é inevitável em curto lapso temporal. Seria uma morte benevolente - que não se confunde com homicídio piedoso, expressão mais ampla que eutanásia -, consoante padrões médicos, pois há pacientes que se encontram em situação irreversível e incurável. Ela pode ser com consentimento manifestado – voluntária; feita sem conhecimento da vontade do paciente – não voluntária; e contra a vontade do paciente – involuntária.

Por sua vez, a distanásia consiste no prolongamento artificial da vida do paciente que não tem mais chance de cura ou de recuperação de sua saúde, conduta esta que “não se prolonga a vida propriamente dita, mas o processo de morrer”.⁵ Associados à distanásia estão, portanto, a obstinação terapêutica, que é o comportamento médico de combater a morte de todas as formas; e o tratamento fútil, consistente no emprego de técnicas e métodos extraordinários e desproporcionais de tratamento que, apesar de prolongarem a vida, não curam, além de acentuarem os sofrimentos.⁶

Já a ortotanásia é o termo médico utilizado para definir a morte natural, sem a intervenção da ciência, evitando-se métodos extraordinários de suporte de vida, como medicamentos e aparelhos, em pacientes irrecuperáveis.⁷

O cuidado paliativo e a recusa ao tratamento médico são expressões indissociáveis da ortotanásia. A primeira consiste na utilização de tecnologia para diminuir tanto o sofrimento físico, quanto o psíquico do

⁴BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, p. 22, 2010.

⁵ PESSINI, apud BARROSO; MARTEL, p. 23-24, 2010.

⁶ PESSINI, apud BARROSO; MARTEL, p.24, 2010.

⁷ARAGUAIA, Mariana. **Ortotanásia.** Disponível em: <<http://www.brasilescola.com/sociologia/ortotanasia.htm>>. Acesso em: 31 ago 2018.

paciente, o que vai totalmente de encontro à distanásia. Já a segunda consiste na decisão do próprio paciente de, após ser devidamente informado, de negar o início ou a continuação de tratamento médico, mediante assinatura de um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido. Quando a recusa ocorre em situações em que a recuperação da saúde é impossível, mesmo com a intervenção ela é tachada de limitação consentida de tratamento ou suspensão de esforços terapêuticos, que pode se dar em três situações: a retirada de suporte vital, a não oferta de suporte vital, as ordens de não ressuscitação ou de não reanimação.⁸

Por último, os autores destacam que o suicídio assistido consiste na retirada da própria vida com auxílio ou assistência de um terceiro, que pode inclusive ser o médico.

A partir de tais conceitos operacionais, assume-se uma melhor condição de defender a morte com intervenção, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro, visto que ela não se dá apenas com a eutanásia ou com o suicídio assistido, havendo meios alternativos e que proporcionam uma morte mais humana, uma morte digna.

2. O DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O primeiro direito do homem é o direito à vida, pois é, a partir dele, que decorrem todos os demais. Tal direito deve ser compreendido em uma dupla acepção, o direito de permanecer vivo e o direito a uma existência digna.

Segundo argumenta Novelino⁹: "[...] a importância axiológica e o fato de ser pressuposto de todos os demais direitos conferem à *inviolabilidade do direito à vida* um peso elevado na ponderação com outros bens jurídicos,

⁸ANCP. ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. **O que são cuidados paliativos?**. Disponível em: < <http://www.paliativo.org.br/ancp.php?p=oqueecuidados> >. Acesso em: 08 jan 2014.

⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 428.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

mas não um caráter absoluto". O autor cita como exemplos de exceções da inviolabilidade do direito à vida, no sistema jurídico brasileiro, a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, CRFB), a legítima defesa de terceiro e o aborto em casos de gravidez resultante de estupro ou em razão do risco para a mãe (art. 128 do Código Penal).

Com relação à morte com intervenção, a legislação penal brasileira não traz, em regra, consequências específicas, podendo-se extrair, todavia, que a eutanásia e, a depender do caso, a ortotanásia enquadram-se no tipo penal do homicídio – art. 121 do Código Penal¹⁰ -, seja ele comissivo ou omissivo, sendo que o suicídio assistido está tipificado no art. 122 do Código Penal¹¹, que tem como núcleo a indução, a instigação ou o auxílio ao suicídio, não importando para tanto, a condição de saúde do paciente, se em estado terminal ou não, nem mesmo seu consentimento.

Procurando contornar a deficiência da legislação jurídica brasileira supramencionada, o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução n. 1.995 de 09 de agosto de 2012, a qual combate as dores decorrentes de tratamentos e procedimentos médicos que prolongam a vida de pacientes terminais sem chance de cura. A referida Resolução determina aos médicos o respeito às diretivas antecipadas de vontade manifestadas pelos pacientes, nas quais este, enquanto estiver no gozo de suas faculdades mentais, pode definir limites terapêuticos a serem utilizados em seu tratamento médico em eventual hipótese de estado terminal. Tal declaração, que deve ser expressa, terá validade e eficácia, e prevalecerá sobre qualquer outro parecer não médico e sobre a manifestação de vontade dos familiares.¹²

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

¹² Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade. [...] §3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares." BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução sobre as

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Consoante afirma Farias e Rosenvald¹³ “trata-se de uma significativa homenagem ao reconhecimento do direito à morte digna como uma consequência natural do direito à vida digna. Cuida-se, tão só, do direito do paciente de morrer sem sofrimentos desnecessários”.

A própria Igreja Católica, na Encíclica *Evangelho de Vida*, do Papa João Paulo II¹⁴, de maio de 1995, admite a renúncia do excesso terapêutico, que consiste nas intervenções inadequadas à situação real do paciente, seja porque não são proporcionais aos resultados que se pode esperar, seja porque são muito gravosas ao doente e a sua família, dando prolongamento precário e penoso da vida.¹⁵

Assim, apesar da consagração do direito à vida, não só sua inviolabilidade não deve ser absoluta, mas também sua irrenunciabilidade. Ora, a dignidade humana não somente protege o direito à vida, mas também o direito à liberdade, à autonomia e ao não tratamento cruel ou degradante. Submeter doentes a prolongamento de uma vida cheia de dor, sofrimento e humilhação, a tratamentos de cura ou reversão improváveis ou desconhecidos, também viola sua dignidade. Assim, a morte com intervenção, em tais casos, é expressão máxima da autonomia da vontade, da liberdade, do não sofrimento físico e mental, mas, sobretudo, da própria dignidade humana.

Antes de discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, importante fazer uma breve argumentação sobre o princípio da proporcionalidade, para que se possa reforçar a tese argumentativa de que o

diretivas antecipadas da vontade do paciente. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 2ª ed. – rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, pg 378.

¹⁴ JOÃO PAULO SEGUNDO, Papa. EVANGELIUM VITAE. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

¹⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 595.

direito à vida (assim como todos os demais direitos fundamentais) não pode ser tido como de inviolabilidade e irrenunciabilidade absolutas, advogando a favor da morte com intervenção, pelo menos nos casos de ortotanásia.

2.1 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade trata-se de um princípio hermenêutico (critério de interpretação de outras regras constitucionais), sendo considerado princípio implícito na Constituição Brasileira de 1988 e, segundo o Supremo Tribunal Federal¹⁶, mesmo que se discuta se ele é retirado do princípio do devido processo legal em seu caráter substancial para aqueles que seguem a tradição constitucional norte americana como ou do princípio do estado democrático de direito para aqueles que se filiam à tradição germânica.

O princípio da proporcionalidade (*Verhältnismaßigkeitsgrundsatz*), segundo Alexy¹⁷, se divide em três subprincípios (*Geeignetheit, Erfahrbarkeit e Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, respectivamente adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), as quais serão explicitadas a seguir, trazendo-as para o caso da morte com intervenção e para a discussão sobre ser o direito à vida, absoluto ou não.

A adequação é uma relação entre meio e fim, ou seja, o meio utilizado deve ser apto a alcançar ou a promover o fim pretendido. Ora, permitir a liberdade de escolha aos pacientes com quadro clínico irreversível, os quais se encontram em estado terminal ou vegetativo persistente (casos em que ou o consentimento é anterior a tal condição, ou o consentimento é dado por seus familiares), para que optem por não combater sua doença com

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2018 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

¹⁷ ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 100.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

métodos extraordinários e desproporcionais (métodos estes utilizados na distanásia), é dar efetividade aos princípios constitucionais da autonomia da vontade e da liberdade, bem como às integridades físicas e psíquicas do paciente, mas, sobretudo, à sua dignidade humana.

A necessidade, segunda sub-regra da proporcionalidade, significa que quando há vários meios para promover igualmente um determinado fim, deve-se optar pelo meio menos gravoso possível. No caso de pacientes em estado terminal ou em estado vegetativo persistente, é necessário/exigível permitir que eles mesmos (ou, quando não for possível, seus familiares) optem ou não pela rejeição de tratamentos longos, dolorosos e de improvável reversão de seu quadro, pois não há outro meio para garantir seus direitos subjetivos elencados alhures.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito consiste no verificar a intensidade da restrição do âmbito de incidência de um direito fundamental e a realização do direito fundamental que terá seu respectivo âmbito de incidência alargado no caso concreto.

Permitir que o paciente e sua família optem pelo não tratamento médico, gerador de agonia e padecimento, de improvável reversão de seu quadro ou mesmo nos casos em que a medicina ainda desconhece a cura, o qual somente geraria um prolongamento sacrificado da vida, intrusões corporais indevidas, sofrimento, dor e humilhação, é dar primazia à autonomia da vontade e liberdade e, até mesmo, a sua saúde física e psíquica, mas, sobretudo, é elevar ao máximo grau a sua dignidade humana, permitindo-lhe uma morte digna.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil consagra como fundamento do Estado a dignidade da pessoa humana¹⁸, tornando-a um valor

¹⁸ "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

constitucional supremo, sendo atributo ou qualidade intrínseca de todo e qualquer ser humano, informando toda a ordem jurídica e assegurando todos os direitos inerentes à pessoa humana, daí o porquê de todos os direitos fundamentais existirem para proteger e promover a dignidade, que é fundamento de todos eles.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais possuem relação de dependência: ao mesmo tempo em que estes surgiram como uma exigência daquela, somente por meio de tais direitos é que se consegue respeitar e proteger a dignidade.

A preocupação com a dignidade do ser humano se deu, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial, como reação às práticas nazistas, fascistas e ditatoriais por todo o mundo, que iam totalmente de encontro à dignidade humana. Assim, declarações universais de direito e diversas constituições passaram a consagrar expressamente a dignidade, que deixou de ser, dessa forma, um valor moral para ser também um valor jurídico, revestido de normatividade.

Conforme mencionado, a dignidade humana é um atributo do ser humano (e não um direito). Segundo Novelino¹⁹ “[...] o ordenamento jurídico não confere dignidade a ninguém, mas tem a função de proteger e promover este valor”. Diz o autor que, reconhecer a dignidade como valor, impõe aos poderes públicos o dever de respeito, que impede a realização de atividades prejudiciais à dignidade; o dever de proteção, o qual exige ação positiva desses poderes na defesa da dignidade contra qualquer tipo de violação; e o dever de promoção, que impõe ao Estado atuar no sentido de proporcionar os meios indispensáveis a uma vida digna.

fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Organização de Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2013.

¹⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 372.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A dignidade é conceito amplo, abstrato e polissêmico, ainda não possuindo definição uniforme, seja no âmbito doutrinário ou jurisprudencial. Como ressalta Bernardo Gonçalves Fernandes²⁰, mesmo que não haja sistematização científica, a dignidade da pessoa humana é vista como um super princípio. Essa postura é adotada sobretudo pelos juristas de influência alemã e deriva do ideal kantiano meta-jurídico do imperativo categórico de que a ser humano seria um fim nela mesma. Na verdade a dignidade da pessoa humana não seria um princípio, dada a sua superioridade sobre os demais princípios. De acordo com Fernandes²¹ ela deve ser vista como um meta-princípio, haja vista que “irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos humanos, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral e igualitário, sempre tratando a pessoa com um fim em si mesma”.²²

Quando se trata da morte com intervenção, por exemplo, a dignidade pode ser invocada tanto em seu favor, quanto contra. Apesar disso, há determinadas situações em que é perfeitamente possível a identificar.

Segundo ensina Carvalho²³, a dignidade da pessoa humana decorre do fato de o ser humano, racional como o é, possuir autonomia e direito de autodeterminação, pois todo homem tem dignidade e não preço – como as coisas –, já que é marcado, pela sua própria natureza, como um fim em si mesmo, jamais como um meio para se atingir determinado fim, consoante pensamento kantiano (fórmula do objeto).

²⁰ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodíum, 2015, p.357-358.

²¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodíum, 2015, p. 358

²² FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. Salvador: Juspodíum, 2015, p. 358

²³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional:** Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo. 13ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 546-547.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Nessa linha, Novelino²⁴ leciona que haverá violação da dignidade quando uma pessoa for tratada não só como meio para atingir determinado fim (aspecto objetivo), mas cujo tratamento deva ser, também, fruto de uma expressão de desprezo por sua condição (aspecto subjetivo).

Não se deve deixar de considerar que a dignidade, de acordo com o exposto acima, para além de uma dimensão individual (autonomia e autodeterminação), possui também uma dimensão social (dever estatal de respeito, proteção e promoção da dignidade), razão pela qual o Estado deve atuar para que todos, em especial indivíduos hipossuficientes, tenham acesso a bens e utilidades básicas, garantindo um mínimo existencial para que as pessoas possam viver dignamente.

Diante das dimensões individual e social da dignidade humana, Barroso e Martel²⁵ designam a dignidade, respectivamente, como autonomia e como heteronomia, conforme será exposto a seguir.

Consoante argumentam Barroso e Martel²⁶, a dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação, o direito de o indivíduo decidir sobre sua própria vida, especialmente quando se tratar de escolhas personalíssimas que não violem direito de terceiros.

Assim, a dignidade como autonomia valoriza a liberdade e os direitos fundamentais do indivíduo. Todavia ela não é ilimitada ou incondicional, visto que a convivência harmoniosa em sociedade, por vezes, exige ponderação de interesses entre direitos fundamentais aparentemente conflitantes, surgindo, portanto, a necessidade de imposição de valores externos às pessoas, que é justamente a dignidade como heteronomia.

²⁴ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011, p. 373.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, p. 38, 2010.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, p. 38-42, 2010.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A dignidade como heteronomia visa à proteção de valores sociais, valores compartilhados por uma comunidade, sendo, portanto, externa ao indivíduo e limitadora de sua liberdade. Ora, antes de fazer escolhas individuais, é preciso analisar se elas não afetarão o bem comum ou o interesse público, o que, indiretamente, também afetará o bem do próprio indivíduo.

A dignidade como heteronomia não anula ou exclui a dignidade como autonomia, ambas convivem e devem ser ponderadas de acordo com casos concretos. Cabe, neste trabalho, verificar a aplicação da dignidade como autonomia ou como heteronomia no contexto da morte com intervenção, já que ambas podem ser utilizadas como argumentos a favor ou contra.

A seguir será abordado o direito à morte digna, momento em que será analisada qual a dignidade prevalece nos casos de morte com intervenção.

4. DIREITO À MORTE DIGNA: MORTE COM INTERVENÇÃO

Conforme já visto, a morte com intervenção não se resume somente à eutanásia, o que, infelizmente, ainda não é considerado no sistema jurídico brasileiro. Se fosse feita tal diferenciação seria perfeitamente possível, viável e, sobretudo, digna, a opção do paciente e de sua família ao menos pela ortotanásia, pelo cuidado paliativo e pela limitação consentida de tratamento, com manifestação voluntária do paciente ou de seu representante, após processo de informação registrado mediante Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, não havendo nenhuma conduta antijurídica.

No caso da morte com intervenção, deve ser levada em conta a dignidade como autonomia, dando-se prevalência à autonomia da vontade do paciente, visto que ela se daria em cada caso concreto, e não de maneira apriorística como a dignidade como heteronomia. Ao optar pela dignidade como autonomia não quer dizer que o paciente será obrigado a se ver livre

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

do tratamento, já que o paciente terá diversas opções para escolher livremente, como por exemplo optar pelo prolongamento máximo de sua vida ou o seu não prolongamento artificial.

A dignidade da pessoa humana não deve ser aplicada somente durante a vida da pessoa, mas também quando de sua morte. A própria Constituição Brasileira veda qualquer tipo de tratamento cruel ou degradante²⁷ – o que decorre da própria dignidade –, mas, como justificar então a obrigação imposta ao paciente terminal, com impossibilidade de cura, melhora ou reversão de sua situação, a viver o final de sua vida em profundo sofrimento físico e mental?

A escolha do indivíduo e de seus familiares pela abreviação de sua vida seria consentida expressamente por ele, mediante processo de informação, para assegurar que sua escolha foi livre, consciente e esclarecida.

Logo, a opção de pacientes terminais, em estado vegetativo ou portadores de doenças incuráveis, os quais estão sofrendo imensurável sofrimento físico e mental, por não fazer o tratamento ou se verem ligados a aparelhos, deve ser respeitada, sob pena de violação de sua autonomia e de sua dignidade, impondo-lhes sofrimento inútil e desnecessário (aqui tratamos da limitação consentida de tratamento).

A preocupação, nos casos referidos no parágrafo anterior, deve ser em manter a qualidade de vida do enfermo, proporcionando-lhes cuidados necessários para alívio de todo seu sofrimento, a fim de que tenha uma morte tranquila, uma morte digna (estamos nos referindo aos sistemas de cuidados paliativos e de controle da dor).

²⁷ "Art. 5º [...] III - Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante". BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2013.

Daí o porquê de a Resolução n. 1.995 do Conselho Federal de Medicina já citada, ao permitir a ortotanásia, não só ser respeitadora e promovedora da dignidade da pessoa humana, mas ela também está em pleno acordo com o direito brasileiro.

Já os casos de eutanásia – mesmo que voluntária – e de suicídio assistido são mais complexos, porque, conforme já comentado, são tratados como condutas criminosas no ordenamento jurídico pátrio. Todavia, indo mais além no assunto, considerando que o direito à vida é um direito a uma vida com dignidade, e que há outros direitos fundamentais, também decorrentes da dignidade, para além do direito à vida, como a liberdade e a autonomia da vontade, poder-se-ia, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e com a vontade livre, consciente e esclarecida do paciente, entender que ambos deveriam ser reconhecidos no ordenamento jurídico, visto que, também, encontram respaldo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A deficiência da legislação jurídica brasileira, bem como as desavenças doutrinárias, indicam a necessidade de uma releitura sobre a morte com intervenção. Essa releitura realizou-se, em primeiro plano com o esclarecimento de termos pouco conhecidos, cuja desconhecimento concorre preponderantemente para que o tema seja pouco debatido, gerando, como comentamos, a noção negativamente preconcebida de que acerca da morte com intervenção, em virtude de sua rejeição pela falta de conhecimento dos conceitos operacionais, bem como pela errônea percepção de que ela não é permitida no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscou-se, portanto, com o presente estudo defender a ideia de uma morte digna, por meio da intervenção, que não necessariamente é a eutanásia – havendo também o suicídio assistido, a distanásia e a ortotanásia –, para pacientes que se encontram em estado terminal ou em estado vegetativo persistente.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O direito à vida não deve ser entendido como a mera condição de continuar vivo, com o funcionamento dos órgãos vitais da pessoa, mas sobretudo como direito a uma vida com dignidade.

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, não se trata de um direito, mas de uma condição intrínseca de todo e qualquer ser humano, sendo ela fundamento e justificação para todos os direitos fundamentais. A dignidade, conforme visto, pode ser tida como autonomia – valoriza a autodeterminação, a autonomia e a liberdade do indivíduo – ou como heteronomia – valores sociais que limitam a liberdade de escolha do indivíduo.

No âmbito da morte com intervenção, a autonomia do indivíduo e sua liberdade de escolha devem prevalecer. Afinal, ao obrigar alguém que está em irreversível quadro de estado terminal ou de estado vegetativo persistente (caso em que a opção poderá ser de seus familiares), com inestimável sofrimento físico e mental, a viver, estar-se-ia impondo-lhe um tratamento cruel e degradante, violando visivelmente sua dignidade. Desse modo, permitir a morte natural de pacientes irrecuperáveis, sem a intervenção da ciência ou de métodos extraordinários de suporte de vida, não se trata nem de longe de conduta ilícita, pelo contrário, trata-se de expressão máxima de reconhecimento da dignidade da pessoa humana, ao permitir-lhes uma morte digna.

Assim, conclui-se pela clara ou necessária possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, em casos concretos específicos, a partir da autonomia da vontade do paciente e de um processo de informação devidamente registrado, da ortotanásia, cuja limitação consentida do tratamento, o cuidado paliativo e o controle de dor são seus componentes. Além disso, com fundamento na Constituição Federal, em casos concretos, isolados e excepcionais, poder-se-ia até mesmo cogitar a possibilidade da eutanásia voluntária e do suicídio assistido.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

ANCP. ACADEMIA NACIONAL DE CUIDADOS PALIATIVOS. **O que são cuidados paliativos?**. Disponível em: <<http://www.paliativo.org.br/ncp.php?p=oqueecuidados>>. Acesso em: 08 jan 2014.

ARAGUAIA. Mariana. **Ortotanásia**. Disponível em: <<http://www.brasilescola.com/sociologia/ortotanasia.htm>>. Acesso em: 31 ago 2018.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia no final da vida. **Revista da EMERJ**, v. 13, nº 50, p. 19-63, 2010.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodim, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 1.995 de 2012 sobre as diretrizes antecipadas da vontade do paciente**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf . Acesso em: 31 de agosto de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 54**. Disponível em: <http://www.sff.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConsteudo=2014710>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 54**. Disponível em: <http://www.sff.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConsteudo=2014710>. Acesso em: 02 de maio de 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Nelson Nery Júnior. São Paulo: Editora Lemos e Cruz, 2013.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição – Direito Constitucional Positivo**. 13ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 2ª ed. – rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

JOÃO PAULO SEGUNDO, Papa. EVANGELIUM VITAE. Disponível em:
http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 31 de agosto de 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.

**DIREITO DOS ANIMAIS: REFLEXÕES SOBRE O RECONHECIMENTO
DOS ANIMAIS COMO SERES SENSÍVEIS NA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA**

Ana Carolina da Veiga Dias¹

Maria Claudia da Silva Antunes de Souza²

INTRODUÇÃO

Sabe-se que “o predomínio do homem sobre o mundo animal e vegetal foi e é, afinal de contas, uma precondição básica da história humana”³. Na Inglaterra do século XV, bem como em muitas passagens bíblicas, a visão e os ensinamentos eram de que o mundo fora criado para os homens “e as outras espécies deviam se subordinar a seus desejos e necessidades”⁴.

O atual Código Civil brasileiro, classifica os animais como coisas, o que segundo o Deputado Ricardo Izar, ainda é fruto de uma ideia utilitarista dos animais, esta supracitada. Por isso, ele apresenta o Projeto de Lei nº 6799/2013, que pretende que os animais domésticos e silvestres sejam classificados como *sui generis*, e não mais como coisas⁵.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí, é bolsista pelo programa de pesquisa PIBIC na área de Direito Ambiental e Sustentabilidade, coordenado pela Professora Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza.

² Doutora e Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidade de Alicante – Espanha. Mestre em Ciéncia Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciéncia Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciéncia Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Estado, Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade” cadastrado no CNPq/EDATS/UNIVALI. Coordenadora do Projeto de pesquisa aprovado no CNPq intitulado: “Possibilidades e Limites da Avaliação Ambiental Estratégica no Brasil e Impacto na Gestão Ambiental Portuária”. E-mail: mclaudia@univali.br.

³ THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural**: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). São Paulo: Companhia das letras, 2010. p. 20.

⁴ THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural**: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). p. 21.

⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6799/2013**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O projeto é pertinente, e o presente artigo tem como **problema** a reflexão das possibilidades e argumentos de uma mudança ou não do *status jurídico* dos animais domésticos e silvestres no Código Civil.

Logo, o trabalho **objetiva** expor as visões antropocêntrica e biocêntrica, norteadoras das decisões legislativas. Mostrar como os animais são contemplados já no ordenamento jurídico brasileiro e em outros países também, e avaliar a necessidade ou não da positivação da capacidade de sentir desses seres.

Assim, a pesquisa se **justifica** pois, a terminologia de “seres sensíveis” é totalmente diferente da atual categoria em que se encontram os animais no Código Civil brasileiro. Procura-se então, por este motivo, avaliar o projeto de lei para concluir a eficácia desta mudança.

Sendo que para isso, adotou-se o **método** lógico-indutivo, com pesquisas bibliográficas de legislações brasileiras, internacionais bem como artigos de juristas e pesquisadores deste assunto.

1. MUDANÇA DE PARADIGMA

O antropocentrismo é o modelo no qual o homem se encontra no centro do universo, como figura principal e autônoma, necessariamente independente do meio ambiente⁶. É certo que essa concepção admite que o homem tenha deveres para com a natureza e seus seres, no entanto, somente à medida que sua responsabilidade com o meio ambiente implique sua afirmação moral, humana e assegure seus interesses.

silvestres, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 22 ago 2018.

⁶ MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica**. XXIV Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. Direito Ambiental e socioambientalismo II. Belo Horizonte, 2015. p. 284. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Essa postura do homem é herança de seus ancestrais, visto que, como posto pelo historiador inglês Keith Thomas em sua obra “O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)”, para eles “todo animal estava, pois, destinado a servir algum propósito humano, se não prático, pelo menos moral ou estético”⁷.

No entanto, existe o pensamento oposto, o biocêntrico, uma visão holística e sistêmica:

[...] tem a pretensão de obstaculizar a usurpação dos recursos naturais, propondo a formação de juízos de reconhecimento e proteção de uma posição de autonomia do patrimônio natural, concebe valor intrínseco à natureza, impondo um comportamento de prudência ao homem.⁸

O célebre artigo 225 da Constituição Federal⁹ de 1988 dispõe que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Nota-se que há preocupação do legislador da Constituição Brasileira de 1988 em preservar o meio ambiente. Assim, percebe-se uma inclinação constitucional a tutela do meio ambiente e consequentemente uma

⁷ THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural**: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). p. 24.

⁸ MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica**. XXIV Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. Direito Ambiental e socioambientalismo II. Belo Horizonte, 2015. P. 291. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20/02/ 2017.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacom compilado.htm>. Acesso em: 16 fev 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

abertura para a transição do modelo antropocêntrico para o biocêntrico. Justamente, José Roque Junges¹⁰ expõe que:

O biocentrismo apresenta-se como outra grande tendência, pela qual existe a visão da natureza como titular de direitos. Na posição biocêntrica existem deveres do homem para com o meio ambiente, existe a consideração de um valor intrínseco para a natureza, rejeitando-se a diferenciação entre humanos e não-humanos.

Diferente deste pensamento biocêntrico está o especismo, responsável pelo “tratamento para com os animais de forma diferente, sob a alegação de pertencerem à outra espécie”.¹¹ Este seria um dos pensamentos bases do legislador civil ao classificar os animais como coisas. Atitude repudiada por Jeremy Bentham:

Outros animais, que tiveram seus interesses negligenciados pela insensibilidade dos antigos juristas, são classificados como coisas. O dia chegou - lamento dizer que em alguns lugares ainda não - em que a maior parte da espécie, sob a denominação de escravos, foi curada de sua situação que ainda é a de muitos animais. O dia virá, quando o resto da criação animal irá adquirir os direitos que nunca poderiam ter sido tirados deles a não ser pelas mãos da tirania. Os franceses já descobriram que a cor da pele não é razão para que seres humanos possam ser abandonados sem ajuda aos caprichos de um torturador. Chegará o dia em que será reconhecido que o número de pernas, a vilosidade da pele, ou a terminação do osso sacro, são razões igualmente insuficientes para se abandonar um ser sensitivo ao mesmo destino. O que mais pode beirar a linha do insuperável? É a faculdade da razão, ou talvez a faculdade do discurso? A questão não é se eles podem

¹⁰ JUNGES, José Roque *apud* SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; PAVAN, Kamilla. **Novas tecnologias, sustentabilidade e meio ambiente sadio e equilibrado:** um desafio para os dias atuais.III Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Madrid, 2015.p. 15. Disponível em:<<http://docplayer.com.br/26054499-Conpedi-madrid-espanha.html>>. Acesso em: 21 fev 2017.

¹¹ OLIVEIRA, Micheline Ramos; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; CARLETTTO, Sheila. **Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais.** RBDA, Salvador, V. 11, N. 23, pp. 81-111, Set - Dez 2016. p.102. Disponível em:<<file:///C:/Users/Admin/Downloads/Revista%20do%20Direito%20do%20Animal%20-%20RBDA.pdf>>. Acesso em: 21 fev 2017.

raciocinar, nem se eles podem falar, mas sem se eles
podem sofrer.¹²

Atualmente, no entanto, existem códigos civis e legislações internacionais que reconhecem a capacidade sensitiva dos animais e aqueles que os apresentam como coisas, que é o caso do Brasil.

2. STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS EM LEGISLAÇÕES INTERNACIONAIS

Em diversos países já foi expressamente reconhecido em lei, de forma notável nos códigos civis, o termo “seres sensíveis” para os animais.

O Tratado de Amsterdão, protocolo de proteção e bem estar animal, foi assinado pela União Europeia em 1997 e reconheceu que “animais são seres sensíveis, capazes de sofrimento”.¹³

A legislação portuguesa, que igualava os animais às coisas inertes, foi substituída por uma terceira figura jurídica, no mesmo patamar ocupado pelas pessoas e coisas. O animal foi juridicamente reconhecido como ser dotado de sensibilidade.¹⁴

Quanto ao direito francês, às infrações contra os animais estão postas em categoria penal distinta àquela contra os bens.¹⁵ No entanto, somente após 28 de janeiro de 2015, a Assembleia Nacional votou e aprovou definitivamente o projeto de lei que passou a reconhecer o animal

¹² BENTHAM, Jeremy *apud* GRUEN, Lori. **The Moral Status of Animals.** *The Stanford Encyclopedia of Philosophy.* 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/moral-animal/>>. Acesso em: 12/02/2017 às 19h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

¹³ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdão.** 1997. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em 23 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

¹⁴ MARTÍN, Javier. **Los animales portugueses han dejado de ser cosas.** El País. 23 dez 2016. Disponível em: <http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/23/mundo_global/1482510348_526460.html>. Acesso em 07 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

¹⁵ MARGUÉNAUD, J.P. *apud* NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despessoalizado. p. 143.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

como ser capaz de sentir.¹⁶ Vigorando agora o novo artigo 515-14 do Código Civil francês que dispõe que "os animais são seres vivos dotados de sensibilidade".¹⁷ A maioria dos juristas franceses sustentava ser necessário criar um regime jurídico especial para os animais, distinto dos referentes aos bens e à pessoa humana, ligado às suas particularidades.¹⁸

3. POSIÇÃO LEGISLATIVA BRASILEIRA QUANTO AOS ANIMAIS

Desde a promulgação da Constituição da Constituição de 1988, o meio ambiente e todos seus seres foram contemplados com a tutela jurídica, como é o caso do artigo 225. Entretanto, outras leis federais e estaduais também dispõem especialmente sobre os animais.

A Lei Federal de Crimes Ambientais, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, por exemplo, "dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente"¹⁹ e por isso criminalizou diversos atos de maus-tratos e abusos do homem para com os animais, silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, reconhecendo em muitos de seus artigos a sensibilidade desses seres.

Dos crimes contra a fauna: Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins

¹⁶ DÉFENSE ANIMAL. **Guide sur le statut juridique des animaux.** (Guia sobre o estatuto jurídico dos animais). 5 fev 2015. Disponível em: <<http://defenseanimale.com/reviews/guide-sur-le-statut-juridique-des-animaux/>>. Acesso em: 02/02/2017 às 21h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

¹⁷ DÉFENSE ANIMAL. **Guide sur le statut juridique des animaux.** (Guia sobre o estatuto jurídico dos animais).

¹⁸ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despessoalizado. p. 142.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 21 mar 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.²⁰

Em seu artigo 15 ainda está disposto que caso o agente cometa a infração com “o emprego de métodos crueis para abate ou captura de animais”²¹ este incorrerá como uma circunstância agravante da pena.

Em consonância a este dispositivo federal, têm-se ainda as leis estaduais que versam sobre a proteção dos animais, com conteúdo de extrema similaridade e todos com a finalidade de prezar pela integridade dos animais.

No Estado de São Paulo foi promulgada a lei nº 11.977 em 25 de agosto de 2005, que vedava condutas que possam:

I - ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência, prática ou atividade capaz de causar-lhes sofrimento ou dano, bem como as que provoquem condições inaceitáveis de existência; II - obrigar os animais a trabalhos excessivos ou superiores às suas forças e a todo ato que resulte em sofrimento, para deles obter esforços que não se alcançariam senão com castigo; IV - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cujo abate seja necessário para consumo; V - não propiciar morte rápida e indolor a todo animal cuja eutanásia seja recomendada; IX - qualquer forma de divulgação e propaganda que estimule ou sugira qualquer prática de maus-tratos ou crueldade contra os animais.²²

Nota-se que o dispositivo, proíbe que os animais sejam submetidos a situações que possam lhes causar sofrimento, que a crueldade contra os

²⁰ BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 21 mar 2017.

²¹ BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 21 mar 2017.

²² SÃO PAULO. **Lei nº 11.977**, de 25 de agosto de 2005. Disponível em:<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11977-25.08.2005.html>>. Acesso em: 21 mar 2017.

animais seja estimula e exige também morte indolor quando necessário sacrificá-los.

Há ainda, a Lei Estadual do Maranhão, Lei nº 10.169 de 05 de dezembro de 2014, dispõe em seu artigo quarto, inciso I, que é vedado "abandonar, ofender ou agredir física ou psicologicamente animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência"²³. Encontra-se também a determinação de que "se for necessário matar um animal, ele deve de ser morto instantaneamente, sem dor, e de modo a não provocar-lhe angústia"²⁴, no parágrafo único deste mesmo artigo. Sendo esses alguns exemplos da subjetivação e tratamento dado aos animais na legislação infraconstitucional brasileira.

4. A SENSIBILIDADE DOS ANIMAIS

O especismo e a classificação dos animais como coisas são divergentes aos princípios da moral, da justiça e do respeito, posto que todos os sujeitos de uma vida – por uma questão de justiça – têm o direito moral básico de serem tratados igualitária e respeitosamente, de modo que se reconheça seu valor inerente que todos seus detentores o possuem na mesma medida.²⁵

Diverge ainda do Princípio da Igual Consideração de Interesses Semelhantes, posto por Peter Singer, em que os homens, em suas

²³ MARANHÃO. **Lei nº 10.169**, de 05 de dezembro de 2014. Disponível em:<<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bra139603.pdf>>. Acesso em 21 mar 2017.

²⁴ MARANHÃO. **Lei nº 10.169**, de 05 de dezembro de 2014. Disponível em:<<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bra139603.pdf>>. Acesso em 21 mar 2017

²⁵ OLIVEIRA, Gabriela Dias. **A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan.** Florianópolis, dez 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14917/13584>>. p. 287. Acesso em: 12/02/2017 às 19h.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

deliberações morais, deveriam “atribuir o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos que são atingidos”²⁶ por seus atos.

Tais interesses semelhantes seriam a fuga do sofrimento e da dor e a busca pelo bem estar.

A reflexão sobre a senciência dos animais nasceu com Jéremy Bentham (1748-1832), que apesar de ser o fundador do Utilitarismo - uma ética fundada na equivalência entre conduta e utilidade - afirmava que os animais são capazes de sentir prazer ou dor.²⁷

Consoante, para o contemporâneo de Bentham, o norte-americano Tom Regan, todos os sujeitos de uma vida são “criaturas conscientes que possuem um bem-estar individual”²⁸ que é primordial, independente de sua utilidade para os outros. “Esta é, ademais, a similitude que guardamos com os animais”.²⁹

[...] a ideia de considerar o animal não apenas como bem móvel ou coisa, mas como sujeitos de direito, se consolida à medida que se reconhece que os direitos não devem ser atribuídos a um ser somente pela sua capacidade de falar ou pensar mas também pela sua capacidade de sofrer.³⁰

A sensibilidade do animal seria então um obstáculo a qualquer tentativa de assimilá-lo a um bem, coisa ou a qualquer outro objeto. A similitude é o norteador, principalmente aquele que caracteriza os seres como

²⁶ SINGER, Peter *apud* NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despersonalizado. p.134.

²⁷ GRUEN, Lori. The Moral Status of Animals.

²⁸ REGAN *apud* OLIVEIRA, Gabriela Dias. A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan. p. 286.

²⁹ OLIVEIRA, Gabriela Dias. A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan. p. 286.

³⁰ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despersonalizado. p. 136.

"criaturas capazes de experimentar bem-estar e empreender ações a fim de mantê-lo"³¹, e não as especificidades e as diferenças.

5. HOMEM E ANIMAL: SUJEITOS DE DIREITO COM DIGNIDADE

O princípio da dignidade aparece sempre ligado ao complemento "da pessoa humana". Isto é prova inegável da perpetuação do pensamento antropocêntrico no ordenamento jurídico, posto que aparentemente é baseado na concepção kantiana que atribui a dignidade exclusivamente ao homem, fundamentada em função de sua racionalidade, causa esta que lhe conferiria "lugar privilegiado em relação aos demais seres vivos"³².

Portanto, "considerar o animal não-humano senciente como portador de dignidade própria, é reconhecer um valor intrínseco a este ser que conosco interage na esfera terrestre, nas mais diversas formas".³³ Devido justamente a essas interações é que é possível atribuir a qualidade de sujeito de direito aos animais. Para Hans Kelsen "a relação jurídica não se dá entre o sujeito de dever e o sujeito de direito, mas entre o próprio dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde".³⁴ O direito subjetivo seria um reflexo de um dever jurídico, posto que toda relação jurídica é na verdade uma relação normativa, entre a norma que obriga aquele que tem o dever de cumpri-la e faculta ao titular do direito exigí-lo ou não.³⁵

Neste caso, a norma cogente seria aquela de proteger os animais, destinada ao ser humano, enquanto os titulares seriam os animais, capazes

³¹ OLIVEIRA, Gabriela Dias. A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan. p. 286.

³² SARLET, Ingo Wolfgang apud PEREIRA, Renato Silva. **A dignidade da vida dos animais não-humanos:** uma fuga do antropocentrismo jurídico. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2009. p. 23. Disponível em:<<http://www.ecoagencia.com.br/documentos/dignidadeanimais.PDF>>. Acesso em: 21 fev 2017.

³³ PEREIRA, Renato Silva. **A dignidade da vida dos animais não-humanos:** uma fuga do antropocentrismo jurídico. p. 25.

³⁴ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despessoalizado. p. 136.

³⁵ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despessoalizado. p. 136.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de demandar o cumprimento de seus direitos por intermédio da representação do Ministério Público, como disposto constitucionalmente. Logo, os animais se tornariam “sujeitos de direito subjetivos por força das leis que os protegem”.³⁶

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens.³⁷

Então, apesar do conceito doutrinário tradicional trazer que sujeito de direito é “todo e qualquer ente apto a ser titular de direitos e adquirir deveres”³⁸, dentro das relação entre animais e homem, aqueles figurariam sempre como titulares e estes possuiriam os deveres.

6. TERMINOLOGIAS: SUI GENERIS E SERES SENSÍVEIS

Diante do exposto, deve-se reconhecer a qualidade de sujeito de direito aos animais. Para isto, uma mudança legislativa no conceito jurídico dos animais deve ser elaborada.

A classificação dos animais como entes despersonalizados seria ineficaz posto que o que se busca é a formalização da qualidade destes como sujeitos de direito, detentores de personalidade jurídica com capacidade de ser representados. Assim, a expressão latina *sui generis*, trazida no Projeto de Lei nº6799/2013, de autoria do Deputado Ricardo Izar Junior³⁹, expressa

³⁶ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despersonificado. p. 137.

³⁷ CARDOSO, Edna Dias. Os animais como sujeitos de direito.

³⁸CARDOSO, Edna Dias. **Os animais como sujeitos de direito.** Disponível em: <<http://www.portalnossomundo.com/site/direito/os-animais-como-sujeitos-de-direito.html>>. Acesso em: 13 fev 2017

³⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6799/2013.** Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 22 ago 2018.

o que realmente se anseia: a criação de uma nova categoria, distinta da dos bens, das coisas e dos entes despersonalizados, uma vez que quer dizer que algo é único, tem seu próprio gênero singular e excepcional.⁴⁰

Desta forma, a fim de expor a especificidade de sua categoria e de suas características, a utilização do termo “seres sensíveis” na letra da lei traria maiores resultados na alteração legislativa, conferindo ao homem médio capacidade de entender sua real significação, impedindo que a mudança permaneça na dimensão abstrata e muitas vezes incompreensível à coletividade.

O reconhecimento dos animais como seres sensíveis está diretamente relacionado à capacidade desses seres de experenciar a dor e a sentir emoções como prazer, stress e medo.⁴¹ Assim, reconhecer que as características dos animais não são compatíveis às das coisas tem o poder reafirmar que os animais, como diferentes entidades legais, merecem proteção, particularmente para as futuras gerações, que aprenderão desde cedo que o sistema legal não reconhece os animais como objetos.⁴²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela análise dos princípios e filosofias de pensamento que norteiam a sociedade e o legislador, foi possível perceber a necessidade de alterar o *status jurídico* conferido aos animais domésticos e silvestres no Código Civil

⁴⁰ BASTOS, Luiz Ro Clayton Nogueira. **Os animais não humanos como titulares de direitos no ordenamento jurídico brasileiro**: base histórico-filosófica e o acesso ao judiciário. Âmbito Jurídico. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17106&revista_caderno=7>. Acesso em: 21 fev 2017.

⁴¹ CROZES, Amelia. **Du Droit de l'animal au Droit animalier**: Ou l'extension de la notion de sensibilité à l'épreuve d'une domination de l'Homme sur l'animal. Université de Strasbourg. 2015-2016. p. 12. Disponível em:<<http://www-sfde.u-strasbg.fr/downloads/Prix%20meilleur%20memoire/Memoire%20Crozes.pdf>>. Acesso em: 23 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

⁴² SHYAM, Geeta. **The legal status of animals**: the world rethinks its position. Alternative Law Journal. 2015. Disponível em: <<https://www.altlj.org/feature-articles/980-the-legal-status-of-animals-the-world-rethinks-its-position>>. Acesso em: 02/02/2017 às 23h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

brasileiro. Não somente a classificação *sui generis* como é a proposta do Projeto de Lei nº 6799/2013⁴³, mas o de seres sensíveis, pelo impacto positivo e adequado do termo na sociedade e no meio jurídico.

A terminologia de “seres sensíveis”, expressaria de forma clara e inteligível a todos os cidadãos a postura do Estado frente aos animais, o que é determinante para a criação de uma consciência biocêntrica na atual e nas futuras gerações. Além disso, essa nomenclatura possibilitaria maior embasamento e congruência para a criação e aplicação de leis que protejam e prezem pela dignidade e bem-estar do animal.

A personalidade jurídica não está necessariamente ligada à noção de humanidade. Afirma-se que os animais, como os humanos, têm interesses pessoais como a fuga da dor e da morte e, portanto, devem ter reconhecida sua personalidade jurídica para que possam afirmar esses interesses diretamente no sistema legal.⁴⁴

Assim, “alimentada pela moral, a lei poderá impor sanções concretas para os infratores e permissões jurídicas expressas para a tutela processual dos direitos subjetivos dos animais, já que eles não são meras coisas, mas sujeitos de direito”.⁴⁵ E desta maneira, a sociedade e o ordenamento avançam em direção ao biocentrismo, melhorando a tutela do meio ambiente e consequentemente de todos os seres dele dependentes.

⁴³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6799/2013**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 22 ago 2018.

⁴⁴ MITRA, Maureen Nandini. **Organização briga na justiça dos EUA para que animais sejam considerados pessoas perante a lei**. OperaMundi. 11 fev 2015. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39456/organizacao+briga+na+justica+dos+eua+para+que+animais+sejam+considerados+pessoas+perante+a+lei.shtml>>. Acesso em: 02/02/2017 às 22h.

⁴⁵ NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos:** sujeitos de direitos despersonalizado. p. 146.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BASTOS, Luiz Ro Clayton Nogueira. **Os animais não humanos como titulares de direitos no ordenamento jurídico brasileiro**: base histórico-filosófica e o acesso ao judiciário. Âmbito Jurídico. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17106&revis_ta_caderno=7>. Acesso em: 21 fev 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm>. Acesso em: 16 fev 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 21 mar 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 6799/2013**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil para dispor sobre a natureza jurídica dos animais domésticos e silvestres, e dá outras providências. Disponível em:<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=601739>>. Acesso em: 22 ago 2018.

CARDOSO, Edna Dias. **Os animais como sujeitos de direito**. Disponível em:<<http://www.portalnossomundo.com/site/direito/os-animaais-como-sujeitos-de-direito.html>>. Acesso em: 13 fev 2017.

CROZES, Amelia. **Du Droit de l'animal au Droit animalier**: Ou l'extension de la notion de sensibilité à l'épreuve d'une domination de l'Homme sur l'animal. Université de Strasbourg. 2015-2016. Disponível em:<<http://www-sfde.u-strasbg.fr/downloads/Prix%20meilleur%20memoire/Memoire%20Crozes.pdf>>. Acesso em: 23 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

DÉFENSE ANIMAL. **Guide sur le statut juridique des animaux**. (Guia sobre o estatuto jurídico dos animais). 5 fev 2015. Disponível em:<<http://defenseanimale.com/reviews/guide-sur-le-statut-juridique-des-animaux/>>. Acesso em: 02/02/2017 às 21h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

GRUEN, Lori. **The Moral Status of Animals**. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 2014. Disponível em:<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/moral-animal/>>. Acesso em: 12/02/2017 às 19h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

MALGARIM, Emmanuelle de Araujo. **Sustentabilidade, perspectivas e desafios para a inserção do sujeito com consciência ecológica**. XXIV

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Congresso nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA. Direito Ambiental e socioambientalismo II. Belo Horizonte, 2015. Disponível em:
<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j0duvo2k/t12qkiQeNpmBhm13.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2017.

MARANHÃO. **Lei nº 10.169**, de 05 de dezembro de 2014. Disponível em:<<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/bra139603.pdf>>. Acesso em 21 mar 2017.

MARTÍN, Javier. **Los animales portugueses han dejado de ser cosas**. El país. 23 dez 2016. Disponível em:
<http://internacional.elpais.com/internacional/2016/12/23/mundo_global/1482510348_526460.html>. Acesso em 07 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

MITRA, Maureen Nandini. **Organização briga na justiça dos EUA para que animais sejam considerados pessoas perante a lei**. OperaMundi. 11 fev 2015. Disponível em:
<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/samuel/39456/organizacao+briga+na+justica+dos+eua+para+que+animais+sejam+considerados+pessoas+perante+a+lei.shtml>>. Acesso em: 02/02/2017 às 22h.

NOIRTIN, Célia Regina Ferrari Faganello. **Animais não humanos**: sujeitos de direitos despersonalizado. Revista Brasileira de Direito Animal, Salvador, v. 5, n. 7, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/104115/animais_humanos_sujetos_noirtin.pdf>. Acesso em: 06 ago 2018.

OLIVEIRA, Gabriela Dias. **A teoria dos direitos animais humanos e não humanos, de Tom Regan**. Florianópolis, dez 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/viewFile/14917/13584>>. p. 287. Acesso em: 12/02/2017 às 19h.

OLIVEIRA, Micheline Ramos; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; CARLETTTO, Sheila. **Um olhar antropológico sobre o especismo e movimentos de defesa dos animais**. RBDA, Salvador, V. 11, N. 23, pp. 81-111, Set - Dez 2016. Disponível em:<<file:///C:/Users/Admin/Downloads/Revista%20do%20Direito%20do%20Animal%20-%20RBDA.pdf>>. Acesso em: 21 fev 2017.

PEREIRA, Renato Silva. **A dignidade da vida dos animais não-humanos**: uma fuga do antropocentrismo jurídico. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2009. Disponível em:<<http://www.ecoagencia.com.br/documentos/dignidadeanimais.PDF>>. Acesso em: 21 fev 2017.

SÃO PAULO. **Lei nº 11.977**, de 25 de agosto de 2005. Disponível em:<<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2005/lei-11977-25.08.2005.html>>. Acesso em: 21 mar 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

SHYAM, Geeta. **The legal status of animals:** the world rethinks its position. Alternative Law Journal. 2015. Disponível em: <<https://www.altlj.org/feature-articles/980-the-legal-status-of-animals-the-world-rethinks-its-position>>. Acesso em: 02/02/2017 às 23h. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; PAVAN, Kamilla. **Novas tecnologias, sustentabilidade e meio ambiente saudável e equilibrado:** um desafio para os dias atuais. III Encontro de Internacionalização do CONPEDI. Madrid, 2015. Disponível em:<<http://docplayer.com.br/26054499-Conpedi-madrid-espanha.html>>. Acesso em: 21 fev 2017.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural:** mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). São Paulo: Companhia das letras, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Amsterdão.** 1997. Disponível em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_of_amsterdam_pt.pdf>. Acesso em 23 fev 2017. Tradução de Ana Carolina da Veiga Dias.

**LIMITES E POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNÇÃO
PEDAGÓGICA E DIMENSÃO DIALOGICA**

Ana Paula Ramos e Silva Assis¹

Vinícius de Assis²

INTRODUÇÃO

A função delegada constitucionalmente aos Tribunais de Contas compreende um amplo rol de atribuições tais como o julgamento de contas, fiscalizações contábeis, orçamentárias, operacionais, e patrimoniais da administração pública no Brasil.

A sociedade e suas instituições jurídico-administrativas modificam-se e demandam novos paradigmas de atuação e adaptação às realidades que se apresentem. Novos entendimentos, procedimentos e interpretações surgem, de forma a atualizar os antigos paradigmas de atuação do controle da Administração Pública e do Direito Administrativo em si.

Em relação aos Tribunais de Contas, estes padrões não podem estar limitados ao simples controle-sanção. Antigas diretrizes como a emissão opinativa de aprovação ou reprovação, de conformação dos comportamentos de gestores públicos em face à norma, pouco a pouco são complementadas e enriquecidas por instrumentos de atuação e intervenção viabilizadores do melhor e maior alcance do Princípio da Eficiência na Administração Pública e na prática de suas políticas

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Rondônia. Atua como auditora de controle externo no Tribunal de Contas do Estado de Rondônia.

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUC/PR. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho (Universidade Cândido Mendes - UCAM), Direito Processual Civil (Universidade Cândido Mendes - UCAM) e Direito Administrativo (Universidade Cândido Mendes - UCAM)

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O objetivo pretendido é apontar os limites e as perspectivas sobre as mudanças verificadas na maneira de atuar por parte dos Tribunais de Contas na atualidade. Realizam-se pesquisa bibliográfica e a análise é qualitativa sobre o “redimensionamento substantivo e adjetivo”³ que vem se operando na jurisdição de contas. O método dedutivo é utilizado a fim de, a partir da avaliação global da investigação, chegar às conclusões mais pontuais sobre as funções pedagógicas e dialógicas das Cortes de Contas.

Na avaliação dos limites existentes na atuação dos Tribunais de Contas para se chegar às bases sobre as quais se deduzem os novos modelos de atuação desses órgãos, inicia-se o trabalho a discorrer sobre o Direito à Eficiência da Administração Pública, que se alcança por meio do atingimento dos pressupostos da boa administração. Em seguida, tratamos do controle das políticas públicas e da *accountability* de que é capaz esse órgão. Abordamos as questões acerca da legitimidade, racionalidade e a função dialógica dos Tribunais de Contas. Por fim, discorrem-se sobre os novos paradigmas na função regulatória estatal, o acesso a informação, a coleta de informação de terceiros e a respeito das possibilidades de quebra de sigilo e seu consequente auxílio ao combate à corrupção.

1. O DIREITO À EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A respeito da natureza da boa administração, enquanto direito fundamental⁴, associa-se o dever de observar ao princípio da eficiência no

³ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança.** Dissertação de Mestrado: UFSC, Florianópolis, SC, 2015, p. 17.

⁴ Para Tiago Fensterseifer “Um direito fundamental pode ser concebido como tal em razão de estar consagrado de forma expressa no coração constitucional, ou seja, no rol dos direitos fundamentais trazido pelo texto constitucional, bem como através de um critério material que visa justamente a analisar o conteúdo do direito e a sua importância na composição dos valores constitucionais fundamentais, o que se dá também através da sua vinculação em maior ou menor medida com a dignidade da pessoa humana.” (FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008. p.167)

desempenho de funções administrativas. Para Juarez Freitas⁵, na Constituição Federal de 1988 há o reconhecimento de um direito fundamental à boa administração, sendo uma norma constitucional implícita, dotada de eficácia direta e imediata.

Ainda “a eficiência, a eficácia e a racionalidade econômica são expressões concretas da boa administração no domínio específico da gestão dos recursos públicos”⁶. É esta ótica do “bom controle público” e da “boa administração pública”, e de suas interações que se redimensionam material e proceduralmente a atuação dos órgãos de controle. O resultado é a virada paradigmática “na esfera de atuação das Cortes de Contas ou dos Tribunais da Boa Governança”⁷. Um bom controle público pressupõe fomentar as boas práticas na administração pública, com foco nas políticas públicas, na avaliação da gestão regulatória estatal.

Ao fim, a fiscalização do Estado-Administração, consubstanciada no direito fundamental à boa administração, na busca pela ética, responsabilidade e transparência, notabiliza a relevância do papel dos Tribunais de Contas, vez que “viabiliza o acesso fácil e oportuno dos atores sociais a informações fidedignas, completas e compreensíveis”⁸.

1.1 O controle e a accountability das Políticas Públicas

A Administração Pública é autorizada a atuar dentro de normas legais que definem suas atribuições, fixam competências e lhe impõem o exercício das chamadas regras de controle.

⁵ FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009..

⁶ WILLEMAN, Marianna Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 95.

⁷ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 19.

⁸ WILLEMAN, Marianna Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil, p. 37.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O controle social é importante no papel do controle administrativo na medida em que ele pode auxiliar e exigir que os órgãos de controle administrativo exerçam seu papel, seja fiscalizatório, normativo, pedagógico etc. O controle social devidamente aparelhado, por meio das escolas de governo, capacitações e programas educativos é uma ferramenta à serviço da “justiça social e democrática” porque confere empoderamento “ao ‘povo’ - em nome de quem o ‘poder público’ deve ser exercido, dentro dos limites de sua competência, tal como conformada no Texto Magno”⁹.

Esse controle é fundamental na medida em que se reconhece que “a transparência da ação governamental não se resume à atitude do administrador de explicitar dados e informações sobre a gestão” mas pressupõe uma clareza desses dados disponibilizados, ou seja, que os indicadores sobre políticas públicas e sua gestão financeira e orçamentária, sejam compreendidas pelas pessoas¹⁰.

A tentativa de alcançar o princípio da justiça financeira, a ordem jurídica lança mão dos Tribunais de Contas, “como órgãos titulares da função de controle da administração pública, na posição de promotores ou garantidores” desse princípio. Onde, por meio do “controle eficiente, eficaz e racional” que resguarde a boa administração pública¹¹.

Assim, os Tribunais de Contas dispõem da chamada *accountability* que consiste num processo cognitivo, avaliativo e de responsabilização permanente de agentes públicos que praticarem atos em decorrência do

⁹ LOPES, Márcia Bezerra Gadelha. Controle Social: a participação popular no processo de fiscalização e aplicação dos recursos públicos. Fortaleza: UFC, dez.2004, p. 36.

¹⁰ BERGUE, Sandro Trescastro. **Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa É da Nossa Conta.** XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012, p. 1. Disponible em:
<

¹¹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 22.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

poder a eles outorgados pela sociedade¹², especialmente na implementação das políticas públicas que efetivarão direitos.

Atualmente, os vetores que pautam o controle externo devem estar atrelados à visão prevalente do novo modelo de serviço público, de modo que a fiscalização não deve se limitar estritamente ao que o agente público faz, mas, também e principalmente, à forma como é executado o ato e como o gestor se comporta ao fazê-lo.

Por sua vez, o interesse público deve ser aferido pelas vias democráticas por exemplo, com as audiências públicas¹³ tendo em vista que os recursos estatais não são suficientes para atender todas as demandas sociais (*déficits financeiros*) e o “Estado passa a ser instrumento em vez de mentor da sociedade, a qual [...] se torna protagonista na política”. O pluralismo e as aspirações sociais conduzem-nos “à reformulação do pensamento clássico de direito administrativo” que passa a prestigiar uma “conexão estrutural entre os planos individuais e coletivos e a redução do caráter autoritário estatal” em prol dos interesses públicos¹⁴.

Parte-se da premissa de que, diante das limitações e entraves encontrados pelos fiscalizadores e controladores, foi necessário repensar o papel do controle em si e da *accountability* dos Tribunais de Contas, levando-se a discussão “não apenas o conteúdo material da fiscalização e da jurisdição

¹² ROCHA, Arlindo Carvalho. Realização do potencial de accountability dos Pareceres Prévios do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Tese de Doutorado. Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia, 2011.

¹³ Para Marianna Montebello Willeman “a realização de audiências públicas no âmbito das Cortes de Contas é também outra estratégia a ser desenvolvida em prol da atuação dialógica e concertada do controle externo na avaliação de políticas públicas. Trata-se de incorporar a consensualidade ao próprio processo de tomada de decisão, identificando-a como coadjuvante na formação da convicção dos julgadores.” (WILLEMAN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil**, p.292)

¹⁴ FILHO, Angerico Alves Barroso. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez. p. 393-394. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>>. Acesso em 14.04.2018.

de contas, mas também a maneira como ela deve proceder e operar"¹⁵, além de ampliarem-se os objetivos a serem atingidos no exercício desses papéis.

2. A LEGITIMIDADE, RACIONALIDADE E A FUNÇÃO DIALÓGICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Legitimidade compreende a noção de equilíbrio e harmonização de valores e princípios jurídicos afirmados por consenso com base no interesse social. Para Habermas¹⁶ a legitimidade repousa na crença sobre a "legalidade das ordens estatutárias" em um poder de comando daqueles a quem se faculta o exercício de poder. Para ter força legitimadora uma norma, além de ter legalidade, precisa ser acessível a uma justificação moral-prática.

A legitimidade do Tribunal de Contas encontra guarida na própria Constituição Federal de 1988. Ela trata do crédito público e orçamento nos seus artigos 163 a 169 e sobre a fiscalização contábil, financeira e orçamentária nos artigos 70 a 75 formando um subsistema de normatização e fiscalização de diferentes tipologias.

A legitimidade portanto deve ser entendida como "a própria fundamentação ética da atividade financeira"¹⁷. Em tempos de denúncias de corrupção exacerbada no país, é preciso repensar as questões de legitimidade das instituições e como estas podem colaborar com os ajustes de gestão pública. A legitimidade formal das ações do governo se consubstanciam na conformidade da lei, mas a legitimidade verdadeiramente substantiva envolve o bom uso dos recursos públicos. Isso implica no seu emprego socialmente adequado, tecnicamente factível e economicamente eficiente – esta medida por meio de uma escala objetiva de resultados.

¹⁵ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 17.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y rationalización social.** Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Taurus Humanidades: Madrid, 1987, p. 343.

¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas, p. 33.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A Legitimidade do Tribunal de Contas justifica-se por que os gastos públicos tem por missão principal promover os direitos humanos. Os serviços públicos são financiados com o dinheiro do Estado especialmente aqueles relacionados às prestações positivas e garantia do mínimo existencial ligados aos direitos à saúde, assistência social, educação e proteção dos direitos difusos¹⁸. Assim é papel do Tribunal de Contas garantir ou controlar a segurança dos direitos fundamentais. A legitimidade se evidencia também no aspecto da legalidade, princípios constitucionais orçamentários e financeiros dos quais derivam a ideia de Justiça.

São necessárias redefinições na atuação das Cortes de Contas, materiais e processuais, que provoquem uma “nova concepção de bom controle público e para a viabilização dos objetivos que lhes incumbem, quais sejam, o de contribuir para a boa governança pública”¹⁹.

Essa formulação da ação comunicativa é auxiliar para impor uma atuação efetiva do controle externo, que ao mesmo tempo seja instrumento de combate à ineficiência e à ineficácia, e se verifique no campo teórico qual o impacto na vivência na realidade social desta ou daquela mudança na forma de atuação por parte dos Tribunais de Contas. Os diálogos permanentes são importantes nesse processo dada a diversidade de racionalidades e discursos assim, se tornam referenciais teóricos aptos a servir de base para reflexão de novas realidades material e processual da jurisdição de contas, levando em consideração outros aspectos para além do político e jurídico²⁰.

Os modelos dialógicos e as instâncias governamentais já sujeitas ao sistema de controle do sistema de freios e contrapesos, que abrem espaço à participação dos cidadãos e submetem-se ao crivo popular, “constituem fóruns políticos [...] e diversamente representativos” onde se produz um

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas, p. 35.

¹⁹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 17.

²⁰ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 40-41.

processo deliberativo mais qualificado fruto das interações e disputas “pela escolha da norma que regulará determinada situação”²¹. A administração pública dialógica é oportuna ao “desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade” há uma transmudação da autoridade/consensualidade inclusive com possibilidade de “negociação regulatória”²².

Assim, a função dialógica na perspectiva de controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas tem por função amenizar a interferência no poder discricionário do Estado-Administração, o que conduz a uma evolução das decisões sobre as matérias de sua competência.

3. NOVOS PARADIGMAS NA FUNÇÃO REGULATÓRIA ESTATAL: possibilidades de exercício da função dialógica e pedagógica

Os novos paradigmas da função regulatória estatal compreendem os desdobramentos no exercício da função dialógica e pedagógica do controle, especialmente o exercido pelos Tribunais de Contas. A função pedagógica desse órgão reside em sua atribuição colaborativa, notadamente porque, ao realizar o controle incidente sobre a política pública, sua característica primordial não está em solucionar definitivamente o conflito, mas sim, mediante a apresentação de ponderações e soluções, recomendar ao gestor público que reavalie sua conduta, compartilhando o arcabouço jurídico, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial que possam favorecer melhorias nas escolhas orçamentárias e opções administrativas.

As incorporações prévias das ações participativas, a amplificação do controle social, do maior espaço conferido à participação popular nos assuntos estatais, bem como a busca de se conferir legitimidade ao órgão

²¹ BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 221.

²² FILHO, Angerico Alves Barroso. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, p. 393-394.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

foram fatores importantes: a) na conquista do acesso à informação em meios digitais bem como a coleta de informações de terceiros; b) para abertura das possibilidades de quebra de sigilo; c) da atuação como força “sócio-administrativa”²³ auxiliar no controle da ação governamental e combate à corrupção.

Assim, a atuação da Corte de Contas passa a ser imprescindível no enfrentamento de desafios da gestão e na realização de diagnósticos por meio do seu corpo técnico²⁴, haja vista que, a partir da constatação de erros, omissões e/ou imprecisões na prática de um ato que comprometa a eficiência/efetividade de certa política pública, deverá o Tribunal, mediante as técnicas de diálogo institucional, inaugurar uma interlocução com o gestor, a fim de atender as demandas cada vez mais complexas da sociedade contemporânea.

3.1 Acesso e coleta de informação pelos Tribunais de Contas

O sigilo de informações bancárias e fiscais sempre foi resguardado sobre a justificativa de proteção à privacidade e intimidade (cf. STF, Voto no RE 389.808/PR²⁵) tendo sido inserido no ordenamento jurídico brasileiro em diversos diplomas legais tais como o Código Penal, Lei 4.595 de 1964, Código Tributário Nacional, Lei Complementar 70 de 1991, e diversas outras leis tributárias e comerciais e na Constituição Federal de 1988.

Esse direito sempre foi consagrado como um direito individual e constitucionalmente protegido, alçado à cláusula pétrea no artigo 60,

²³ “O controle, assim como o planejamento e a execução das ações de governo e de gestão, é tomado como momento conformador do conceito mais amplo de ciclo de administração (gestão). Se a sociedade participa na elaboração do orçamento (planejamento), também o faz no controle da ação governamental, conferindo virtuosidade ao ciclo da gestão social” (BERGUE, Sandro Trescastro. **Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa É da Nossa Conta**, p. 6).

²⁴ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 35.

²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 389.808/PR**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622715>>. Acesso em 18.04.2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

parágrafo 4º, IV, apenas excepcionados à vista de ordem judicial fundamentada ou de Comissões Parlamentares de Inquérito e restritas situações de administração tributária nos termos da Lei Complementar nº 105 de 2001²⁶, se presentes os requisitos fáticos e legais que demonstrem a necessidade de conhecimento desses dados.

Depreende-se que, embora fundamental esse direito, não é absoluto, portanto, conta com uma reserva jurisdicional autorizativa de quebra²⁷, cedendo diante de “interesses públicos, sociais e de Justiça”, como consignado no Agravo de Instrumento nº 655298/SP²⁸.

O Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 601.314/SP²⁹, submetido a sistemática da Repercussão Geral, cuja matéria versava sobre a constitucionalidade do artigo 6º da Lei Complementar 105/2001³⁰, que permite a administração tributária a quebra de sigilo bancário. Embora tenha declarado a constitucionalidade do referido artigo, enfrenta-se forte resistência a sua aplicação efetiva. Inúmeros julgados

²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 42.332/PR.** Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RHC%27.clas.+e+@num=%2742332%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%274233%27.suce.\)&thesaurus=JURIDICO>](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RHC%27.clas.+e+@num=%2742332%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%274233%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO>)>. Acesso em: 15.04.2018.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 397.

²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo de Instrumento 655298/SP.** Relator: Ministro Eros Grau, em 04 de setembro de 2007. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=489310>>. Acesso em: 15.04.2018.

²⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 601314/SP.** Disponível em:<<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ECLA%2E+E+601314%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+A DJ2+601314%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bxafgdq>>>. Acesso em 18.04.2018.

³⁰ “A Receita fundamenta as suas requisições no art. 6º da LC n.º 105/2001, que preconiza: Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios **somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal** em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária” (BRASIL, LC nº 105/2001) (grifo nosso).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

questionam a legalidade da utilização dos dados obtidos por acesso direto do fisco, inclusive para fins penais.

O próprio STJ tem dificuldades em manter a posição consolidada pelo STF, mantendo o entendimento de que, para fins de investigação criminal, não se dispensa ordem judicial de quebra de sigilo bancário (STJ, HC 42.332/PR)³¹. Neste julgado, ressaltou-se que não há atribuição específica constitucional para obter acesso direto às instituições prescindindo do juízo de órgão jurisdicional. Por outro lado, decidiu no HC 308.493/CE, em 15/10/2015, pela licitude da prova "obtida por meio de requisição do Ministério Público de informações bancárias de titularidade de prefeitura municipal para fins de apurar supostos crimes praticados por agentes públicos".

O STF enfrentou novamente a questão quando do julgamento do Mandado de Segurança 33.340 do Distrito Federal³², submetido a 1ª Turma que julgava o pedido do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social para que se impedissem a obrigação de franquear ao Tribunal de Contas da União a documentação sobre operações realizadas com o grupo JBS. O resultado deu-se no sentido de que não havia prejuízo da tutela da privacidade sendo necessário que se adote uma política de governança corporativa responsável, exigindo-se a *disclosure*³³ por parte daquele banco de fomento econômico e social, prestigiando-se desta forma, "a transparência e o direito de acesso à informação"³⁴.

³¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **HC 42.332/PR.** Disponível em:<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RHC%27.clas.+e+@num=%2742332%27\)+ou+\(%27RHC%27+adj+%274232%27.suce.\)&thesaurus=JURIDICO&](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RHC%27.clas.+e+@num=%2742332%27)+ou+(%27RHC%27+adj+%274232%27.suce.)&thesaurus=JURIDICO&)>. Acesso em: 15.04.2018.

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MS 33.340/DF.** Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=33340&tipo=MS&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 18.04.2018.

³³ No sentido de abertura, transparência.

³⁴ FONSECA, Francisco; BEUTTENMULLER, Gustavo. Democracia, informação e controle social: reflexões conceituais e o papel dos observatórios locais. In: GUEDES, Álvaro Martins;

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Fora do âmbito judicial, principalmente com a Lei de Acesso à Informação e a facilidade com que se lança mão de informações públicas, as possibilidades de seu tratamento de dados pela *internet* “impõe ao agente público (vigiado) a sensação de constante controle por parte da sociedade (vigilante), ainda que essa assim não seja de fato”³⁵. A transparência e o manuseio desses dados eletrônicos, facilmente acessíveis, conferem novas possibilidades ao controle e ao combate à corrupção, inclusive como reforço ao caráter pedagógico das funções dos Tribunais de Contas.

Ainda a respeito do oferecimento de ferramentas para que o controle possa ser efetivado por parte da sociedade, importante pontuar um ferramenta que é inédita no âmbito dos Tribunais de Contas, desenvolvida pelo Tribunal de Contas do Estado de Rondônia e lançada no último dia 23 de abril de 2018, a qual consiste em um portal que disponibiliza ao cidadão rondoniense a possibilidade de fiscalizar e manifestar sua satisfação em relação aos serviços públicos prestados em todos os municípios do Estado de Rondônia, seja na educação, saúde, segurança, transporte, obras e etc.³⁶

3.2 Os Tribunais de Contas como órgãos auxiliares no combate à corrupção

A corrupção no Brasil alcançou patamares inéditos a nível mundial. Quando recursos públicos são desviados, o Estado incorre em uma atuação

FONSECA, Francisco (Orgs.). Controle social da administração pública: cenário, avanços e dilemas no Brasil. São Paulo: Cultura Acadêmica: Oficina Municipal; Rio de Janeiro: FGV, 2007; HOMERCHER, Evandro T. Anotações à lei de acesso às informações públicas. Porto Alegre: Editora Padre Réus, 2012; BERGUE, Sandro Trescastro. **Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa É da Nossa Conta.** XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012. Disponible en: <

³⁵ BERGUE, Sandro Trescastro. Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa É da Nossa Conta, p. 5.

³⁶ Aplicativo “**To no Controle/Opine aí**”, que se apresenta como “novidade tecnológica integrante do portal Tô no Controle”. Permite-se ao cidadão uma voluntária “atuação de modo ainda mais ativo no controle dos gastos públicos” e da prestação de serviços públicos, nos moldes do que “dispõe a Lei nº 13.460/17” (TCE/RO, 2018).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ineficiente. Verbas que poderiam ser destinadas à concretização de direitos sociais acabam em paraísos fiscais, contas particulares de ordenadores de despesas, laranjas e financiando partidos políticos e publicidade indevidamente. Toda a sociedade perde, pois a corrupção, a evasão ou a sonegação fiscal agravam o quadro de desigualdades no país, e da crise do Estado já fragilizado pela “pressão global e heterárquica exercida por uma ordem mundial múltipla e plural”³⁷.

Os Tribunais de Contas e seu papel de controle, ganha relevo considerado o clamor social evidenciado, “inclusive, pelos recentes levantes populares que se insurgiram por todo o País”. Retirar deles a perspectiva de solicitar explicações sobre as aplicações e sobre o gasto do dinheiro público significa engessar a independência e autonomia no exercício da função de controle. Como se explica o julgamento de contas de administradores públicos e particulares que recebem os recursos públicos, mas não tem acesso ao destino – às contas bancárias, ainda que presentes os indícios de desvio?

O Estado, no uso de sua soberania deve poder aparelhar o seu órgão de arrecadação e por que não, os de fiscalização e controle, dos meios necessários para desestimular e combater as mazelas da corrupção na administração. Por óbvio essa autorização seria possível apenas com o devido processo legal observado, por imposição da função dialógica dos Tribunais de Contas, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal que reconhece à Administração o dever de ouvir o administrado prestes a ser atingido por qualquer ato administrativo (RE 158.543/RS)³⁸. Contudo, ao atribuir a quebra de sigilo apenas a órgãos de arrecadação tributária, ou seja, autorizar-se o acesso direto ao fisco às informações protegidas, parece existir uma preocupação em assegurar poder aos responsáveis apenas pela retirada de recursos da sociedade em geral para custeio do Estado e não em

³⁷ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 31.

³⁸ RE 158.543/RS. Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda. Turma, DJ de 6/10/1995.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

“fechar o cerco contra quem retira indevidamente esses recursos do erário público”³⁹.

Filgueiras observa que, mesmo diante da ampliação da transparéncia e da *accountability* no Brasil, a corrupção continua e a responsabilização dos agentes públicos e privados perante a sociedade ainda é incipiente⁴⁰. O cenário tende a uma pequena melhora, como observado nas operações recentes da Polícia Federal entre as quais, a Lava Jato. Novas leis de transparéncia voltadas a moralização da vida social e a prevenção à corrupção são motivadas pela publicidade trazida por esse tipo de ação interestatal.

Muito se poderia avançar dotando-se o Tribunal de Contas do acesso direto a informações, descortinando-se o “paralogismo” do sistema normativo dada a inexistência de lógica na “imposição [e manutenção] de limites investigativos à instituição responsável pelo controle externo”⁴¹, quando o contrário é que deveria acontecer, ou seja, a ampliação dos poderes de investigação sobre a malversação do dinheiro público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Tribunais de Contas como órgãos responsáveis pelo controle externo da gestão orçamentária, no cenário atual brasileiro, encontra cada vez mais legitimidade sob a perspectiva de que graças a sua ação fiscalizatória, pedagógica e dialógica, pode, e ao cabo, promover dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais e auxiliar o combate à corrupção.

A administração pública dialógica promove uma relação horizontal e não hierárquica. Estimulam o desenvolvimento de processos

³⁹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 194.

⁴⁰ FILGUEIRAS, Fernando. **Transparéncia e Controle da Corrupção no Brasil.** In: AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). Corrupção e sistema político no Brasil. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 142 e ss.

⁴¹ FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança, p. 196.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

comunicacionais com a sociedade, e conforma autoridade e consensualidade. A ampliação da participação da sociedade na formulação e avaliação das políticas públicas surge do amadurecimento de conceitos, inaugurando uma modalidade diferenciada de gestão pública e de exercício da democracia, não só no que diz respeito à resolução do conflito alocativo, mas para a própria lógica de elaboração, eleição de prioridades e de execução orçamentária.

Já a função pedagógica se verifica não somente com a aplicação de multas, mas quando, por sua atuação, o Tribunal de Contas compartilha seu *know how* jurídico, contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial aos jurisdicionados, contadores, procuradores jurídicos, controladores internos, servidores, inclusive a instituições de controle parceiras e por fim, a sociedade interessada em conhecer as normas atinentes à gestão pública.

Por outro lado, não obstante os avanços como as leis de transparência a flexibilização da quebra de sigilo bancário, retirar do Tribunal de Contas a perspectiva de solicitar explicações sobre as aplicações e sobre o gasto do dinheiro público significa engessar a independência e autonomia no exercício da função de controle.

O Estado, no uso de sua soberania, deve poder aparelhar o seu órgão de arrecadação e por que não, os de fiscalização e controle, dos meios necessários para desestimular e combater as mazelas da corrupção na administração. Por óbvio, essa autorização seria possível em atendimento ao princípio da boa administração pública, com o devido processo legal observado, que, por sua vez, decorre também de um desdobramento da função dialógica do Tribunal de Contas e em geral, da Administração Pública, que deve ouvir o administrado e suas defesas, antes de encontrar-se atingido por atos administrativos.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BERGUE, Sandro Trescastro. Escolas de governo e fomento ao controle social: o caso do programa É da Nossa Conta. **XVII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública**, Cartagena, Colombia, 30 oct. - 2 Nov. 2012. Disponível em: <http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/institucional/esgc/biblioteca_eletronica/artigos/Artigo%20CLAD%202012.pdf>. Acesso em 14.04.2018.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais:** a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicacomilado.htm> Acesso em 26.08.2018.

BRASIL. **LC nº 105/2001.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em 15.04.2018.

CHIAVENATO, Idalberto. Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente.** A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: livraria do advogado Editora, 2008.

FERREIRA JÚNIOR, Adircélio de Moraes. **O bom controle público e as Cortes de Contas como tribunais da boa governança.** Dissertação de Mestrado: UFSC, Florianópolis, SC, 2015.

FILgueiras, Fernando. Transparência e Controle da Corrupção no Brasil. In: AVRITZER, Leonardo; FILgueiras, Fernando (Orgs.). **Corrupção e sistema político no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, pp. 133-161.

FILHO, Angerico Alves Barroso. Avaliação do Termo de Ajuste de Gestão como instrumento do controle consensual da administração pública. Constituição, Economia e Desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba**, 2014, vol. 6, n. 11, Jul.-Dez. p. 391-415. Disponível em:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

<<http://www.abdconst.com.br/revista12/avaliacaoAngerico.pdf>>. Acesso em 14.04.2018.

FONSECA, Francisco; BEUTTENMULLER, Gustavo. Democracia, informação e controle social: reflexões conceituais e o papel dos observatórios locais. In: GUEDES, Álvaro Martins; FONSECA, Francisco (Orgs.). **Controle social da administração pública: cenário, avanços e dilemas no Brasil**. São Paulo: Cultura Acadêmica: Oficina Municipal; Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HOMERCHER, Evandro T. **Anotações à lei de acesso às informações públicas**. Porto Alegre: Editora Padre Réus, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I: Racionalidad de la acción y racionalización social**. Traduzido por Manuel Jiménez Redondo. Taurus Humanidades: Madrid, 1987.

LOPES, Márcia Bezerra Gadelha. Controle Social: a participação popular no processo de fiscalização e aplicação dos recursos públicos. Fortaleza: UFC, dez.2004.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Realização do potencial de *accountability* dos Pareceres Prévios do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Tese de Doutorado. Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. A legitimidade democrática e o tribunal de contas. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 194:31-45, out./dez. 1993. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45894/46788>>. Acesso em 18.04.2018.

WILLEMAN, Marianna Montebello. Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

**O CASO ROTTMANN: Evolução do alcance da cidadania europeia
para além da livre circulação de pessoas ante a diálogo formal dos
Tribunais nacionais com o Tribunal de Justiça da União Europeia**

Jaine Cristina Suzin¹

Clovis Demarchi²

INTRODUÇÃO

Para fins de pesquisa, neste artigo, será analisado o caso Rottamnn (C-/09), no tocante às garantias do estatuto do cidadão da União, notadamente, quanto à aquisição e perda de nacionalidade. Antes, porém, analisar-se-á o mecanismo do reenvio prejudicial, pelo qual o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) analisou e respondeu a situações envolvendo a livre circulação de bens, mercadorias e pessoas – mercado comum. Tal diálogo entre Cortes constitucionais e o TJUE deu azo à *citizenship acquis*, em construção à cidadania da União, que, no dizer de Froufe e Gomes³, também pode ser entendida como cidadania de mercado, por ser consequência (ou pretexto) do direito à livre circulação das pessoas (inicialmente, dos trabalhadores).

1. DO REENVIO PREJUDICIAL

¹ Advogada e mestrandona, com bolsa CAPES, dos cursos de Ciência Jurídica da UNIVALI/Itajaí/Brasil e de Direito da união Europeia da UMINHO/Braga/Portugal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1492112293050816>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-8352-2810>. Endereço eletrônico: suzin@edu.univali.br

² Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na graduação em Direito e no Curso de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI/Brasil. Líder do grupo de pesquisa em Direito Educacional e Normas Técnicas e membro do grupo de pesquisa em Direito, Constituição e Jurisdição. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9819761828844957>. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0853-0818>. Endereço eletrônico: demarchi@univali.br.

³ FROUFE, Pedro Madeira e GOMES, José Caramelo. "Mercado Interno e Concorrência," in **Direito da União Europeia**. Elementos de Direito e Política da União. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. Coimbra: Almedina, 2016, p. 460.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Um dos aspectos mais relevantes do sistema jurídico da União Europeia é o reenvio prejudicial, o qual garante o correto e uniforme cumprimento do direito da União nos Estados-Membros pelos Tribunais nacionais, apresentando-se como o principal mecanismo de cooperação entre o TJUE e os órgãos judiciais nacionais.

Nas palavras do próprio TJUE, o reenvio prejudicial é:

um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos judiciais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a resolução do litígio sob sua competência.⁴

Ainda, segundo aquele Tribunal, no quadro de cooperações, compete de forma exclusiva, ao juiz nacional a responsabilidade pela decisão jurisdicional a tomar, amparo pela resposta dada pelo TJUE quando instado a se manifestar acerca do Direito da União.⁵

O referido mecanismo está previsto no artigo 267.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), nos seguintes termos:

O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial: a) Sobre a interpretação dos Tratados; b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja

⁴ Acórdão (TJUE) *Capoda Import-Export*, de 06 de outubro de 2015, proc. C-354/14. EU:C:2015:658, considerando 23 e remetendo a decisões anteriores no mesmo sentido, ais como: Acórdão (TJUE) *Schneider*, de 03 de outubro de 2013, proc. C-380/01. ECLI:EU:C:2014:2409; Acórdão (TJUE) *Stradasfalti*, de 14 de setembro de 2006, proc. C-228/05. ECLI:EU:C:2006:578; Acórdão (TJUE) *Kirtruna e Vigano*, de 16 de outubro de 2008, proc. C-313/07. ECLI:EU:C:2008:574 e Acórdão (TJUE) *Längst*, de 20 de junho de 2005, proc. C-165/03. ECLI:EU:C:2005:412.

⁵ Acórdão (TJUE) *Capoda Import-Export*, de 06 de outubro de 2015, proc. C-354/14. EU:C:2015:658, considerando 24.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal. Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.⁶

A interpretação do direito da União é decorrência do papel primordial do TJUE que é garantir a correta interpretação e aplicação das normas da União em todos os Estados-Membros, previsão inserta no artigo 19.º do Tratado da União Europeia (TUE).

Segundo Abreu⁷, o reenvio prejudicial é um diálogo formal do TJUE com os Tribunais nacionais, no sentido de fornecer a esses últimos a correta interpretação do direito da União aplicável ao caso concreto – cuja decisão é dos Tribunais nacionais, porquanto não cabe ao TJUE se pronunciar acerca de questões de fato.

Complementando, Borchardt⁸ ensina que não se trata de procedimento contencioso, mas sim, representa uma parte da totalidade de um procedimento que começa e termina em um Tribunal nacional, através da formulação da questão pelo magistrado do Tribunal nacional, respondida pelo TJUE, na forma de acordão.

O modelo de organização jurisdicional como o da União Europeia, baseado na cooperação entre a Corte de Luxemburgo e os órgãos jurisdicionais nacionais, pode, através da descentralização judicial, incorrer em interpretações diferentes em função das peculiaridades dos direitos

⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. 3 ed. Lisboa: Quid Juris, 2016, 183.

⁷ ABREU, Joana Covelo de. "Cooperação Judiciária em Matéria Civil na União Europeia e Cobrança de Créditos. Importância da Tramitação Prejudicial Urgente," **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão** 5, no. 10, 2017, p. 174–195.

⁸ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do Direito da União Europeia**. Bruxelas: Mediateca da Comissão Europeia, 2011, p. 116-117.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

nacionais, segundo Martín e Nogueras⁹. Assim, mediante uma questão prejudicial, o TJUE garante a aplicação uniforme do direito da União.

Na prática, o TJUE se pronuncia acerca do direito da União, considerando questionamentos postos pelo Tribunal nacional que decidirá o caso concreto, aplicando a determinação contida no reenvio, sem alterações. Além do que, o reenvio julgado faz jurisprudência relativa ao tema, impedindo os órgãos jurisdicionais nacionais de julgarem de forma contrária.

Portanto, o papel do TJUE se restringe em destacar, diante do(s) questionamento(s) apresentado(s) pelo Tribunal nacional e dos motivos em que se fundamenta a questão(s) prejudicial(s), aqueles elementos do direito da União que demandam interpretação diante do objeto em litígio.

A legitimidade, facultativa, para apresentar questão a título prejudicial perante o TJUE é dos órgãos jurisdicionais nacionais, ou seja, os Tribunais constitucionais ou Tribunais de instâncias destinadas à resolução de litígios situados fora da jurisdição estatal. Já a obrigatoriedade se dá em duas hipóteses: a) quando o órgão jurisdicional julgador nacional for a última instância nacional para o caso; b) quando o Tribunal nacional considerar não válido um ato da União¹⁰.

O descumprimento à obrigatoriedade da regra do reenvio gera aos Estados-Membros a possibilidade de sanção por violação aos Tratados da União. Podendo ser demandados por meio do recurso por incumprimento.

No tocante à validade do ato institucional, o acordão que o declara inválido produz efeito *erga omnes* para todos os órgãos jurisdicionais que apreciaram casos semelhantes, nada obstante o ato declarado inválido

⁹ MARTÍN, Araceli Mangas e NOGUERAS, Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Union Europea*. Madrid: Tecnos, 2016. p. 244-245.

¹⁰ BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do Direito da União Europeia**. Bruxelas: Mediateca da Comissão Europeia, 2011, p. 119.

subsistir¹¹. Há também o efeito *ex tunc* dos acórdãos proferidos no reenvio prejudicial, ou seja, desde o momento de entrada em vigor da norma interpretada, havendo possibilidade de limitação temporal dos efeitos retroativos, por motivo de segurança jurídica¹².

Ante casos que se revelem urgentes, notadamente, cujas matérias estejam inseridas no espaço de liberdade, segurança e justiça (título V da parte III do TFUE), existe a possibilidade de tramitação prejudicial acelerada (artigo 23-A do Estatuto do TJUE c/c artigos 107 a 114 do Regulamento do Processo do TJUE), com audiência imediata e prazos exígues.

2. A CIDADANIA DA UNIÃO

Segundo Froufe e Gomes¹³, desde o início do processo de integração, a promoção da paz, os seus valores e o bem-estar dos povos europeus foram os objetivos orientadores para que as etapas preconizadas fossem sendo, gradativamente, alcançadas. Tanto que no artigo 3.º do TUE há a previsão expressa de tais objetivos, a saber: A União tem por objetivo promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus povos.¹⁴

Para que tais objetivos se tornassem realidade, o processo de integração foi viabilizado por meio de etapas ou fases, sendo elas, a zona de livre comércio; a união aduaneira; o mercado comum e a união econômico/monetária; e, por fim, a união política.

Por zona de livre comércio se entende a livre circulação de produtos sem taxação. A segunda fase, denominada de união aduaneira, caracteriza-

¹¹ MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2016. p. 249.

¹² MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2016. p. 249.

¹³ FROUFE, Pedro Madeira e GOMES, José Caramelo. "Mercado Interno e Concorrência," in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. **Direito da União Europeia**. Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016, p. 450.

¹⁴ SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. 3 ed. Lisboa: Quid Juris, 2016, p. 37.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

se pela adoção, por parte dos países integrantes, do mesmo percentual de tarifação para importação.

Já o mercado comum se apresenta através da livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais. Na livre circulação de bens¹⁵, os produtos circulam livremente entre os Estados-Membros que fazem parte do processo de integração¹⁶. A livre circulação de pessoas¹⁷ importa em liberdade total para qualquer cidadão que pertença a um dos Estados-Membros, para circular, exercer uma profissão, residir ou investir nos demais Estados-Membros¹⁸. Com a livre prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento é assegurada a todas as pessoas a possibilidade de estabelecer ou prestar serviços em qualquer dos Estados-Membros, nas mesmas condições que os nacionais, sem distinção¹⁹. A quarta e última liberdade é a livre circulação de capitais, pressuposto para as demais liberdades, pois a movimentação inerente ao mercado comum implica na disponibilidade de meios de pagamento através do acesso livre de país para país²⁰.

A fase seguinte, união monetária²¹ se configura pela adoção de uma mesma moeda por todos os integrantes²². Para Thorstensen²³, o encerramento de um processo de integração se faz com a união política, que

¹⁵ A União Europeia adotou a abertura do mercado interno em 1º de janeiro de 1993.

¹⁶ SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. **Mercosul & União Europeia:** Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 2000, p. 58.

¹⁷ O processo gradual da livre circulação de pessoas da UE iniciou em 26 de março de 1995, oriundo do Acordo de Schengen, assinado em 14 de junho de 1985.

¹⁸ SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. **Mercosul & União Europeia:** Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 2000, p. 34.

¹⁹ SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. **Mercosul & União Europeia:** Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 2000, p. 39.

²⁰ SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. **Mercosul & União Europeia:** Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 2000, p. 44.

²¹ No caso da União Europeia, o euro foi adotado por treze dos então quinze Estados-membros (Inglaterra e Dinamarca não adotaram o Euro), em 1991.

²² D'ARCY, François. União Europeia: Instituições, Políticas e Desafios. Bonn: Fundação Konrad Adenauer, 2002, p. 13-14.

²³ THORSTENSEN, Vera. Tudo sobre Comunidade Europeia. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 44.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

pressupõe cooperação política em termos de política externa, política de segurança e de defesa, o que exige forte coesão econômica e social.

Foi por meio da terceira fase (mercado comum) que a cidadania europeia se descortinou, porquanto é ela decorrência direta do direito de livre circulação de pessoas que a União Europeia concedeu a todos os cidadãos europeus, criando a necessidade de assegurar direitos e prever deveres aos cidadãos.

Ensina Silveira²⁴ que a discussão acerca da cidadania da União surgiu na década de setenta, na intenção de conceder direitos civis, políticos e sociais aos cidadãos de Estados-Membros dinâmicos, ou seja, em circulação dentre o território da União Europeia, no intuito de igualá-los aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento.

Por meio do Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia (Roma, 1957), o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade foi instituído, como forma de garantir o direito à livre circulação no território da então Comunidade Europeia²⁵. Destaca-se que a liberdade de circulação era então vinculada a uma atividade econômica (trabalhadores assalariados dinâmicos).

Porém, foi por meio do Tratado de Maastricht (1992) que a cidadania europeia foi, expressamente, objetivada em Tratado²⁶ e, por fim, no Tratado de Funcionamento União Europeia (Lisboa, 2007), em seu artigo

²⁴ SILVEIRA, Alessandra Silveira, "Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais," in ed. SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Pedro Madeira, **Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Política da União**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 22.

²⁵ Artigo 39.º do Tratado de Roma: 1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na Comunidade. 2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho. In <http://www.eurlex.com.pt/>

²⁶ Artigo B.: A União atribui-se os seguintes objectivos: (...) o reforço da defesa dos direitos e dos interesses dos nacionais dos seus Estados-membros, mediante a instituição de uma cidadania da União; (...). In <http://www.eurlex.com.pt/>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

20.^o²⁷, reproduziu o previsto no artigo 17.^º do Tratado da Comunidade Europeia no tocante à sua criação.

No mesmo artigo (20.^º do TFUE), foi enumerada uma série de direitos e deveres aos cidadãos da União, os quais deverão ser exercidos em condições e nos limites definidos pelos Tratados, dentre eles: o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros; o direito de eleger e serem eleitos nas eleições para o Parlamento Europeu, bem como nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado; o direito de, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, beneficiar da proteção das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado e o direito de dirigir petições ao Parlamento Europeu, o direito de recorrer ao Provedor de Justiça Europeu e o direito de se dirigir às instituições e aos órgãos consultivos da União numa das línguas dos Tratados e de obter uma resposta na mesma língua.

Se necessário fosse resumir a base dos direitos conferidos pela cidadania da União, poderíamos assim dizer que, confere ela, ao cidadão da União, o direito de circulação e de permanência dentre os Estados-Membros e o direito à igualdade de tratamento em relação ao nacional do Estado de acolhimento.

Com a entrada em vigor da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), anexada ao Tratado de Lisboa, o núcleo base do conjunto normativo de proteção aos direitos do cidadão da União passou a ter força vinculante tanto à União Europeia (leia-se aqui instituições e demais órgãos) como aos Estados-Membros.

²⁷ Artigo 20.^º (ex-artigo 17.^º TCE): É instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro. A cidadania da União acresce à cidadania nacional e não a substitui. In SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. 3 ed. Lisboa: Quid Juris, 2016, p. 78.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Além da previsão em Tratado, a cidadania da União teve grande impulso por meio da jurisprudência do TJUE, que desde o início, a vem assegurando por meio de decisões que compõe o chamado acervo de cidadania (*citizenship acquis*)²⁸. Dentre as decisões, as mais paradigmáticas são: caso Martínez Sala²⁹, de 1998; seguido do caso Grzelczyk³⁰ (2001); caso Baumbast³¹ (2002); caso D' Hoop³² (2002); caso Trojani³³ (2004); Caso Bidar³⁴ (2005); caso Ioannidis³⁵ (2005); Zambrano³⁶ (2001); caso Rottmann³⁷ (2010); caso Dereci³⁸ (2011); caso Corman-Collins³⁹ (2013). Tais decisões são importantes porquanto fortalecem a cidadania da União enquanto cidadania de direitos⁴⁰, além de alargarem a abrangência da cidadania para além dos cidadãos dinâmicos, atingindo aqueles que não usufruem do direito de livre circulação, qual seja, os cidadãos estáticos.

Tais decisões são resultado da necessidade de se reconhecer um estatuto de igualdade entre os cidadãos dos Estados-Membros como participantes ativos do processo de integração⁴¹, reproduzindo o que Jean Monnet já apregoava quando do início do processo, de uma União de pessoas

²⁸ SILVEIRA, Alessandra Silveira, "Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais," in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira, **Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Política da União**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 22.

²⁹ Acórdão (TJUE) **Martínez Sala**, de 12 de maio de 1998, proc. C-85/96. EU:C:1998:217.

³⁰ Acórdão (TJUE) **Grzelczyk**, de 20 de setembro de 2001, proc. C-184/99. EU:C:2001:458.

³¹ Acórdão (TJUE) **Baumbast**, de 17 de setembro de 2002, proc. C-413/99. EU:C:2002:493.

³² Acórdão (TJUE) **D' Hoop**, de 11 de julho de 2002, proc. C-224/98. EU:C:2002:432.

³³ Acórdão (TJUE) **Trojani**, de 07 de setembro de 2004, proc. C-456/02. EU:C:2004:488.

³⁴ Acórdão (TJUE). **Bidar**, de 15 de março de 2005, proc. C-209/03. EU:C:2005:169.

³⁵ Acórdão (TJUE) **Ioannidis**, de 15 de setembro de 2005, proc. C-258/04. EU:C:2005:559.

³⁶ Acórdão (TJUE) **Zambrano**, de 08 de março de 2011, proc. C-34/09. EU:C:2011:124.

³⁷ Acórdão (TJUE) **Rottmann**, de 02 de março de 2010, proc. C-135/08. EU:C:2010:104.

³⁸ Acórdão (TJUE) **Dereci**, de 15 de novembro de 2011, proc. C-256/11. EU:C:2011:734.

³⁹ Acórdão (TJUE) **Corman-Collins**, de 19 de dezembro de 2013, proc. C-9/12. EU:C:2013:860.

⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**: Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. Lisboa: Quid Juris, 2011, p. 17.

⁴¹ FERNANDES, Sophie Perez. Em busca de um sentido de pertença à comunidade nascida da integração por via do estatuto de cidadão da União – de Rottmann a Petruhhin (manuscrito).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e não de Estados: "Nous ne coalisons pas dès États, nous unissons des hommes".⁴²

Para fins de estudo do presente trabalho, o caso Rottmann será o objeto de análise, levando-se em consideração que, segundo Silveira⁴³, foi por meio desse caso que o TJUE declara que, nada obstante a cidadania da União depender da nacionalidade de um Estado-Membro e que a nacionalidade é matéria de competência dos Estados-Membros, há uma clara restrição ao poder estatal nesse particular, por força do princípio da lealdade europeia, insculpido no artigo 4.º, número 4, do TUE⁴⁴.

3. O PROCESSO JUDICIAL

O caso Rottmann⁴⁵ é paradigmático no âmbito de aplicação do estatuto da cidadania da União Europeia, porquanto, o TJUE analisou, pela primeira vez, a questão da extensão do poder discricionário de que os Estados-Membros dispõem para determinar quem são os seus nacionais. Isso porque, ao perder a nacionalidade de um Estado-Membro, o cidadão perderia, consequentemente, a qualidade de cidadão da União. Invadindo, assim, a área de competência da União Europeia, pois, ao cidadão da União é garantida uma série de direitos e deveres estabelecidos nos Tratados, notadamente, na CDFUE, conforme já mencionado alhures.

⁴² MONNET, Jean. "Mémoires". In CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr, 2002, p. 49.

⁴³ SILVEIRA, Alessandra Silveira, Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais. In. SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira, **Direito da União Europeia: Elementos de Direito e Política da União**. Coimbra: Almedina, 2016, p. 17.

⁴⁴ Artigo 4.º: 3."Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados. (...)." In SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**, p. 38.

⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) *Rottmann*, de 02 de março de 2010, proc. C-135/08. EU:C:2010:104..

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A questão do processo principal envolveu J. Rottmann, nascido na Áustria, tendo adquirido nacionalidade alemã, posteriormente, ao fazer uso do exercício da livre circulação entre Estados-Membros da União Europeia.

Porém, antes mesmo de circular e adquirir a nacionalidade alemã, Rottmann estava sendo processado em um caso de burla profissional. Após a aquisição da nacionalidade alemã – e consequentemente perda da nacionalidade austríaca, nos termos do direito interno –, teve emitido contra si, mandado de detenção originário desse caso austríaco.

Ocorre que, ao tomar ciência do processo austríaco anterior à aquisição da nacionalidade, o governo alemão entendeu por bem declarar a perda da nacionalidade alemã à Rottmann, sob o fundamento de que a aquisição da nacionalidade ocorreria de forma fraudulenta, por omissão do fato de estar sendo processado.

O processo chegou ao TJUE, ante o reenvio prejudicial por parte do Tribunal alemão, apresentando os seguintes questionamentos:

1) O direito comunitário opõe-se à consequência jurídica da perda da cidadania da União (e dos correspondentes direitos e liberdades fundamentais), [que resulta do] facto de a revogação, em si mesma válida face ao direito nacional (alemão), de uma naturalização obtida dolosa, astuciosa e fraudulentamente na federação de um Estado-Membro (Alemanha), conjugada com o direito da nacionalidade [do] outro Estado-Membro (Áustria), gerar uma situação de apatridia, na sequência da não renovação da nacionalidade austríaca de origem, como acontece com o recorrente? 2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: Deve o Estado-Membro (Alemanha) que naturalizou o cidadão da União e que pretende revogar a naturalização fraudulenta [...] abster-se [de o fazer, se] ou na medida em que a mesma tiver [como] consequência jurídica [a] perda da cidadania da União (e dos correspondentes direitos e liberdades fundamentais) [...], ou é o [...] Estado-Membro (Áustria) [...] da nacionalidade [inicial] obrigado pelo direito comunitário a interpretar, aplicar

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

ou mesmo adaptar o seu direito nacional de modo a [evitar] [...] essa consequência jurídica [...]?⁴⁶

Em suas respostas, o TJUE assim entendeu que Rottmann poderia perder a naturalização obtida fraudulentamente, uma vez que o direito primário da União não se opõe a tal ato, nos termos do artigo 20.º do TFUE, desde que a decisão de revogação seja orientada pelo princípio da proporcionalidade. A proporcionalidade aqui invocada pelo TJUE diz respeito a oportunizar a recuperação da nacionalidade originária (no caso, a austríaca), no claro intuito de proteger a cidadania da União a que fazia jus Rottmann, por ser cidadão da União, não importando sob o manto de qual nacionalidade.

Ou seja, a decisão levou em consideração a necessidade de proteger a qualidade de cidadão da União, cuja condição é a nacionalidade de um Estado-Membro. Isso porque, conforme as conclusões do Advogado-geral nomeado ao caso, Poiares Maduro, nacionalidade de um Estado-Membro e cidadania da União “são duas noções, ao mesmo tempo, inextrincavelmente ligadas e autónomas”⁴⁷.

Isso porque, apesar de a cidadania pressupor a necessidade de nacionalidade de um Estado-Membro (artigo 20.º do TFUE), é um vínculo jurídico e político autônomo, baseado na existência de um espaço político europeu, do qual emergem diretos e deveres que não dependem dos Estados-Membros. Trata-se de algo novo, uma cidadania que não é determinada pela nacionalidade, reforçando laços que unem o cidadão ao seu Estado-Membro de origem e criando laços supranacionais, na qualidade de cidadão da União, também.

Por esse motivo que o caso Rottmann foi analisado pelo TJUE, uma vez que a perda da nacionalidade de um Estado-Membro levaria,

⁴⁶ MADURO, Miguel Poiares. Conclusões do advogado-geral, de 02 de março de 2010. **Rottmann**, proc. C-135/08.. EU:C:2009:588. Considerando 7.

⁴⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Rottmann**, de 02 de março de 2010, proc. C-135/08. EU:C:2010:104. Considerando 23.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

inevitavelmente, à perda da qualidade de cidadão da União, necessitando, assim, ser equacionada à luz das regras do Direito da União, em respeito ao princípio da lealdade europeia.

Por lealdade europeia entende-se, segundo Silveira⁴⁸, a assistência e respeito mútuos entre a União e os Estados-Membros, pois, em um sistema multinível como o da União Europeia, os atores políticos envolvidos têm entre si um compromisso de cooperação, resultado dos Tratados assinados, cuja constitucionalização ficou a cargo do trabalho jurisprudencial do TJUE.

No caso em questão (Rottmann), o governo austríaco descobriu que lhe foi omitido, quando do pedido de naturalização, a informação de antecedentes criminais de Rottmann e, por força do direito internacional (Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, artigo 8.º.2 e Convenção Europeia sobre a Nacionalidade, artigo 7.º.3) e leis internas, perdeu ele a nacionalidade concedida.

O TJUE foi instado a se manifestar acerca da apatridia ocasionada e consequente perda da cidadania europeia, logo, questão a ser compatibilizada com o direito da União, conforme já esclarecido.

O diferencial aqui é que não houve liberdade de circulação, pois Rottmann era um nacional alemão e a decisão de perda da nacionalidade também foi alemã. O TJUE decidiu que não importava o exercício ou não da liberdade de circulação – antes ou depois da nacionalização alemã. O que importava para o caso era a perda do estatuto – leia-se direitos deveres – de cidadão da União, ante a perda da nacionalidade alemã e da anterior perda da nacionalidade austríaca, ficando o recorrente em situação de apatridia.

Ou seja, o caso foi apreciado como sendo um cidadão estático e não dinâmico, inovando a questão, pois assegurou a cidadania europeia –

⁴⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia:** Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. Lisboa: Quid Juris, 2011. p. 103.

salvaguardando direitos e liberdades – a um cidadão estático, de o que seria seguido na decisão do Caso Zambrano (C-34/09).

O TJUE preocupou-se – ante o princípio da proporcionalidade – com as consequências da apatridia, tanto para o principal interessado, como para sua família. Assim, entendeu ele ser necessário analisar se a perda da nacionalidade se justiçaria em relação à gravidade da infração cometida, o tempo decorrido entre a decisão de naturalização e a decisão de revogação, além da possibilidade de Rottmann poder readquirir a nacionalidade originária⁴⁹.

Na sua decisão, a Corte de Luxemburgo esclareceu que o artigo 20.º do TFUE não tem o condão de proibir os Estados-Membros de revogar a nacionalidade concedida de modo fraudulento. Porém, a decisão de revogação deve respeitar o princípio da proporcionalidade, nos termos do direito da União. E, para o caso concreto, deveria ser concedido à Rottmann prazo razoável para tentar readquirir a nacionalidade austríaca⁵⁰. Esse foi também, e basicamente, o entendimento do Advogado-geral para o caso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se, pois, que a livre circulação de pessoas implica muito mais do que a liberdade de ir e vir, sem fiscalização, entre fronteiras de Estados-Membros em um processo de integração. Implica, pois, em conceder um conjunto de direitos – sem olvidar os deveres – cujo exercício, no caso da União Europeia, construiu uma cidadania nova, dissociada da nacionalidade dos Estados-Membro, nada obstante, dependente.

A evolução do processo de integração levou o TJUE – por meio do reenvio prejudicial, em um constante diálogo formal com os Tribunais nacionais – a interpretar os Tratados instituidores de maneira a entender que

⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Rottmann**, de 02 de março de 2010, proc. C-135/08. EU:C:2010:104. Considerandos 55 e 56.

⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Rottmann**, de 02 de março de 2010. C-135/08. EU:C:2010:104. Considerando 59.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

a cidadania da União serve não somente ao cidadão ativo, ou dinâmico, que circula por entre as fronteiras, mas também ao estático, aquele que invoca os direitos de cidadão da União, sem sair de seu Estado de origem/residência. Mais, o TJUE é acionado em casos onde o fato econômico (cidadão economicamente ativo no mercado comum) não está presente, tais como nos casos em que o direito assistencial é o mote do pedido de reenvio prejudicial.

O que se concluiu com decisões como a do caso Rottmann, adotadas pelo TJUE, é a clara intenção de diferenciar cidadania da União de nacionalidade dos Estados-Membros, e oportunizar o cidadão da União a fazer uso dos direitos daí decorrentes até mesmo contra seu Estado-Membro, em uma relação de simbiose.

Portanto, iniciado o processo de integração e ultrapassas a maioria, senão a quase totalidade, das fases que o compõem, o surgimento da cidadania europeia por meio de uma delas, a livre circulação de pessoas, criou um *status jurídico* completamente novo ao cidadão europeu, porquanto usufrui ele da condição de nacional de um Estado-Membro da União e, em consequência, da sua cidadania nacional, ao mesmo tempo em que também detém a qualidade de cidadão da União Europeia, com direitos próprios, do que a doutrina tem chamado a União como “*União de direitos*”⁵¹.

Essa condição *sui generis* tem criado impasses jurídicos em que o TJUE é chamado a interpretar, por meio do reenvio prejudicial, em um constante diálogo com os tribunais nacionais, fazendo que, não raras vezes, o nacional de um Estado-Membro, invoque a condição de cidadão da União contra seu próprio Estado, no intuito de garantir direitos previstos nos Tratados da União, que, ironicamente foram concedidos/assinados pelos Estado demandado, em uma situação em que *a criatura se volta contra o criador*.

⁵¹ SILVEIRA, Alessandra Silveira, “Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais,” In. SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Pedro Madeira, **Direito da União Europeia**: Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016. p. 24.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Joana Covelo de. "Cooperação Judiciária em Matéria Civil na União Europeia e Cobrança de Créditos. Importância da Tramitação Prejudicial Urgente," **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão** 5, n. 10, 2017.

BORCHARDT, Klaus-Dieter. **O ABC do Direito da União Europeia**. Bruxelas: Mediateca da Comissão Europeia, 2011.

D'ARCY, François. União Europeia: Instituições, Políticas e Desafios. Bonn: Fundação Konrad Adenauer, 2002.

FERNANDES, Sophie Perez. Em busca de um sentido de pertença à comunidade nascida da integração por via do estatuto de cidadão da União – de Rottmann a Petruhhin (manuscrito).

FROUFE, Pedro Madeira e GOMES, José Caramelo. "Mercado Interno e Concorrência," SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira. **Direito da União Europeia**. Elementos de Direito e Política da União. Ed. Coimbra: Almedina, 2016.

MADURO, Miguel Poires. Conclusões do advogado-geral, de 02 de março de 2010. **Rottmann**, proc. C-135/08. EU:C:2009:588.

MARTÍN, Araceli Mangas e NOGUERAS, Diego J. Liñán. *Instituciones y Derecho de la Union Europea*. Madrid: Tecnos, 2016.

MONNET, Jean. "Mémoires". in CASELLA, Paulo Borba. **Comunidade Europeia e seu Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr, 2002.

SILVA, Elizabeth Accioly Pinto Almeida de. **Mercosul & União Europeia: Estrutura Jurídico-Institucional**. Curitiba: Juruá, 2000.

SILVEIRA, Alessandra Silveira, "Cidadania Europeia e Direitos Fundamentais," in ed. SILVEIRA, Alessandra, CANOTILHO, Mariana e FROUFE, Pedro Madeira, **Direito da União Europeia**: Elementos de Direito e Política da União. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**: Doutrina e Jurisprudência. 2 ed. Lisboa: Quid Juris, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. **Tratado de Lisboa**. Versão consolidada. 3 ed. Lisboa: Quid Juris, 2016.

THORSTENSEN, Vera. *Tudo sobre Comunidade Europeia*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão (TJUE) **Rottmann**, de 02 de março de 2010, proc. C-135/08. EU:C:2010:104.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Capoda Import-Export*, de 06
de outubro de 2015, proc. C-354/14. EU:C:2015:658.

**O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO E A IMPLANTAÇÃO
DO SISTEMA DE GARANTIA DE DIREITOS DA CRIANÇA E DO
ADOLESCENTE VÍTIMA OU TESTEMUNHA DE VIOLÊNCIA**

Alan Boettger¹

INTRODUÇÃO

Com o desiderato de implementar o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, entrou em vigor após decorrido um ano de sua publicação, a Lei Federal n. 13.431, de 4 de abril de 2017, seguindo, a propósito, tendência internacional previamente estabelecida.

Este artigo visa, pois, abordar alguns mecanismos previstos pela referida lei federal, discutindo a viabilidade e a importância para a proteção de crianças e adolescente cujos direitos, por vezes, restam fragilizados em razão da submissão a procedimentos de escutas e inquirições mal planejados e em execução por profissionais sem a capacitação adequada para esse mister.

O assunto guarda relevância, na medida que cumpre se adequar à norma constitucional, de proteção aos direitos das crianças e dos adolescentes, bem como a toda uma normativa internacional correlata.

Constatar-se-á, numa metodologia de análise à legislação, doutrina e experiências de outros Estados, que um novo quadro de rotinas e protocolos para esse público especial se apresenta. Caberá à sociedade, no entanto, pelas instituições e órgãos legitimados, garantir que o sistema legal de proteção seja implementado e produza resultados de eficiência, incluindo-se o Ministério Público brasileiro nesse rol. Com efeito, hodiernamente, o

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Direito Constitucional Aplicado pelo Damásio Educacional e especialista Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia. Atua como Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Ministério Público vem assumindo um protagonismo que lhe era reservado e até mesmo esperado pela Constituição da República Federativa de 1988. Ultrapassando a barreira de sua tradicional e também importante atuação nas searas criminal e cível, a Instituição tornou-se legitimada à busca dos direitos fundamentais básicos da coletividade. E dentro dessa perspectiva de atuação, relevante para o Ministério Público se firma a garantia que entrega à proteção dos direitos afetos à infância e juventude, sejam aqueles que digam respeito à seara coletiva ou aqueles que navegam na órbita individual, considerados, pois, indisponíveis.

Assim, será demonstrado que, no atual estado de coisas da República Brasileira, protocolos e rotinas de procedimento causavam e ainda produzem riscos concretos de danos ou traumas psicológicos às crianças e adolescentes ouvidos por conta de serem vítimas ou testemunhas de atos de abuso ou de violência (chamada “violência institucional”); situação que precisa ser transformada.

1. DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO

Inicialmente, curial destacar a legitimidade do Ministério Público para atuar em favor das crianças e adolescente vítimas e/ou testemunhas de atos de violência. Enquanto instituição moderna, provida de todas as atribuições que lhe são atuais, encontra arrimo constitucional em seção específica do capítulo reservado às funções essenciais à Justiça, dentro de título próprio da organização dos Poderes, a partir do artigo 127 da Magna Carta de 1988. Já nesse dispositivo constitucional situa-se a definição que a norma entendeu apropriada para o Ministério Público, a saber *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”*. Percebe-se, então, que, para o Ministério Público, a defesa de tais matérias não se trata de uma opção, mas sim de um dever que lhe é imposto, de cunho obrigatório, pois.

E dentro desse contexto de valores que cabe à Instituição proteger, encontram-se os direitos individuais e coletivos das crianças e adolescentes,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

com relação aos quais o Ministério Público deve ser intransigente, não por sua vontade, mas sim por se tratar de um desejo da norma constitucional que os tratou como de índole prioritária.

Nota-se que, no âmbito da atuação extrajudicial, o primeiro e talvez mais importante instrumento que lhe é previsto (inquérito civil) cuida de possibilitar a coleta de dados, informações e elementos probatórios para formação do seu convencimento quanto ao objeto de uma investigação. Esse cabedal de conhecimentos adquiridos permitirá que o *Parquet* passe a atuar na defesa dos valores constitucionais confiados a ele, seja na esfera extrajudicial (mediante resolução das deficiências sociais via simples recomendações, acolhidas pelos poderes legitimados ou, mediante fomentação de projetos de implementação de políticas públicas ou de termos de ajustamento de condutas; seja, em última análise, via judicial, com o ajuizamento da ação civil pública).

Contudo, o resultado mais eficiente advirá com a resolução do problema na via extrajudicial, uma vez que, desse modo, o convencimento do administrador público se dará de maneira voluntária. É cediço que, na assinatura de um documento ou acordo para ajustamento de condutas, quando o próprio gerente do Poder Executivo reconheça que determinada política não seja suficiente para atender a uma demanda social, a adequação ou correção dessa deficiência torna-se mais fácil de ser atingida e a solução da celeuma, por conseguinte, será alcançada, e com resultados mais eficazes.

Por outro lado, quando inevitavelmente se tenha que ingressar com a ação judicial (ação civil pública, via de regra), a correção dos atos realizados pelo administrador público torna-se impositiva. Nesse caso, não há reconhecimento voluntário da deficiência, ao contrário, conforme dito, há uma determinação vinda de outro Poder (Judiciário) impondo-lhe determinada conduta. Todavia, ainda que exista o acolhimento do que foi imposto pela autoridade judiciária, não se pode assegurar que essa política seja eficientemente executada por longo tempo. E tudo isso sem olvidar do largo lapso temporal que se levará para alcançar o cumprimento da

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

pretendida decisão judicial, que, perante a Justiça brasileira, ainda demanda um tempo bastante demorado, diante da inexistência de prioridade no trâmite que deveriam ter ações judiciais que viessem a versar sobre políticas públicas, mormente aquelas em favor dos direitos de crianças e adolescentes, tais como se está a tratar neste trabalho, que cuida sobre as inovações trazidas para a proteção da vítima ou testemunha de violência.

Sem dúvida que a defesa dos direitos voltados à área da infância e juventude foi daquelas que maior relevância alcançou, cuidando-se, pois, de uma vontade expressa da norma constitucional. Para tanto, basta compulsar a Constituição da República e proceder à leitura do artigo 227 no capítulo dedicado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, em que se lê como:

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Conforme adiantado alhures, a própria Constituição da República entregou ao órgão do Ministério Público a função institucional de "*zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia*".

Logo em seguida à promulgação da Magna Carta Brasileira, convém destacar que houve o advento da lei ordinária nacional mais relevante para a defesa dos interesses da infância e da juventude, tratando-se da Lei Federal n. 8.069/90, conhecida como "Estatuto da Criança e do Adolescente", que também reservou espaço relevante ao Ministério Público, especificamente o Capítulo V, a partir do artigo 200, elencando, no seu dispositivo seguinte (201), diversas funções institucionais, destacando-se:

Art. 201. Compete ao Ministério Público:

[...] V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º inciso II, da Constituição Federal;

[...]

VIII – zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis;

[...]

§ 5º Para o exercício da atribuição de que trata o inciso VIII deste artigo, poderá o representante do Ministério Público:

[...] c) efetuar recomendações visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública afetos à criança e ao adolescente, fixando prazo razoável para sua perfeita adequação.

Registra-se, pois, que a enumeração das funções entabuladas no dispositivo legal em epígrafe é meramente exemplificativa, isto porque, no próprio § 2º do artigo 201 da Lei n. 8.069/90, restou expresso que "*as atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público*".

2. DA PROTEÇÃO À VÍTIMA OU TESTEMUNHA INFANTO-JUVENIL DE VIOLÊNCIA.

Conforme explicitado acima, o legislador constituinte entregou ao Ministério Público, dentre suas principais atribuições, a atuação prioritária para que fossem respeitados os direitos da criança e do adolescente, sendo a Instituição um braço importante da sociedade para fiscalização e implantação de tais direitos.

E a razão do presente artigo é que tais direitos possam estar sob risco quando crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes são

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

chamadas a relatar sobre tais fatos. Com efeito, qualquer espécie de violência cometida contra o público infanto-juvenil deve ser combatida e punida, de acordo com os preceitos legais. E existem sanções na esfera cível e também na seara criminal. Por outro lado, há que se ter um cuidado extremo com a coleta da prova, a ponto de não fazer com que a violência seja renovada na memória da vítima e que o inocente padeça de um segundo ato de dano contra si (ainda que inconsciente ou involuntário por parte do agente ou servidor público). É a chamada violência institucional.

Nessa trilha de entendimento, uma das ferramentas normativas mais recentes e que instrumentaliza os órgãos legitimados ao enfrentamento das deficiências que trazem riscos à boa infância e juventude é, sem dúvida, a Lei n. 13.431, publicada no dia 5 de abril de 2017, que passou a entrar em vigor um ano após a sua publicação oficial. Trata, pois, de estabelecer o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Cuida-se de ato normativo que busca não tratar a criança ou adolescente como objeto de uma prova, mas sim como um sujeito de direitos, que merece toda a delicadeza e cuidado em sua abordagem. É a precaução que se deve ter quanto à revitimização do ser humano em fase de desenvolvimento.

De modo que, dentro desse rol tão diversificado de funções do Ministério Público brasileiro, rol este que, conforme exposto alhures, não é exaustivo, surge a necessidade de a Instituição estar alerta e buscar providências que também digam respeito à necessidade de proteção da criança e/ou adolescente que seja vítima de alguma situação ou circunstância de violência ou, especialmente, de abuso sexual.

Evidentemente que essa proteção não se exaure tão-somente na perseguição pela punição ao infrator ou violador dos direitos da vítima, mas em direcionar a ação para um horizonte em que a criança/adolescente passe a ter um ambiente protegido a seu redor. É sabido que a violência ou abuso, muitas vezes, ocorre dentro dos limites da própria casa, perdurando

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

não por dias ou semanas, mas sim por meses e, em alguns casos, por anos ininterruptos de abusos sexuais, ameaças, constrangimentos e maus tratos.

Em tais situações, providências emergenciais devem ser adotadas, buscando, conforme explicitado acima, além da punição legal do agressor, a proteção da vítima, retirando-a de qualquer contato com a contínua violência. A proteção, contudo, vai mais adiante. Além de retirar o agressor da esfera de contato com a criança e/ou adolescente, é preciso que a vítima esteja protegida também sob o ponto de vista psicológico/mental. Ela será ouvida, para relatar sobre os episódios de violência pelos quais passou, mas de que forma o Estado procederá? De que maneira que aquela lembrança poderá afetá-la ainda mais? Possui o Estado agentes preparados para realização de uma oitiva especial? Quantas vezes será necessário que a criança e/ou adolescente repita a mesma versão? Com efeito, a criança ou o adolescente não estão preparados para suportar todo o peso da responsabilidade da condenação de alguém que, muitas vezes, é próximo a si. Sabe-se que a palavra da vítima constituirá a prova elementar para uma possível condenação. Porém, como ela poderá lidar com tamanha carga emotiva? Tratando a respeito do assunto, extrai-se da obra doutrinadora Maria Regina Fay de Azambuja algumas lições, mas também questionamentos, a saber²:

[...] nos crimes envolvendo abuso sexual contra a criança, recai sobre a vítima a sobrecarga da produção da prova da violência sexual. Dependendo do conteúdo de suas afirmações, por ocasião da inquirição judicial, o abusador poderá ir para a cadeia; a criança poderá perder o apoio da mãe, nos casos em que ela for conivente com o abusador, ou, ainda, poderá ser afastada de sua casa, sendo encaminhada para o programa de acolhimento institucional, antes denominado de abrigo, como medida de proteção em face da fragilidade da família em protegê-la. Neste contexto, cabe questionar: é possível, à luz da Doutrina da Proteção Integral, fazer recair sobre a criança,

² AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2011, pgs 168/169.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

considerada pela lei pessoa em fase especial de desenvolvimento, a responsabilidade pela produção da prova, como se fazia antes da vigência da Constituição Federal de 1988? A Doutrina da Proteção Integral legitima a prática de inquirir a criança, em especial, quando não há vestígios físicos, ciente das consequências que suas declarações acarretarão ao abusador e ao grupo familiar? Essa situação valoriza a criança, como sujeito de direito, ou a expõe a mais uma violência? Que outros instrumentos seriam legítimos de ser usados para apurar a existência do fato e buscar a responsabilização do abusador? Considerando as descobertas das áreas da psicologia e da psiquiatria, desde Freud, datadas do início do século XX e reafirmadas por inúmeros estudiosos da saúde mental, que envolvem a possibilidade de a criança bloquear, no âmbito verbal, a cena da violência, seria recomendável exigir a sua inquirição?

Pois bem, já em seu artigo 1º, a Lei n. 13.431/2017 estabelece os parâmetros utilizados evitar a revitimização da criança e/ou adolescente, dentro do sistema proposto de garantia aos seus direitos, mais propriamente fazendo referência ao já mencionado artigo 227 da Constituição da República, à Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, à Resolução n. 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, além de outros diplomas internacionais protetivos e de especial fundamento.

A propósito, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, assinada aos 20 de novembro de 1989, em Nova Iorque, EUA, dispõe, dentre seus importantes dispositivos:

ARTIGO 19. Os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.

2 – Tais medidas de proteção devem incluir, consoante o caso, processos eficazes para o estabelecimento de programas sociais destinados a assegurar o apoio

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

necessário à criança e àqueles a cuja guarda está confiada, bem como outras formas de prevenção, e para identificação, elaboração de relatório, transmissão, investigação, tratamento e acompanhamento dos casos de maus tratos infligidos à criança, acima descritos, compreendendo igualmente, se necessário, processos de intervenção judicial.

Registra-se que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças foi ratificada pelo Estado Brasileiro no dia 24 de setembro de 1990, via Decreto n. 99.710, no mesmo ano, portanto, do nascimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069/90).

Já a Resolução n. 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas trouxe, em seu âmago, a preocupação específica para atendimento das crianças vítimas ou testemunhas de crimes, traçando diretrizes de atuação para os profissionais próximos a elas.

Importante registrar que, quando a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e a Resolução n. 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas tratam sobre “criança” designam crianças e adolescentes menores de 18 anos, referindo-se, pois, à especial condição de desenvolvimento e de formação.

Pois bem, dentro dessas diretrizes de atuação para atendimento da criança vítima ou testemunha de um delito ou de um ato de violência, encontra-se a preocupação quanto à garantia do direito de ser protegida das dificuldades advindas no processo de justiça. Para tanto, assim orienta a Resolução n. 20/2005, confirmado o que foi antes asseverado:

29. Os profissionais devem tomar medidas para evitar dificuldades durante os processos de detecção, investigação e acusação, a fim de garantir o respeito aos melhores interesses e a dignidade das crianças vítimas ou testemunhas.

30. Os profissionais devem abordar as crianças vítimas ou testemunhas com sensibilidade, devendo:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

(a) Prestar apoio às crianças vítimas ou testemunhas, incluindo o acompanhamento da criança durante todo o seu envolvimento no processo de justiça, quando atender ao melhor interesse da criança;

(b) Fornecer segurança sobre o processo, inclusive informando de forma clara às crianças vítimas ou testemunhas das reais expectativas sobre o que esperar no processo, com a maior convicção possível. A participação da criança em audiências e julgamentos deve ser planejada com antecedência e todos os esforços devem ser envidados para assegurar a continuidade do bom relacionamento, durante todo o processo, entre a criança e os profissionais em contato com ela;

(c) Assegurar que os julgamentos se realizem o mais rapidamente possível, exceto quando o adiamento servir para atender o melhor interesse da criança. A investigação de crimes envolvendo crianças vítimas ou testemunhas também deve ser acelerada e devem existir procedimentos, leis ou regras judiciais que permitam acelerar os casos envolvendo crianças vítimas ou testemunhas; e,

(d) Utilizar procedimentos sensíveis às crianças, incluindo salas de entrevistas concebidas para crianças, serviços interdisciplinares para vítimas infantis integradas no mesmo local, ambientes de tribunal modificados que levem em consideração testemunhas infantis, recessos durante o depoimento de uma criança, audiências programadas em momentos do dia apropriados à idade e à maturidade da criança, um sistema de notificação apropriado para garantir que a criança vá ao tribunal apenas quando necessário e outras medidas adequadas para facilitar o testemunho da criança.³

Partindo de tais premissas, fácil perceber a validade e a importância da regulamentação dessas diretrizes no âmbito nacional. Daí os motivos pelos quais se busca trazer ao cenário interno um sistema eficiente de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

³ <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2039.html>

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Com efeito, no seu artigo 4º, a Lei em apreço tratou de dispor sobre as hipóteses de violência a que estão submetidos crianças e adolescentes, seja física (art. 4º, inciso I), que lhe ofenda a integridade ou saúde corporal; psicológica (art. 4º, inciso II), envolvendo hipóteses de discriminação, depreciação, desrespeito, atos de alienação parental, que levem à ruptura dos vínculos mantidos com algum dos genitores, ou ainda situações que exponham a criança ou o adolescente a crime praticado contra pessoa que lhe é próxima; tudo de modo a causar, pois, um prejuízo ao seu desenvolvimento psíquico ou emocional; sexual (art. 4º, III), por abuso, exploração comercial ou, mesmo, tráfico de pessoas; e, por fim, a violência institucional (art. 4º, IV), que pode gerar a revitimização da criança ou do adolescente, considerando o sobrepeso que a ela é transmitido dentro do processo judicial.

Um agente do Estado também pode ser violador do direito de uma criança ou de um adolescente, ainda que, obviamente, não seja essa a sua intenção. Entremes, esse risco é real, sublinhado na conduta de um agente público que não esteja preparado para realizar uma intervenção especial.

A verdade sobre um fato delituoso pode ser alcançada de formas variadas. Existem maneiras que são menos invasivas às vítimas em estágio inicial ou médio de desenvolvimento. Cabe ao Estado a produção e a investigação da prova e, obviamente, esse mister não deve ser transferido à ofendida, mormente quando de um público infanto-juvenil, já fragilizado.

A busca pela prova pode, muitas vezes, representar um risco de trauma psíquico quando não adotadas cautelas mínimas pelo ordenador da instrução processual. Registra-se que, na maioria das vezes, o juiz criminal, o promotor de justiça e o advogado não estão capacitados para inquirir uma criança de tenra idade sobre um ato de violência sexual do qual ela foi vitimada; advindo, daí, prejuízos irreparáveis, impactando num cenário de revitimização. E para esse cenário de sombras parece que o legislador voltou seu olhar.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Também os ambientes em que uma criança é ouvida apresentam-se inadequados. São espaços formais, com pessoas estranhas a ela, e com riscos de a pequena vítima confrontar-se com o agressor.

Ademais, não há como olvidar que a criança e o adolescente passam por reiteradas inquirições desde o momento em que foram vitimadas. Não bastasse o gosto extremamente amargo da experiência vivida, ao invés de se trabalhar o esquecimento do fato ou a diminuição dos prejuízos que ele gerou, prefere-se fazer com que a pequena vítima recorde, relate, vivencie em seu espírito o trauma do drama vivido. É inquirida, às vezes por simples curiosidade, pela pessoa que tomou conhecimento sobre os fatos (podendo ser um vizinho, amigo da família ou parente mais próximo). É questionada pelo policial militar que foi acionado para atendimento da ocorrência. Depois, logo em seguida, pelo conselheiro tutelar; depois, ainda, na fase policial, pelo delegado de polícia, pela psicóloga que labora na delegacia. Continuando sua via *crucis*, é levada ao Poder Judiciário, aí então, é colocada em frente a uma mesa, formada por pessoas com vestimentas formais, que não fazem parte do seu círculo de conhecidos, passando a ser questionada pelo promotor de justiça, depois pelo advogado que representa a defesa, e, por fim, pelo juiz. Tudo isso acontecendo numa audiência cujo grau de estresse é elevado até mesmo para um adulto; num ambiente, muitas vezes, extremamente tenso.

Destarte, não há dúvida que a violência institucional é um risco involuntário pelo qual a criança e o adolescente estão frequentemente sujeitos. De maneira que, assim, é propósito da Lei, em consonância com a Constituição da República e com a normativa internacional, também diminuir tais riscos, sem prejudicar, por óbvio, a validade e a qualidade da prova.

Para tanto, no artigo 4º, IV, Lei 13.431/2017, faz-se menção à escuta especializada e ao depoimento especial, instrumentos pelos quais a criança (ou adolescente) passará a ser ouvida sobre determinada situação de violência.

Convém, ademais, ter em mente a diferenciação entre tais instrumentos de inquirição. E a própria Lei é bastante esclarecedora a

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

respeito, porquanto, em seu artigo 7º, dispõe que "*escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade*". Assim, com a escuta especializada, o profissional irá investigar o ato de violência pelo qual a criança e/ou o adolescente passou, não com o desiderato de reunir provas contra o agressor, mas sim para buscar os traumas da vítima e a maneira correta de ajudá-la.

Já o depoimento especial também tem seu conceito preceituado pela Lei, em seu artigo 8º, quando aponta que se trata do "procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária".

Em ambos os casos, a criança e o adolescente deverão sempre ser protegidos, sendo ouvidos em ambiente próprio, acolhedor, no qual a vítima não se sinta oprimida e em risco, e, conforme determina a Lei (art. 9º), "[...] resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento". Que seja ouvida "[...] com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência" (art. 10, Lei n. 13.431/2017).

É fato que as delegacias de polícia e os prédios dos fóruns precisarão passar por modificações radicais e também por uma reconhecida mudança de rotinas, de modo a criar espaços propícios para a inquirição da vítima, com uma infraestrutura que seja adequada a esse propósito.

Porém, não se trata apenas de estrutura de espaço. Para o depoimento especial, cujo fim é obter a prova do crime e responsabilizar o culpado, a oitiva da criança/adolescente não pode ser banalizada e reiterada por vezes diversas. A vítima é diferenciada, cuja fase de desenvolvimento cognitivo e físico está em evidência. Seu depoimento deve ser qualificado. E essa qualidade na coleta das suas declarações se dá pela atuação de um profissional tecnicamente habilitado. O depoimento deve ser prestado

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

preferencialmente por uma única vez, mas de forma qualitativa. Assim dispõe, aliás, o artigo 11 da Lei n. 13.431/17, ao estabelecer que "*o depoimento especial reger-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado*".

Dentro desse cenário de proteção, o Ministério Público, enquanto uma das principais instituições elegidas pelo constituinte para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, conforme explicitado acima, não pode se desincumbir da obrigação de fiscalizar o fiel funcionamento do novo modelo proposto.

Conforme visto, a lei federal está em vigor, de maneira que às partes de um processo-criminal já não é mais lícito aceitar a coleta da prova pela autoridade judiciária sem as cautelas que foram trazidas pela legislação. Adotar um protocolo de atuação protetiva para a tomada do depoimento da criança e do adolescente já não se trata mais apenas de uma opção da autoridade judiciária, mas sim de imposição legal.

É responsabilidade das partes e do juízo eliminar os riscos da violência institucional, velando, pois, pela adequação do ambiente em que a criança ou o adolescente serão ouvidos e também a respeito da forma como a vítima será abordada em relação aos fatos. Nesse último aspecto, será importante conhecer a formação e a qualificação do profissional especializado a que se refere a legislação e, inclusive, impugnar sua nomeação ou indicação quando se faça necessária tal providência.

No que se refere à modalidade da escuta especializada, também é imprescindível buscar a qualificação da rede pública, a fim de que a criança ou o adolescente recebam acolhimentos de qualidade, possíveis de subsidiar medidas de proteção a seu favor. Necessário, para tanto, conhecer a estrutura de atendimento da rede, saber sobre a qualificação dos profissionais que atuam na proteção da saúde mental infanto-juvenil e de que forma a vítima poderá receber auxílio (seja sob o ponto de vista material ou jurídico).

Cuida-se de um público especial, de maneira que se exige um atendimento diferenciado dentro da rede pública.

3. ALTERNATIVAS PARA CONSTRUÇÃO DE UM PROTOCOLO HUMANIZADO

A solução para buscar a diminuição dos riscos da violência institucional encontra arrimo na edificação de fluxos ou protocolos que considere a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e, destarte, garantindo-lhes um círculo maior de proteção.

Há países em que tais protocolos já foram construídos, podendo, pois, contribuir para o cenário de proteção que se deseja formatar no Estado Brasileiro. Pode-se, pois, citar a experiência edificada nos Estados Unidos e em outras nações, com a utilização dos CACs (Centros de Defesa da Criança). Nesse sentido:

Os procedimentos legais que buscam reduzir o sofrimento das crianças durante uma investigação criminal promovem o bem-estar de crianças vítimas e também fazem com que elas dêem um testemunho fidedigno. Essas intervenções, que têm sido objeto de considerável número de pesquisas, incluem, nos Estados Unidos e em muitos outros países, o uso de Child Advocacy Centers (CACs) [Centros de Defesa da Criança] e protocolos de entrevista forense durante a fase de investigação. [...] Embora todos os serviços prestados pelos CACs sejam vitais, a entrevista forense com a criança é o mais fundamental deles. Para as crianças, a sequência de entrevistas forenses é estressante (Tedesco & Schnell, 1987). Sendo assim, teoricamente, os CACs podem reduzir o trauma associado ao processo investigativo por intermédio do gerenciamento das informações necessárias às instituições de forma a diminuir o número de entrevistas com a criança. Na maioria dos CACs, as entrevistas forenses com crianças são conduzidas por entrevistadores especialmente treinados (assistentes sociais com treinamento avançado). As entrevistas acontecem em salas projetadas para que a criança se sinta à vontade e, normalmente, equipadas com espelho

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

unidirecional, microfone e câmera de vídeo, mas sem brinquedos ou outras distrações.⁴

Percebe-se, destarte, que essa experiência proporciona à criança que ela tenha um espaço próprio, em que se sinta confortável e confiante, tendo um interlocutor que esteja próximo a ela, preparado para extrair as circunstâncias do fato, sem que essa memória traga prejuízos.

Da mesma obra a qual se refere o trecho antes transcrito, extraem-se outras experiências, em países diferentes, que buscam alternativas para extrair a verdade dos fatos, mas sem revitimizar a criança. Assim:

Muitas crianças expressam receio de depor na justiça (Saywitz & Nathanson, 1993; Spencer & Flin, 1993). Além disso, elas também têm pouca compreensão sobre o processo judicial, o que pode aumentar sua ansiedade (Flin, Stevenson, & Davies, 1989). Para poupar as crianças, em alguns países, as pequenas (menores de 14 anos) raramente comparecem ao tribunal durante audiências ou julgamentos. Em Israel, o entrevistador forense depõe no lugar da criança e relata o que ela disse. Na Inglaterra, a promotoria de justiça apresenta o vídeo da entrevista forense ao tribunal. A inquirição da defesa é conduzida pelo promotor de justiça em uma sala especial do tribunal, na qual o depoimento da criança pode ser transmitido por closed-circuit television (CCTV) [circuito fechado de televisão] aos presentes na sala de julgamento. Na Noruega, policiais especialmente treinados para fins de investigação conduzem a entrevista da criança, que é realizada em uma sala equipada com espelhos unidirecionais.⁵

Fácil concluir, pois, que, o assunto causa preocupação não apenas ao Estado brasileiro mas também dentro da comunidade internacional, bastando trazer a lume, pois, todo o referencial exemplificativo de protocolos

⁴ Depoimento sem medo: culturas e práticas não-revitimizantes : uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes / Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves, [coordenadores]. – 2. ed. – São Paulo : Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009. P. 21-23.

⁵ Depoimento sem medo: culturas e práticas não-revitimizantes : uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes / Benedito Rodrigues dos Santos, Itamar Batista Gonçalves, [coordenadores]. – 2. ed. – São Paulo : Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009. P. 25.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e rotinas procedimentais que visam proteger a vítima de uma possível violência institucional, sem descurar da qualidade da prova que se está produzindo.

Imprescindível que a criança e/ou adolescente não se sinta em um ambiente de pressão quando tiver que discorrer sobre os fatos que lhe trouxeram tanto sofrimento. A propósito, para o operador jurídico atuante no processo-crime é mais interessante ter o testemunho de uma vítima confiante e tranquila, que não senta receio de contar a verdade sobre os fatos. Daí, pois, a necessidade de que esse público especial seja inquirido por pessoas/profissionais capacitados e, que, além de suas declarações, haja também a preocupação do acompanhamento, objetivando, pois, reduzir os traumas que, por ventura, forem decorrentes do infeliz passado. Identificados os resquícios do trauma, estes devem ser tratados, encaminhando-se a vítima para uma eficiente rede pública de saúde.

Ainda, imprescindível uma atuação prévia junto à criança e/ou adolescente, não no sentido de ser constantemente ouvida a respeito do fato (o que deve ser evitado), mas sim de que a vítima compareça ao profissional que for ouvi-la com o espírito liberto de receios ou temores, sentindo que, naquele espaço de tempo, estará protegida para prestar seu depoimento, com sinceridade e confiança. Para tanto, não apenas o profissional que irá inquiri-la diretamente deverá estar capacitado, mas também todos os atores do processo, promotores, juízes, advogados, assistentes sociais etc.

Nesse norte, pois, decorre a responsabilidade do Ministério Público, porquanto, dentro do rol de atribuições que foram entregues à Instituição, convém recordar que a busca pela proteção dos direitos das crianças e adolescentes é daqueles interesses que lhe são mais caros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se, neste trabalho, sobre a inovação legislativa apresentada no cenário nacional pela Lei n. 13.431/2017, que, conforme apontado, em atenção a um quadro de grave risco ao qual submetido o público infant-

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

juvenil, buscou apresentar e implementar o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência.

É um campo fértil de indagações, porquanto a legislação é recente e as práticas de risco ainda permanecem. Na maioria dos Municípios brasileiros, a rede pública municipal não tem estruturas próprias e adequadas para atendimento do público em epígrafe. Os prédios do Poder Judiciário, em que tramitam os processos-criminais que tratam sobre hipóteses de abuso sexual ou violência de qualquer espécie apresentam espaços inadequados, impróprios; observando-se a ausência de profissionais habilitados e treinados na área da psicologia infanto-juvenil.

São, portanto, desafios que necessariamente serão enfrentados, até porque, agora se está diante de uma previsão legal específica e, portanto, impositiva.

E, para o enfrentamento das dificuldades até então relatadas, outra alternativa não restará que não seja a construção diferenciada de protocolos e rotinas de atendimentos, seja no que se refere ao depoimento especial seja, também, no que toca à escuta especializada.

O caminho a trilhar é pedregoso e árduo, porém, necessário e de implementação obrigatória e urgente.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMIN, Andréa Rodrigues et al. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da Criança Vítima de Violência Sexual: proteção ou violação de direitos? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 1990, retificado em 27 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm. Acesso em: 14 ago. 2018.

_____. Lei 13.431, de 4 de abril de 2017. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de abril de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm. Acesso em: 14 ago. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. **Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017**. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13431-4-abril-2017-784569-publicacaooriginal-152306-pl.html>. Acesso em: 31 ago. 2018.

Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 20 nov.1989. Disponível em: <https://www.unric.org/html/portuguese/humanrights/Crianca.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de (org). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Elson Gonçalves de. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Campinas: Servanda Editora, 2011.

PIZÁ, Graça. **Afetos Secretos, Os Sonhos Revisitados**. Rio de Janeiro: Childhood. Clínica Psicanalítica da Violência. UNIPÊ/BC/CDU, 2010.

Resolução n. 20, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 22 de julho de 2005. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-2039.html>. Acesso em: 30 ago. 2018.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos; GONÇALVES, Itamar Batista (coordenadores). Depoimento sem medo: culturas e práticas não-revitimizantes: uma cartografia de tomada de depoimento especial de

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

crianças e adolescentes. 2. Ed. São Paulo: Childhood Brasil (Instituto WCF Brasil), 2009.

SILVEIRA, Josiane Rose Petry Veronese; SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. Doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

**REFLEXÕES SOBRE A (IN)SUSTENTABILIDADE DO MODO DE VIDA
PÓS-MODERNO: EM BUSCA DE UM NOVO PARADIGMA**

Rafael Maas dos Anjos¹

INTRODUÇÃO

A vida atual nos apresenta a cada momento novos desafios.

As novidades tecnológicas e científicas ampliaram as facilidades; contudo, os relacionamentos e a convivência global apresentam-se de forma mais complexa, numa relação inversa que fomenta cada vez mais a sensação de desconforto e de desajuste.

É cada vez mais difícil acompanhar a dinamicidade das relações políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas. A todo instante presenciamos conflitos e as ferramentas e instrumentos que temos para enfrentá-los aparecem obsoletos ou são inócuos.

O diagnóstico não é animador: presenciamos a criação de uma sociedade de consumidores, testemunhamos mudanças no funcionamento do capitalismo, testificamos alterações nas feições do estado, somos partícipes do enfraquecimento das utopias e constatamos de forma dura o desequilíbrio da relação espaço-tempo.

Os danos decorrentes da dinâmica social atual são incontáveis e o bem-estar não só da geração presente, mas também das futuras gerações, encontra-se ameaçado.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Pós-graduado, em nível de Especialização, em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Pós-graduado, em nível de Especialização, em Direito Material e Processual Civil pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC), em convênio com a Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC) (2010). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) (2000). Atua como Juiz de Direito na comarca de Joinville - Poder Judiciário de Santa Catarina, bem como Juiz membro da 5ª Turma de Recursos de Santa Catarina.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O exercício de olhar a realidade contemporânea de forma crítica, com o fito de compreendê-la e dela procurando tirar lições é tarefa indelegável.

Esse cenário de incertezas nos obriga a buscar novos paradigmas capazes de nos capacitar e moldar-nos ao viver moderno.

Nessa sociedade de risco reflexiva (BECK, 2011), de rede (CASTELLS, 2017), de espetáculo (DEBORD, 1997), envolta na modernidade tardia (GIDDENS, 1991), líquida (BAUMAN, 2001) e hipermoderne (LIPOVETSKY, 2015), na era das grandes transformações (BOFF, 2014), o paradigma da sustentabilidade se apresenta à ciência do direito como alternativa para o enfrentamento das dificuldades abordadas.

A sustentabilidade apresenta-se como elo dinâmico e de articulação das relações sociais e econômicas, repercutindo no meio ambiente, cooperando para a construção de uma sociedade harmônica e equilibrada.

O presente estudo, utilizando-se do método dedutivo, por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, aborda a temática da sustentabilidade como parâmetro e referência para a ordem jurídica na pós-modernidade.

1. A PÓS-MODERNIDADE

É próprio do homem rotular os momentos de sua história. Isto pode se dar conforme a idade: infância, adolescência, idade adulta, velhice. Também pode ocorrer de acordo os objetivos: vida estudantil, vida profissional, vida em família. Independentemente de critérios e razões para as nomenclaturas adotadas, o ser humano dá nome aos momentos de sua história.

Com a história da humanidade não é diferente. A periodização da história observa um método cronológico para contar e separar os diversos eventos marcantes. Pré-história, idade antiga, idade média, idade moderna e idade contemporânea são períodos específicos da história.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

No dizer de VAZ, a “(...) evolução histórica da humanidade é marcada por ciclos. Há, por assim dizer, uma espécie de espiral de fases que vão se sucedendo no tempo, e que, de uma forma mais ou menos regular, representam rupturas (cortes), ascensão, auge e declínio” (2016, p. 32).

Dito isso, como podemos rotular o atual momento em que nos encontramos? Quais as características do tempo histórico em que estamos inseridos? Refletir a respeito contribui não só para que entendamos o presente, mas também para que possamos caminhar rumo ao futuro de forma a perpetuar os nossos dias e não os abreviar em eventual colapso.

O momento histórico atual têm sido objeto de análise por juristas, sociólogos, filósofos, cientistas, entre outros, numa grande cadeia multidisciplinar, havendo preocupação, direta ou indireta, com o modelo econômico atualmente adotado e a (in)consequente forma de exploração dos recursos naturais impressa neste sistema, colocando em risco a perpetuação da espécie humana (SANTOS, 2015, p. 256).

São os clássicos estudiosos da história, notadamente da história ocidental, que afirmam que nos encontramos na idade contemporânea, cujo início remonta à revolução francesa no ano de 1789.

É nessa quadra da história que se superam modos de organização econômico, social e político tais como o feudalismo e o absolutismo, e se passa para o desenvolvimento e consolidação do sistema socioeconômico denominado capitalismo. A corrente filosófica dos primórdios deste período histórico, com forte influência do renascimento, é o iluminismo, voltado para a razão e para o desenvolvimento da ciência. Foi o iluminismo que precedeu ao que chamamos hoje de modernidade.

GRENZ explica que a “renascença lançou os fundamentos da mentalidade moderna, porém, não foi responsável pela edificação de sua superestrutura”. Acrescenta que a “modernidade veio à luz só depois de um longo período de gestação”. E arremata dizendo que “a renascença foi a avó

da modernidade, ao passo que o iluminismo foi seu verdadeiro pai" (2008, p. 92-93).

GIDDENS define modernidade como o "(...) período que se estende do iluminismo europeu de meados do século XVIII a, pelo menos, meados dos anos 1980, caracterizado pela secularização, racionalização, democratização, individualização e ascensão da ciência" (2016, p. 22).

Foi na modernidade que surgiu o estado na concepção que conhecemos. A razão prevalecia; o mundo era sólido e nele reinavam os grandes complexos industriais. Capital e trabalho conviviam de forma forçada na modernidade. A produção e a execução das atividades, por trás de enormes maquinários, estavam envoltas pelas cercas e muros, de fácil localização.

Na modernidade as fronteiras nacionais eram bem delimitadas, amparadas pelo conceito puro de soberania, ainda não metamorfoseado, de modo a permitir que o estado nação impusesse suas regras sem maiores entraves.

A durabilidade de produtos e projetos, na modernidade, era algo ambicionado. Empresas e governos perseguiam a imortalidade, pensavam a longo prazo. Nesse mundo ainda havia a lembrança do passado recente e certa esperança no futuro porvir, em regra depositada nas mãos de um líder.

No cenário moderno as utopias estavam bem vivas, sendo que os objetivos e finalidades pareciam definidos e os dilemas principais incidiam sobre os meios a serem utilizados para a tarefa de construção de uma sociedade justa. Espaço e tempo eram elementos estreitamente atados, de maneira que longe significava tarde. O fator tempo para atingir um determinado local era relevante e as distâncias impactavam no fator tempo. Todavia, esta modernidade sólida foi se dissolvendo, em boa medida pelo aperfeiçoamento da tecnologia, notadamente na evolução dos meios de transporte e de comunicação, em pleno contexto de globalização.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Luis Alberto WARAT, prefaciando obra de ABREU, destaca que “(...) o Direito sólido da modernidade, chamado de normativismo, está sofrendo os embates da fluidez atual como concepção do mundo”, e finaliza apontando para “(...) estes tempos de modernidade líquida” (2008, p. 18).

ABREU destaca que aquele período tido por moderno mudou ante a convergência histórica de três processos independentes: a revolução da tecnologia e da informação (tecnologia e ciência); a crise econômica do capitalismo e do estatismo e a sua reestruturação; o apogeu dos movimentos socioculturais (ambientalismo, direitos humanos, feminismo...) (2016, p. 32).

Temos um novo momento. “Os elementos, as estruturas e os valores dos sistemas sociais vão mudando e, de crise em crise, avançam rumo a um futuro incerto, utópico e reflexivo” (VAZ, 2016, p. 33).

No século XXI vivencia-se “(...) uma autêntica sociedade de transformações e de incertezas: a única certeza são as mudanças” (VAZ, 2016, p. 34).

HABERMAS ensina que “(...) quando aprendemos algo novo sobre o mundo, e sobre nós como seres no mundo, modifica-se o conteúdo de nossa autocompreensão” (2013, p. 9).

A mudança no pensar se exterioriza e produz mudanças culturais e sociais. Em que novo momento histórico estamos inseridos?

Não há um consenso sobre o término da modernidade. Fala-se em pós-modernidade.

Para BITTAR,

Apesar de toda a problemática que envolve a afirmação dessa expressão, pós-modernidade parece ter ganho maior alento no vocabulário filosófico (Lyotard, Habermas, Beck) e sociológico (Bauman, Boaventura de Souza Santos) contemporâneos, e ter entrado definitivamente para a linguagem corrente. O curioso é

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

perceber que é esta já a primeira característica da pós-modernidade: a incapacidade de gerar consensos (2014, p. 84).

Segundo GIDDENS, a pós-modernidade é o “(...) período histórico, seguinte à modernidade, que é definido com menos clareza, é menos pluralístico e menos socialmente diversificado do que a modernidade que o precedeu. Costuma-se dizer que a pós-modernidade começou a se desenvolver a partir do início dos anos 1970” (2016, p. 27).

Veja-se que não há unanimidade a respeito das denominações atribuídas a este momento presente. VAZ lista “(...) pós-modernidade, hipermodernidade, modernidade tardia, modernidade reflexiva, nova fase da modernidade, modernidade líquida, modernidade da modernidade, segunda modernidade, alta modernidade, modernidade desorganizada e outras tantas, todas com razões relevantes” (2016, p. 34-35).

BITTAR adverte que “a pós-modernidade chega para se instalar definitivamente, mas a modernidade ainda não deixou de estar presente entre nós, e isso é fato” (2014, p. 87). E arremata: “suas verdades, seus preceitos, seus princípios, suas instituições, seus valores (...), ainda permeiam grande parte das práticas institucionais e sociais, de modo que simples superação imediata da modernidade é ilusão (BITTAR, 2014, p. 87-88).

HARVEY, por sua vez, anota que,

Os sentimentos modernistas podem ter sido solapados, desconstruídos, superados ou ultrapassados, mas há pouca certeza quanto à coerência ou ao significado dos sistemas de pensamento que possam tê-los substituído. Essa incerteza torna peculiarmente difícil avaliar, interpretar e explicar a mudança que todos concordam ter ocorrido (1992, p. 47).

Inobstante tais ressalvas, por uma questão de acordo semântico quanto à utilização do melhor termo e para garantir o entendimento daquilo

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

que se pretende transmitir, adota-se o termo pós-modernidade para definir o presente período histórico, seguinte à modernidade.

Concebida a pós-modernidade, pode-se discorrer sobre o momento antagônico por que passa a humanidade: em que pese todo o progresso e uma suposta condição de maior bem-estar à sociedade, os homens têm sido vítimas constantes de catástrofes e tragédias – notadamente ambientais –, que colocam em risco a sua própria existência.

Para BAUMAN, “o que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos ‘poderes de derretimento’ da modernidade” (2001, p. 13).

LYOTARD explica que “o cenário pós-moderno é essencialmente cibernético-informático e informacional”. E continua ao asseverar que “neste cenário, predominam os esforços (científicos, tecnológicos e políticos) no sentido de informatizar a sociedade” (2015, p. VIII).

O impacto da informatização da sociedade produz avanços em todos os segmentos: sociais, econômicos, culturais, científicos, políticos e tecnológicos. Em que pese o progresso, é perceptível a situação de miséria, de penúria, de exclusão, de desigualdade social, econômica e política, de retrocesso cultural, relegando parcela significativa da população mundial a uma condição de subdesenvolvimento, de desamparo e de indigência.

Vive-se na era dos paradoxos. Algumas contradições da pós-modernidade: fartura de alimento e alimento de baixa qualidade; os espaços encolheram porque a tecnologia e a ciência aproximam os indivíduos e as pessoas cada vez mais se afastam ou se isolam em seus “próprios mundos”; os meios de transportes evoluem e a mobilidade urbana diminui; quanto mais conforto e bem-estar se oferece à sociedade, menos recursos naturais ficam disponíveis para a sobrevivência das gerações presente e futura.

A respeito, ABREU afirma que “O nosso tempo, de todo modo, é uma era de absurdos, de contradições. De avanços sociais, políticos,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

econômicos, culturais, científicos e tecnológicos, mas contraditoriamente de exclusão, de miséria, de desigualdade social e política, que parece abandonar a parcela mais significativa da humanidade a uma condição de subcidadania" (2011, p. 231).

Segundo SANTOS (2002, p. 29), na sociedade atual se encontram reunidas as condições técnicas para cumprir as promessas da modernidade. Antagonicamente, referido autor afirma ser cada vez mais evidente que tais promessas nunca estiveram tão longe de serem cumpridas.

DEMAJOROVIC pontua:

Da sociedade mercantil do século XV à moderna economia global, as forças produtivas vêm propiciando um crescimento das potencialidades do homem que pareceria impossível imaginar há quinhentos, duzentos, cinquenta, ou mesmo, dez anos. Paradoxalmente, quanto maior o potencial humano, decorrente da capacidade infinita de gerar conhecimento, mais incerto é o futuro. Parece que a sociedade contemporânea está constantemente avançando sinais vermelhos que desafiam sua capacidade de se ajustar a mudanças cada vez mais rápidas (2003, p. 19).

O momento é de crise. Para CAPRA:

As últimas duas décadas de nosso século vêm registrando um estado de profunda crise mundial. É uma crise complexa, multidimensional, cujas facetas afetam todos os aspectos de nossa vida – a saúde e o modo de vida, a qualidade do meio ambiente e das relações sociais, da economia, tecnologia e política. É uma crise de escala e premência sem precedentes em toda a história da humanidade. Pela primeira vez, temos que nos defrontar com a real ameaça de extinção da raça humana e de toda a vida no planeta (1999, p. 19).

Testemunha-se na pós-modernidade a utilização predatória dos recursos disponíveis na natureza. A vida social tem sofrido mudanças, desde a modificação dos padrões familiares tradicionais até as transformações nas atividades laborais e os critérios de empregos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

"Primeiro, eles afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações-escolhas possíveis, como os estamentos hereditários com sua alocação por atribuição, sem chance de apelação", afirma BAUMAN. E prossegue: "(...) tudo isso foi posto a derreter no cadiño, para ser depois novamente moldado e refeito" (2001, p. 14).

O capital encontra-se cada vez mais concentrado nas mãos de poucos. "A divisão entre ricos e pobres são muitas, profundas e dão fortes demonstrações de que serão duradouras" (BAUMAN, 2011, p. 108).

FREITAS destaca a gravidade do atual estágio de desenvolvimento da humanidade:

Ao que tudo indica, nos próximos milhões de anos, o planeta não será extinto. A humanidade é que corre real perigo. A gravidade das questões ambientais encontra-se, no presente estágio, isenta de dúvidas, em pontos fulcrais. O peso dessa ou daquela causa, sim, pode ser debatido, mas a crise ambiental é indesmentível. Negar, nessa altura, os malefícios dos bilhões de toneladas de gases tóxicos (com os enormes custos associados) parece atitude despida de mínima científicidade. Provavelmente, trata-se da primeira vez na história, salvo risco de guerra nuclear, que a humanidade simplesmente pode inviabilizar a sua permanência na Terra, por obra e desgraça, em larga escala, do seu estilo devorante, compulsivo e pouco amigável. O alerta está acionado (2012, p. 23/24).

Hoje os riscos são globais e o perigo de danos está em todos os cantos e envolve a todos os indivíduos, não se adstringendo às limitações territoriais de um país ou nação. Ameaças e incertezas passaram a ser vistas como inerentes à condição geral de existência humana. A indústria de fármacos, as empresas bioquímicas, a nanotecnologia, a engenharia genética, a indústria alimentar e os alimentos transgênicos, as ondas eletromagnéticas que integram os aparelhos de telecomunicação; todas estas atividades que buscam melhorar a vida no planeta paradoxalmente ampliam as possibilidades de perigo à saúde e de risco de danos ao meio ambiente – riscos da vida global.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

GIDDENS adverte:

O que chamei de intensidade de risco é certamente o elemento básico no 'aspecto ameaçador' das circunstâncias em que vivemos hoje. A possibilidade de guerra nuclear, calamidade ecológica, explosão populacional incontrolável, colapso do câmbio econômico global, e outras catástrofes globais potenciais, fornecem um horizonte inquietante de perigos para todos (1991, p. 138).

FREITAS acentua:

As grandes questões ambientais do nosso tempo (a saber, o aquecimento global, a poluição letal do ar e das águas, a insegurança alimentar, o exaurimento nítido dos recursos naturais, o desmatamento criminoso e a degradação disseminada do solo, só para citar algumas) devem ser entendidas como questões naturais, sociais e econômicas, simultaneamente, motivo pelo qual só podem ser equacionadas mediante uma abordagem integrada, objetiva, fortemente empírica e, numa palavra, sistemática (2012, p. 31).

DEMAJOROVIC (2003, p. 266) explana que o risco é um produto social e, como produto da sociedade, os processos decisórios que envolvem o risco não podem prescindir do envolvimento de um conjunto de atores, internos e externos à organização, sendo fundamental a generalização da educação socioambiental.

O desafio a ser alcançado na sociedade atual consiste, portanto, em crescer e se desenvolver sem rumar para o colapso. Ser economicamente viável, socialmente justo e ambientalmente correto é buscar a sustentabilidade (BOFF, 2013, p. 43).

Necessário repensar a vida na pós-modernidade. Tratemos agora da (in)sustentabilidade do modo de vida pós-moderno.

2. A (IN)SUSTENTABILIDADE DO MODO DE VIDA PÓS-MODERNO

A pós-modernidade tem imposto aos indivíduos grandes alterações no seu modo de vida. Ela nasce justamente da crise dos valores da modernidade.

NETO afirma que a pós-modernidade “é a dimensão sociocultural da sociedade pós-industrial, fulcrada em valores diferentes à anterior quadra moderna, nomeadamente a diversidade, a fragmentação, a ética hedonista, o niilismo, o voyeurismo, a entropia e o ecletismo” (2017, p. 224).

O *modus vivendi* na pós-modernidade é peculiar.

Comecemos pelas relações sociais, mais especificamente, veja-se a célula mater da sociedade. A família, num passado próximo, possuía uma característica de pouca mutabilidade, com estrutura definida. Pai, mãe e filhos. Vivia-se no mesmo local por anos, os filhos permaneciam próximos e acabavam seguindo os destinos dos seus consanguíneos; as relações de fidelidade eram muito presentes e fortes. Cada um com funções típicas e papéis bem definidos.

Na pós-modernidade a família mudou; as relações sociais tornaram-se de outro tipo. Temos família nuclear, família extensa, adotiva, monoparental, multiparental, homossexual, heterossexual, entre outras.

O padrão de família mudou. Mas não quer dizer que acabou. A forma, os componentes, o número e os papéis de cada integrante, tudo tem se alterado.

Os caracteres da socialidade, afirma NETO, “antes calcada em células definidas, tal como a família, a comunidade, passa por transformações substanciais, que implicam na dissolução dos vínculos associativos e seus mecanismos de coesão e controle sociais, o que implica na reformulação do contexto social e das suas unidades basilares” (2017, p. 224).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Os laços de aproximação entre as pessoas se tornaram mais flexíveis, superficiais, fluídos, líquidos.

Somos a sociedade das redes sociais (CASTELLS, 2017, p. 153). Os relacionamentos na pós-modernidade são virtuais. Há quem diga que não nos relacionamos, mas nos conectamos.

No passado, para alguém se isolar, precisava se deslocar, sair, afastar-se. Hoje o isolamento se dá dentro de nós mesmos, nos nossos pequenos espaços – uma casa, um escritório, um dormitório. “A casa torna-se um centro de lazer multiuso em que os membros da família podem viver, por assim dizer, separadamente lado a lado” (BAUMAN, 2004, p. 85).

As limitações do mundo físico se contrapõem ao infindável mundo virtual. BAUMAN adverte:

Seu celular está sempre tocando (ou assim você espera). Uma mensagem brilha na tela em busca de outra. Seus dedos estão sempre ocupados: você pressiona as teclas, digitando novos números para responder às chamadas ou compondo suas próprias mensagens. Você permanece conectado – mesmo estando em constante movimento (2004, p. 79).

Na pós-modernidade não nos relacionamos, mas nos conectamos. As amizades são virtuais, via redes sociais. Os relacionamentos são superficiais. “Evite abraços muito apertados. Lembre-se de que, quanto mais profundas e densas suas ligações, compromissos e engajamentos, maiores seus riscos” (BAUMAN, 2004, p. 79).

Alguém uma vez já falou que a tecnologia aproxima os distantes e distancia os próximos.

BAUMAN conta, no livro “44 cartas do mundo líquido moderno”, a história de uma adolescente que enviou 3.000 (três mil) mensagens de texto em um único mês. “Isso significa que ela mandou uma média de cem mensagens por dia, ou cerca de uma mensagem a cada dez minutos do tempo em que esteve acordada” (2011, p. 13).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Refletindo a respeito, BAUMAN conclui que a adolescente não ficou sozinha por mais de dez minutos; ou melhor, deixou de ficar só consigo mesma, com seus pensamentos, seus sonhos, seus medos e esperanças. A perspectiva de ficar sozinho, na pós-modernidade é tenebrosa. A solidão é vista como uma situação extremamente incômoda, ameaçadora e aterrorizante (2011, p. 13-14).

O quanto de nosso tempo é dedicado às tecnologias da modernidade? As tecnologias de que dispomos tomam boa parte do tempo que poderíamos dedicar aos nossos familiares, amigos e a nós mesmos (estudando, trabalhando, produzindo).

As televisões, desde há muito, invadiram as casa e os momentos da família são disputados na frente das telas; “o coração e a mesa de jantar da família foram substituídos por aparelhos de TV presentes em todos os cômodos – ‘cada indivíduo preso em seu próprio casulo’” (BAUMAN, 2011, p. 14). A internet invadiu ainda mais a sociedade. *Smartphones* hoje em dia estão incorporados ao nosso corpo, sendo a extensão de nossos membros. Cada indivíduo preso em seu próprio casulo.

Um paradoxo: a solidão dos relacionamentos num momento onde podemos nos conectar com apenas alguns toques; todos estão ao alcance de um chamado.

Todavia, conexão não pode ser sinônimo de relacionamento. As conexões são superficiais. As conexões permitem a interrupção do contato de forma simples, com apenas um toque. Basta que o diálogo se torne indesejável. Clique! Sem traumas maiores.

De fato, as pessoas vivem uma crise de solidão e a evolução tecnológica joga com este problema social. Para escapar da multidão, basta baixar a cabeça, desviar o olhar e manter os dedos ocupados ao digitar uma mensagem para alguém fisicamente ausente.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Não paramos mais para pensar, refletir, planejar, exercitar nossa fé. Vivemos um vazio. Não nos permitimos ler um livro por prazer, contemplar a paisagem, imaginar um mundo diferente, relembrar episódios de nosso passado. Não nos damos tempo.

Temos acesso a muita informação, via de regra informação fragmentada. Contudo, não transformamos a informação em conhecimento.

As facilidades da vida moderna muitas vezes impedem os estímulos que precisamos para uma vida eficiente, de qualidade, para o crescimento intelectual e o desenvolvimento sentimental. Utilizando a linguagem da economia, pode-se trocar estímulo por incentivo. Não temos os devidos incentivos para amadurecer e evoluir.

As facilidades modernas nos tornam cada vez mais individualistas. Precisamos menos da presença física do outro. "Dentro da rede, você pode sempre correr em busca de abrigo quando a multidão à sua volta ficar delirante demais para o seu gosto" (BAUMAN, 2004, p. 80).

Os relacionamentos, dado o individualismo que impera, tornaram-se descartáveis. Como NETO bem adverte, "aquela velha promessa do altar (felizes para sempre) já não mais seduz a maioria. Logo, se o cônjuge tornou-se 'sem utilidade' ele é descartado". O mesmo vale para os amigos e o emprego: "tudo é descartável e visto em uma ótica mercantilista. Até os relacionamentos são esquadrinhados numa equação de custo-benefício" (2017, p. 235-236).

O hiperindividualismo (LIPOVETSKY, 2015) compromete a visão de sociedade. Em uma reação em cadeia, estimula-se a tendência de descompromisso com o outro, quando não desprezo ou indiferença. Os laços entre as pessoas perderam robustez; limitam-se ao mínimo necessário. Os relacionamentos são descartáveis como as mercadorias.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O individualismo torna as pessoas frágeis e inseguras. Quando olho apenas para mim, deixo de confiar nos outros, deixo de entender os outros e me torno mais frágil, fico mais inseguro. E o tempo passa de forma acelerada.

Na modernidade líquida, tardia, reflexiva ou hipermordernidade, o velho tornou-se sinônimo de ruim, de antiquado. Só é bom aquilo que é novo.

Se voltarmos algumas décadas, a ideia que prevalecia era de que quanto maior a idade, maior a sabedoria. Hoje em dia ser idoso é ser visto como alguém que não possui condições de se adaptar à vida moderna.

Uma constatação: a tecnologia, durante a história, sempre esteve nas mãos dos mais experientes. Hoje a tecnologia e a informação fazem parte do mundo dos jovens. E os mais velhos, paradoxalmente, vivem a síndrome do Peter Pan (KILEY, 1983): vivem mais tempo com os pais, procuram se manter jovens. Academia de ginástica, suplementos alimentares, cirurgias estéticas, etc. Todos procuram a fórmula da juventude.

No meio disso tudo temos uma mídia agressiva, que quer vender e que precisa escoar a produção em massa. A publicidade agressiva nos alcança a cada minuto, seja pela televisão, seja ao andar nas ruas e olhar *outdoors*, seja na internet, seja no aparelho de telefone celular *smartphone*.

Nosso prazer não está no relacionamento com o outro, mas em nossas conexões virtuais e na possibilidade de adquirir produtos e serviços que saciam nossa alma: alta estima, popularidade, prazer.

Consumir passa a ser uma excelente fuga da realidade e meio de alcance de prazeres momentâneos.

Vivemos dias de consumismo! Alguém já disse que “consumismo é o ato de comprar o que você não precisa, com o dinheiro que você não tem,

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

para impressionar pessoas que você não conhece, a fim de tentar ser uma pessoa que você não é”².

Pertencemos a uma sociedade consumista, compulsiva e obsessiva.

Um estudo britânico, citado por BAUMAN, mostra os gastos de um adolescente inglês mediano: R\$2.500,00 por ano com telefones celulares, leitores de MP3 e downloads de programas; R\$550,00 com corte de cabelo; R\$7500,00 com sapatos esportivos e tênis. Além destes itens, não podemos esquecer do lazer (cinema, bares, festas), das roupas, dos equipamentos para o dia a dia com os colegas, notebook, aparelho de TV no quarto, entre outras coisas que integram a moda do momento. Somando tudo, o estudo aponta um gasto anual de R\$23.500,00 para que se mantenha o estilo de vida de um adolescente médio (2011, p. 53-54).

Se voltarmos para a década de 1970, o gasto estimado para um adolescente, não tenham dúvidas, era muito inferior.

Este padrão de gastos dos jovens, é bom atentar, começa hoje a manifestar-se muito mais cedo (adolescentes mais novos e até crianças já sentem desejo de consumir).

Vamos refletir: décadas atrás os objetos de consumo que atraíam crianças e adolescentes eram mais caros, portanto, menos acessíveis; verdadeiros objetos de sonho. Possuir estes objetos era sorte grande, sonho realizado. Hoje estes objetos de desejo estão mais baratos, tornando-os mais acessíveis. Adquiri-los não significa mais realizar um sonho; é algo normal e faz parte das rotinas da vida. Não se trata mais de um acontecimento único e muito comemorado.

Com isso desapareceram os laços afetivos que se tinha com os objetos adquiridos. O que vale é o momento da aquisição; não há amizade

² Disponível em <<http://www.anarquista.net/consumismo/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

duradoura. Na prática, os objetos de consumo logo tornam-se obsoletos e deixam rapidamente de ser cobiçados. Acabam sendo descartados, pois logo saem de moda.

O que é importante hoje? Importante não é manter o produto, mas manter o estilo. Isto significa voltar ao mercado logo para comprar novamente. "O que caracteriza o consumismo não é acumular bens (...), mas usá-los e descartá-los em seguida a fim de abrir espaço para outros bens (BAUMAN, 2004, p. 69).

E o mercado nos conhece. Nosso padrão de gastos se torna informação concreta a cada vez que usamos o cartão de crédito, o aparelho celular, a internet e seus sites. A loja que frequento, o horário da compra, o tipo de produto, o valor gasto. As empresas nos conhecem melhor do que aqueles que nos cercam.

No nosso cotidiano a vida moderna nos oferece uma infinidade de opções: roupas, comidas, programas, músicas, lugares, viagens, produtos. A liberdade de escolhas, a facilidade em obter crédito, às diversas ofertas que o mundo dá na atualidade, a necessidade de pagar as contas; tudo tem contribuído para que as pessoas fiquem mais ansiosas.

Antigamente não havia tantas opções. Nasci numa família nobre, serei nobre; entre servos, serei servo; mais recentemente tínhamos famílias de médicos, advogados, engenheiros, agricultores.

BAUMAN ilustra:

Houve uma época (de lares/oficinas, de agricultura familiar) em que os filhos eram produtores. Nessa época a divisão do trabalho e a distribuição dos papéis familiares se superpunham. O filho deveria juntar-se ao oikos familiar, somar-se à força de trabalho da oficina ou da fazenda – e assim, naquela época, quando a riqueza derivava ou era extraída do trabalho, a chegada de um filho trazia consigo a expectativa de melhoria do bem-estar da família. Os filhos podiam ser tratados com dureza, mantidos sob rédea curta, mas esse era um

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

tratamento comum a todos os outros trabalhadores
(2004, p. 59).

Hoje as opções são muitas. Posso ser o que eu quiser. Mas o que eu quero? Não saber o que se quer ser também gera ansiedade. E quanto mais opções, mais difícil saber o que se quer. A incerteza quanto ao futuro nos faz olhar para o presente; viver pensando apenas no hoje. Esquecemos de pensar o amanhã.

Quando pensamos apenas no hoje, não planejamos. E sem planejamento, não há projeto, não existem planos.

No passado as pessoas organizadas poupavam pacientemente até poder comprar. Hoje em dia a facilidade de acesso ao crédito inverteu esta lógica: antes era poupar para ter; hoje é endividar para ter. Aquela mentalidade de "pagar para depois ter" se transformou em "ter para depois pagar".

As armadilhas de crédito estão ao nosso redor. As empresas de crédito vivem dos lucros gerados pelos tomadores de empréstimo. As pessoas que se recusam a fazer empréstimos e vivem poupando não possuem utilidade para as empresas de crédito. Já as pessoas que se endividam pesadamente e contraem empréstimos "acima de suas posses/capacidades" são recebidas com alegria pelas empresas de crédito, uma vez que se mantêm como eternas pagadoras de juros, tornando-se fonte constante de lucro das referidas empresas (BAUMAN, 2011, p. 64).

Na fluidez dos novos tempos, o capital tornou-se volátil. Quebrado o eixo espaço-temporal, com os movimentos dos oponentes beirando à instantaneidade, mais do que conquistar novos territórios, passou a ser decisivo romper as barreiras da livre circulação das riquezas. O que se tinha por soberania de uma nação tornou-se uma inconveniente barragem na fluidez dos negócios internacionais.

CAPRA aponta uma nova economia:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

[...] a Revolução da Informática ajudou a trazer à luz uma nova economia global – um capitalismo rejuvenescido, flexível e enormemente ampliado.

Como enfatiza CASTELLS, esse novo capitalismo é profundamente diferente do que se formou durante a revolução industrial e do que surgiu depois da segunda guerra mundial. Caracteriza-se por três traços fundamentais: suas principais atividades econômicas são globais; suas principais fontes de produtividade e competitividade são a inovação, a geração de conhecimento e o processamento de informações; e ele se estrutura principalmente em torno de redes de fluxos financeiros (2002, p. 148).

Completa:

Nessa nova economia, o capital financeiro funciona “em tempo real”, movimentando-se rapidamente pelas redes financeiras internacionais. A partir dessas redes, ele é investido em atividades econômicas de todo tipo, e a maior parte dos lucros são redirecionados para a metarede de fluxos financeiros. As tecnologias sofisticadas de informática e telecomunicações permitem que o capital financeiro mova-se rapidamente de uma opção a outra numa incansável busca de oportunidades de investimento pelo planeta inteiro, o que faz com que as margens de lucro no mercado financeiro sejam, em geral, muito mais altas do que na maioria dos investimentos diretos. Por isso, todos os fluxos de dinheiro convergem, em última análise, para as redes financeiras internacionais, sempre à procura de ganhos maiores (2002, 148).

BAUMAN destaca algumas marcas da contemporaneidade dos dias atuais:

O tipo de modernidade que era o alvo, mas também o quadro cognitivo, da teoria crítica clássica, numa análise retrospectiva, parece muito diferente daquele que enquadra a vida das gerações de hoje. Ela parece “pesada” (contra a “leve” modernidade contemporânea); melhor ainda, “sólida” (e não “fluida”, “líquida” ou “liquefeita”); condensada (contra difusa ou “capilar”); e, finalmente, “sistêmica” (por oposição a “em forma de rede” (2001, p. 36).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A exaltação patológica do indivíduo ofuscou a dimensão da cidadania. O espaço público foi reduzido a um palco para a exposição de intimidades de personalidades públicas (BAUMAN, 2001). As questões que poderiam interessar à construção de uma comunidade foram relegadas a um plano inferior. Os seres dessa modernidade avançada ou pós-modernidade são antes de tudo consumidores frenéticos que perderam a dimensão da cidadania, fascinados pela profusão de mercadorias, suas cores, seus sabores, seus brilhos e seus cheiros.

O consumo progressivo, a multiplicidade de opções, a perseguição incessante da última moda das mercadorias, fragmenta a vida em satisfações que se esvaem a cada compra para, quase de imediato, darem lugar ao querer de uma nova compra. Pela enorme gama de possibilidade, vive-se o paradoxo de ter satisfações momentâneas, sempre entremeadas pela sensação de vazio de quem nunca experimentará *a satisfação*. A dinâmica da pós-modernidade produz, assim, a multidão solitária da *black friday* ou as enormes filas dos *outlets*, um aglomerado caótico de indivíduos muito distantes de formar uma comunidade.

A vontade aguda de consumir inevitavelmente faz com que a propalada preocupação com o meio ambiente vá até onde não prejudique a falsa sensação de liberdade que os centros comerciais proporcionam. Na visão de BAUMAN,

A liberdade de tratar o conjunto da vida como uma festa de compras adiadas significa conceber o mundo como um depósito abarrotado de mercadorias. Dada a profusão de ofertas tentadoras, o potencial gerador de prazeres de qualquer mercadoria tende a se exaurir rapidamente. Felizmente para os consumidores com recursos, estes os garantem contra consequências desagradáveis como a mercantilização. Podem descartar as posses que não mais querem com a mesma facilidade com que podem adquirir as que desejam. Estão protegidos contra o rápido envelhecimento e contra a obsolescência planejada dos desejos e sua satisfação transitória (2001, p. 114).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Se os rumos da sociedade estão fortemente entrelaçados à economia e o sucesso desta depende de um gradativo incremento da demanda, a reclamar o emprego progressivo de recursos finitos encontrados na natureza, o tema da sustentabilidade não é uma mera elucubração acadêmica ou um capricho de ambientalistas. Com uma pequena ponta de otimismo, LIPOVETSKY comenta:

Enquanto o mercado estende a sua “ditadura” do curto prazo, as preocupações relativas ao futuro planetário e aos riscos ambientais assumem um lugar primordial no debate coletivo. Perante as ameaças da poluição atmosférica, das mudanças climáticas, da erosão da biodiversidade, da contaminação dos solos, afirmam-se as ideias de “desenvolvimento sustentável” e de ecologia industrial, com o encargo de transmitir um ambiente viável às gerações que nos sucederem. Multiplicam-se igualmente os modelos de simulação de cataclismos, as análises de risco à escala nacional e planetária, os cálculos probabilísticos destinados a conhecer, a avaliar e a controlar os perigos. Morrem as utopias coletivas, mas intensificam-se as atitudes pragmáticas de previsão e de prevenção técnico-científicas. Se o eixo do presente é dominante, ele não é absoluto, a cultura de prevenção e a “ética do futuro” fazem ressaltar os imperativos do futuro menos ou mais distante (2015, pp. 72/73).

Sobre o tema do real, diz-se que vivemos a hiperrealidade. Em uma leitura simplificada, é como se enxergássemos não propriamente a realidade, mas aquele simulacro que nos é transmitido pelos meios de comunicação de massa, que tiveram sua importância maximizada. Eles nos auxiliam na procura desesperada por uma identidade, que não é mais herdada, e por isso precisa ser encontrada, o que raramente acontece. Acabamos por encontrar aquilo que não somos, mas que de fato é o que todos copiam.

Na mudança da sociedade de produtores para de consumidores, podemos ser os incautos compradores a confundir a segurança e a higiene/pureza dos centros comerciais à única dimensão do real? Parece útil, nesse vertedouro de dúvidas, a distinção de BAUMAN entre liberdade subjetiva, aquela que pensamos ter, e a objetiva, a que efetivamente temos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Vivemos a era da hiperinformação. Recebemos diariamente imensa quantidade de dados, mas em fragmentos, desconectados e superficiais. Perdemos muito da capacidade de aprofundar o conhecimento e incorporamos o contrassenso do ignorante informado. O acesso à notícia é fácil e abundante, mas estamos cada vez menos sábios e mais manipuláveis. Em todos os níveis de escolaridade, inadvertidamente reproduzimos notícias falsas – *fake news* para *fake people* –, na velocidade das atualizações das páginas eletrônicas, abandonamos o pensamento crítico sem nos darmos conta, certos de que somos sábios por acessarmos com certa frequência dois ou três oráculos digitais.

Sintomas e patologias do hoje: impaciência para lidar com a complexidade, a aversão pelo próximo, a agressividade e a estupidez que proliferam nas redes sociais. E é nas redes sociais que homens e mulheres pós-modernos podem confessar suas intimidades, atacar desafetos sem maiores constrangimentos, ocultos por uma máscara digital, ruminar sua falta de norte, suas frustrações, seu sentimento de inadequação, de inconformismo consigo mesmo refletido nos outros, decantar seus rancores e exaltar a própria mediocridade.

A desorientação da modernidade líquida, essa sensação de estarmos à deriva em diversos aspectos, contribui para o mal-estar descrito por BAUMAN:

Num mundo constantemente em movimento, a angústia que se condensou no medo dos estranhos impregna a totalidade da vida diária – preenche todo fragmento e toda ranhura da condição humana. No mundo moderno, notoriamente instável e constante apenas em sua hostilidade a qualquer coisa constante, a tentação de interromper o movimento, de conduzir a perpétua mudança a uma pausa, de instalar uma ordem segura contra todos os desafios futuros, torna-se esmagadora e irresistível (1998, p. 21).

A sociedade de consumidores necessita de um novo norte, um outro paradigma, uma diferente forma de olhar. A sustentabilidade

apresenta-se neste cenário como importante instrumento jurídico apto a sanar os males da pós-modernidade.

3. SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA

Na pós-modernidade, a atividade humana irresponsável produz danos não só no âmbito do indivíduo, mas notadamente em escala global.

Há dificuldades na formação do ser humano – esfera pessoal – e há problemas relacionados ao meio ambiente – escala global. Para SCRUTON, tais problemas parecem estar tão fora de nosso alcance que ficamos à deriva, perdidos entre opiniões e políticas concorrentes, mas sem termos, de fato, um ponto de apoio, exceto nos rastros de nossas preocupações (2016, p. 7).

Essas adversidades são resultado, em grande parte, de uma perspectiva cartesiana mecanicista e antropocêntrica. O homem individualista, egoísta, hedonista e consumista tem agido como se fosse proprietário e detentor da natureza, supostamente autorizado a dispor dos recursos ambientais de forma incondicional e ilimitada, para alavancar o desenvolvimento econômico, garantindo o lucro, a produção e a acumulação de riquezas.

Esse mesmo indivíduo se recusa a admitir que seu proceder degradante gera danos ambientais em larga escala e para além das fronteiras das nações, afetando globalmente toda a biodiversidade.

Insistindo em manter uma relação de apoderamento egoístico da natureza, o ser humano tem encarado os problemas como questões pontuais isoladas, ignorando que elas fazem parte de um todo mais complexo e abrangente, a teia da vida (CAPRA, 2006, p. 25).

As cobranças e os compromissos que necessitam ser assumidos para a formação de um mundo melhor devem atingir ao homem, individual e coletivamente, em todos os cantos do planeta Terra. “Nenhum projeto de larga escala terá êxito se não estiver enraizado no raciocínio prático de pequena escala” (SCRUTON, 2016, p. 8).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Dito isso, um novo paradigma e também princípio jurídico se mostra como opção para que o homem na pós-modernidade assuma uma postura ativa em prol das mudanças e melhorias necessárias para evitar o colapso: a sustentabilidade.

BOFF preconiza:

Há poucas palavras mais usadas hoje do que o substantivo sustentabilidade e o adjetivo sustentável. Pelos governos, pelas empresas, pela diplomacia e pelos meios de comunicação. É uma etiqueta que se procura colar nos produtos e nos processos de sua confecção para agregar-lhes valor (2013, p. 9).

A sustentabilidade é palavra do momento; no entanto, poucos indivíduos reconhecem o tema em toda a sua amplitude e dimensão. Frequentemente o conceito de sustentabilidade é limitado às questões ambientais, sobretudo no que diz respeito à preservação dos recursos naturais e equilíbrio ecológico, deixando ao largo outras dimensões.

Não há falar em abordagem séria da sustentabilidade – não bastasse sua amplitude conceitual, não unívoca – sem que a situemos, em nosso tempo dito pós-moderno, como um conceito valorativo autônomo voltado não só para o aspecto ambiental, mas também para o social e o econômico, irradiando-se sobre todo o ordenamento jurídico.

Gabriel Real FERRER explica: "Recapitulando en esta dicotomía, en la noción de Desarrollo Sostenible, la sostenibilidad opera negativamente, se entiende como un límite: hay que desarrollarse (lo que implica conceptualmente crecer) pero de una determinada manera. Sin embargo, la Sostenibilidad es una noción positiva y altamente proactiva que supone la introducción de los cambios necesarios para que la sociedad planetaria, constituida por la Humanidad, sea capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo. Sin prejuzgar si debe o no haber desarrollo (crecimiento), ni donde sí o donde no (...). El paradigma de la sostenibilidad consiste en la búsqueda de una sociedad

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

global capaz de perpetuarse indefinidamente en el tiempo, en las condiciones globales de la dignidade"³.

Veja-se, portanto, que a sustentabilidade é pluridimensional. BODNAR (2011, p. 329) destaca que na Rio+10, realizada em Joanesburgo em 2002, houve uma ampliação do conceito integral de sustentabilidade, agregando-se à perspectiva ecológica outras duas dimensões – social e econômica –, alcançando-se uma extensão global e servindo de parâmetro qualificador de projetos de desenvolvimento tendo como alcance um meio ambiente saudável e equilibrado.

Indo mais além, BODNAR e CRUZ preconizam:

A construção de um conceito, necessariamente transdisciplinar, de sustentabilidade é um objetivo complexo e sempre será uma obra inacabada. Isso porque poderá ser melhorada para atender as circunstâncias do caso concreto, o contexto em que está sendo aplicado, bem como o conjunto de variáveis direta ou indiretamente envolvidas. Afinal, trata-se de uma idealidade, algo a ser constantemente buscado e construído como o próprio conceito de justiça. É um conceito aberto, permeável, ideologizado, subjetivo e relacional (2012, p. 111).

CANOTILHO (2010, p. 8), por sua vez, apresenta a sustentabilidade como valor autônomo e princípio norteador dos estados contemporâneos.

BOSSELMANN possui discurso semelhante:

³ FERRER, Gabriel Real. Texto fornecido pelo autor na Universidade de Alicante/Espanha na disciplina denominada "Sostenibilidad tecnológica", cursada naquela universidade no dia 08 de maio de 2014. "Recapitulando essa dicotomia, na noção de desenvolvimento sustentável, a sustentabilidade opera negativamente; se entende como um limite: há que se desenvolver (o que implica conceitualmente crescer), porém de uma determinada maneira. Sem embargo, a Sustentabilidade é uma noção positiva e altamente pró-ativa que supõe a introdução de mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela Humanidade, seja capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo. Independentemente se deve ou não haver desenvolvimento (crescimento), ou onde ele deve ou não existir". E: "O paradigma da sustentabilidade consiste na busca de uma sociedade global capaz de perpetuar-se indefinidamente no tempo em condições globais de dignidade" (tradução livre do autor do presente artigo científico).

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Da perspectiva da sustentabilidade, os interesses comuns sugerem limitações à soberania do Estado que permitam alguma forma de governança global" (2015, p. 190). E complementa asseverando que o meio ambiente não pertence "(...) nem aos Estados, nem à humanidade, mas apenas a si mesmo devido ao seu valor intrínseco. Estados, portanto, não podem reivindicar a soberania ou propriedade sobre o meio ambiente. O ambiente é um privilégio, não um direito, e quaisquer direitos são limitados ao uso sustentável dos recursos do meio ambiente (2015, p. 211).

FREITAS (2012, p. 41) enfatiza a sustentabilidade como princípio constitucional que determina a responsabilidade do estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento em suas várias acepções, a fim de assegurar o direito ao bem-estar.

Como explica SOARES JÚNIOR (2013, p. 1), o princípio da sustentabilidade tornou-se "(...) o novo paradigma do direito na pós-modernidade, irradiando seu conteúdo em várias dimensões, notadamente no campo ambiental, econômico e social".

Corroborando tal ensinanza, BODNAR e CRUZ conceituam sustentabilidade:

(...) pode-se entender a sustentabilidade como um imperativo ético tridimensional que deve ser implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com a natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida e dos elementos abióticos que lhe dão sustentação. A possibilidade desse novo paradigma (...) deve operar de forma intransigente com o direito à vida, atuar de forma dúctil e flexível na implementação dialética de outros bens e valores da comunidade e induzir condutas positivas, empreendidas em prol da melhora contínua da qualidade de vida em todas as suas dimensões, inclusive em benefício das futuras gerações (2012, p. 54).

A sustentabilidade, portanto, relaciona-se com o equilíbrio necessário entre a satisfação de necessidades presentes dos indivíduos e grupos sociais e a viabilidade de existência das gerações futuras; é princípio

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

e valor multidisciplinar que contribui para a formação de uma sociedade global que não caminha para o colapso, mas sim capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo. É garantia da manutenção da vida, uma questão existencial.

Questões das mais diversas têm absoluta pertinência com o tema: da conformação de uma sociedade de consumidores à tecnocracia vigorante; da redução do poder político do estado à potencialização do individualismo; da revolução da informática à economia agroexportadora; do soberanismo ao transnacionalismo; do exaurimento das utopias da modernidade pesada à importância crescente dos meios de comunicação como produtores de hiperrealidade.

Ao instar à conciliação entre soberania territorial e sustentabilidade ecológica, BOSSELMANN adverte:

As consequências do atual sistema antropocêntrico, centrado no estado, para a qualidade da proteção do ambiente são graves e de longo alcance. O foco na soberania territorial leva a uma dominação dos países pobres pelos ricos, dos interesses de hoje sobre os de amanhã e das necessidades humanas sobre as necessidades ambientais. Esta “lógica de autoextermínio” está fadada ao fracasso e deve ser substituída por uma lógica diferente (2015, p. 202).

Mas mesmo que concordemos ser imprescindível a alteração de rumos, somos sempre atormentados pelo duro diagnóstico de BAUMAN, em seu “Globalização: consequência humana”, escrito ainda no século passado:

(...) o mundo não parece mais uma totalidade e, sim, um campo de forças dispersas e díspares, que se reúnem em ponto difíceis de prever e ganham impulso sem que ninguém saiba realmente como pará-las. Em poucas palavras: ninguém parece estar no controle agora (1999, p. 66).

O referido sociólogo polonês disserta, em “Confiança e medo na cidade”, acerca da substituição da solidariedade pela competição, além do

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sentimento de abandono de indivíduos deixados à própria sorte, com seus recursos insignificantes:

(...) gente que não se soma a qualquer categoria social legítima, indivíduos que ficaram fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis, ou melhor, indispensáveis, em geral realizadas pelos membros “normais” da sociedade; gente que não contribui para a vida social. A sociedade abriria mão deles de bom grado e teria tudo a ganhar se o fizesse (2009, p. 24).

Em “Estranhos à nossa porta”, o estudioso polonês, com lucidez e boa dose de realidade, destaca a frieza e a indiferença dos homens, que leva à cegueira moral:

Crianças afogadas, muros apressadamente erguidos, cercas de arame farpado, campos de concentração superlotados e competindo entre si para acrescentar o insulto de tratarem os migrantes como batatas quentes às injúrias do exílio, de escapar por pouco dos perigos enervantes da viagem rumo à segurança – todas essas ofensas morais cada vez são menos notícia e aparecem com menor frequência “no noticiário”. Infelizmente, o destino dos choques é transformar-se na rotina tediosa da normalidade – e o dos pânicos é desgastar-se e desaparecer da vista e das consciências, envoltos no véu do esquecimento (2017, p. 8).

Há uma espécie de desordem mundial nessa quadra histórica, marcada por movimentos rápidos, quase incontroláveis. As transferências de indústrias altamente poluidoras para as regiões mais pobres do globo, que são também as dotadas de menor estrutura de regulação e proteção ambiental, longe de serem episódicas, são uma face da segunda modernidade. E tão logo se desenvolve um rudimentar aparato protetivo, há um novo movimento em direção a algum outro território ainda mais ausente de Estado e de organização. Um exemplo disso é a conhecida prática de locação de espaços em países periféricos para armazenamento de materiais tóxicos.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

De certo modo, é inevitável suspeitar – para dizer o mínimo – da possibilidade de compatibilização da sustentabilidade com os hábitos e notas característicos da sociedade pós-moderna. A insistência nas soluções individualistas, consumistas e economicistas não nos dá prognósticos animadores.

É claro que essa ideia acinzentada é irrelevante aos que medem o bem-estar social pela quantidade de riquezas produzidas, aos que brandem indicadores como o PIB per capita como certificados de felicidade, confortavelmente alheios a questões distributivas ou, ainda, aos que confundem por conveniência qualquer tentativa de refrear o poder destrutivo da contemporaneidade com um delirante movimento de volta às cavernas, ao estado de natureza.

Mas se as crises da atualidade são múltiplas, entre elas a da ética, é ingenuidade depositar esperanças na honestidade das análises predominantes ao grande público, há muito reduzidas a artifícios retóricos justificadores da mesma via, como se fosse outra, um cínico ladrilhar da estrada que sempre levará ao mesmo destino.

Enfim, muito embora este pequeno estudo caminhe para um desfecho de desânimo, não se pode esmorecer. Para tanto, como mensagem de superação neste cenário de pós-modernidade desgrudada dos conceitos de sustentabilidade, volta-se novamente o olhar para a recomendação prudente de BAUMAN, que vê na capacidade de diálogo a oportunidade para a convivência pacífica e um longo viver:

(...) a conversa continuará sendo o caminho supremo para um acordo e, assim, para uma convivência pacífica e mutuamente benéfica, colaborativa e solidária, simplesmente porque não tem concorrentes, nem, portanto, uma alternativa viável (2017, p. 114).

Sensibilizar, conscientizar e capacitar a respeito da sustentabilidade significa evoluir. HOYOS GUEVARA oferta esperança:

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

No entanto, com a recente crise da Nova Economia, o paradigma econômico que está por trás do Mito da Sociedade do Conhecimento começa a se desfazer, abrindo-se uma segunda possibilidade, um cenário otimista, que, embora aparentemente frágil, poderá elevar o padrão de vida das camadas sociais mais pobres e da população em geral, à medida que, estabelecida a infraestrutura de informação com livre acesso, entra em cena um Novo Paradigma Educacional abrindo novas perspectivas de participação social para uma globalização mais solidária que respeite a diversidade cultural do planeta e que promova um desenvolvimento sustentável (2007, p. 252).

É hora de aprender e de evoluir coletivamente. Como valor, a sustentabilidade influencia no pensar, no agir humano quanto aos atos que interferem na natureza e seus recursos. Este paradigma busca uma sensibilização globalizada e transnacional, uma conscientização sobre práticas e condutas, uma capacitação para algo melhor, ultrapassando-se fronteiras para favorecer e instigar entre as pessoas e os povos novas medidas e atitudes visando à sobrevivência da geração futura. Integra, portanto, viabilidade econômica, prudência ecológica e justiça social (dimensões econômica, ambiental e social).

Os valores da sustentabilidade podem auxiliar, neste momento pós-moderno, para a perpetuação de uma humanidade solidária, capaz de compartilhar as maravilhas e riquezas do planeta. Sejamos sustentáveis!

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida na pós-modernidade, permeada de incertezas e ameaças decorrentes basicamente dos avanços tecnocientíficos e da postura individualista e consumista do homem, exige de cada um de nós uma postura reflexiva, cautelosa e solidária.

O estilo de vida pós-moderno faz do homem um hiperindivíduo, indiferente a tudo e que testa a todo instantes os seus limites e, por conseguinte, os limites do planeta.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O indivíduo, o mercado e a tecnologia compõem a pós-modernidade e, quando estes “elementos” interagem, fomentam valores como a diversidade, a fragmentação, o hedonismo, o voyeurismo, a diversidade, a individualidade, o consumismo.

Enquanto não se vislumbram prejuízos ou danos, o homem segue na sua empreitada em busca de ganhos econômicos e do prazer a qualquer custo. Entretanto, o cenário de risco nos obriga a buscar novos referenciais capazes de nos moldar ao viver pós-moderno.

Um novo paradigma se apresenta como instrumento apto a contribuir para a formação de uma sociedade harmônica e saudável. Fala-se em sustentabilidade como novo valor e também princípio jurídico. Suas dimensões social, econômica e ambiental devem ser analisadas, pois indicam nova mentalidade para o viver pós-moderno, fomentando o investimento permanente em meios mais eficientes e menos poluentes de produção, bem como indicando o aumento da produtividade como consequência do uso mais eficiente e racional de matérias primas e recursos naturais.

A pós-modernidade precisa ser sustentável e somente com uma mudança nos modos de pensar e agir, mediante o diálogo entre indivíduos e povos, faz-se possível ansiar dias melhores.

Uma correta interpretação jurídica das dimensões social, ambiental e econômica da sustentabilidade pode propiciar mudanças nas culturas e hábitos, permitindo-se com maior vigor a conscientização da humanidade para as transformações sustentáveis preconizadas.

Que a reflexão nos permita aprender com os erros e nos faça compreender a vida pós-moderna, alcançando-se o consumo consciente, a pacificação social, mais segurança, o cuidado com o meio ambiente, o desenvolvimento social e econômico com equilíbrio, dando-se valor aquilo que realmente é eterno: a alegria das amizades, a contemplação da natureza, a dedicação ao trabalho digno, a boa gestão do tempo, a organização do lar, o amor familiar e, para os que creem, a fé em Deus!

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Espera-se, com o presente texto, o qual não possui a pretensão de esgotar-se em si mesmo, que um novo estímulo seja introjetado nos operadores jurídicos, permitindo-se uma maior reverência à sustentabilidade como princípio norteador do direito e fixando-se no momento atual dito pós-moderno importante paradigma capaz de fomentar nas gerações presentes e futuras a consciência para o trato com o planeta, contribuindo-se para o alcance de uma sociedade global livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

- BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade.** Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- _____. **Globalização: as consequências humanas.** Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- _____. **Modernidade líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- _____. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- _____. **Confiança e medo na cidade.** Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.
- _____. **Estranhos à nossa porta.** Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco:** rumo a uma outra modernidade. 2 ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34. 2011.
- BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade.** 3. ed. mod. e atualiz., São Paulo: Atlas, 2014.
- BODNAR, Zenildo. **A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição.** Revista Jurídica CESUMAR – Mestrado, V. 11, n. 1, p. 325-343. jan./jun. 2011.
- _____. CRUZ, Paulo Márcio. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <<http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>>. Acesso em: 12 jan. 2015.
- BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é.** 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

_____. A grande transformação: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança.** Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: RT, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional.** Revista de Estudos Politécnicos; Polytechnical Studies Review; 2010, Vol. VIII, n. 13.

CAPRA, Fritjof. **As Conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.

_____. **A teia da vida:** uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CASTELLS, Manuel. Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet. 2. ed. ver. e atual., Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

FRANCISCO, Papa. **Carta Encíclica *Laudato Si* do Santo Padre Francisco sobre o cuidado com a casa comum.** Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html. Acesso em: 16 set. 2017.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 76-77).

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural.** Tradução de Adail Ubirajara Sobral; Maria Stela Gonçalves. 26. reimpressão. São Paulo: Edições Loyola, 2017.

KILEY, Dan. **Síndrome de Peter Pan.** São Paulo: Editora Melhoramentos, 1983.

LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Dano ambiental na sociedade de risco: uma visão introdutória.** In LEITE, José Rubens Morato et al. **Dano ambiental na sociedade de risco.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13-54.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. **Os tempos hipermodernos.** Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Edições 70, 2015.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna.** Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa. 16. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2015.

NETO, José Affonso Dallegave. **Pós-modernidade, espiritualidade e o direito à felicidade.** In FERREIRA, Abner et al. **Direito e cristianismo.** Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Betel, 2017. p. 222-249.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

SCRUTON, Roger. Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta. São Paulo: É Realizações, 2016.

SOARES JÚNIOR, Jair. **A realização da sustentabilidade multidimensional como pressuposto para o atingimento do Estado Constitucional solidário.** Disponível em:
<http://jus.com.br/artigos/23435/a-realizacao-da-sustentabilidade-multidimensional-como-pressuposto-para-o-atingimento-do-estado-constitucional-solidario/1>. Acesso em: 09 jun. 2014.

REGRAS E PRINCÍPIOS NO DIREITO COMO INTEGRIDADE

Marcus Alexander Dexheimer¹

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem como proposta abordar a relação entre regras e princípios no contexto do direito como integridade, a partir das três primeiras principais obras de Dworkin, a saber: *Levando os direitos a sério* (escrita em 1977), *Uma questão de princípio* (1985) e *O império do direito* (1986).

Para tanto, inicialmente se analisam as três concepções de direito expostas por Dworkin, quais sejam: o convencionalismo, o pragmatismo e o direito como integridade, sendo este o modelo tido por ideal pelo autor. Após, ainda no primeiro item, relatam-se os modelos de comunidade estabelecidos, a saber, a comunidade como acidente, a comunidade de regras e a comunidade de princípios, correspondendo esta última ao modelo que melhor se amolda ao direito como integridade.

Após, no segundo item do presente artigo, estabelecem-se as definições empregadas por Dworkin para diferenciar regras, princípios e política, para – ao final – chegar ao conceito de direito estabelecido pelo autor, e como essa definição se submeterá ao modelo de direito como integridade.

Pretende-se, por fim, identificar a relevância do conceito de princípio na proposta teórica do direito como integridade.

No estudo empregou-se o método indutivo, com pesquisa bibliográfica e utilização das técnicas do referente, categoria e conceitos

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Brasil) e Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Brasil), em regime de dupla titulação com a Universidad de Alicante (Espanha). Juiz de Direito no Poder Judiciário de Santa Catarina, Brasil. Endereço eletrônico: marcus.dexheimer@tjsc.jus.br

operacionais. A pesquisa bibliográfica foi propositalmente limitadas às três principais obras de Ronald Dworkin, a fim de buscar extrair e inter-relacionar as definições utilizadas pelo próprio autor em suas mais relevantes publicações.

Por fim, confirma-se a hipótese proposta, evidenciando que o conceito de princípio estabelecido por Dworkin é o componente essencial da proposta do direito como integridade e elemento concretizados da democracia política.

1. DIREITO COMO INTEGRIDADE

De início, é necessário estabelecer de antemão que Dworkin busca explicar o direito, que ele afirma se tratar de um conceito interpretativo, a partir de modelos, três concepções, chamadas de consensualismo, pragmatismo e direito como integridade.

Inicialmente, Dworkin busca explicar o convencionalismo como uma concepção de Direito que busca sua força, que alicerça seu fundamento, em decisões políticas do passado². A prática jurídica, para o convencionalismo, resume-se à aplicação de tais convenções, tomando como direito o mero resultado dessas conclusões pretéritas³.

O convencionalismo lança duas afirmações pós-interpretativas. A primeira estabelece que “os juízes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor em sua comunidade, a não ser em raras circunstâncias”⁴; a segunda, que inexiste direito além do que se extrai das decisões tomadas no passado por meio de técnicas que também são fruto de convenção⁵.

Adiante, Dworkin explicita que o convencionalismo pode ser subdividido em duas versões, uma estrita e outra moderada. A primeira,

² DWORKE, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 141.

³ DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 142.

⁴ DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 144.

⁵ DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 145.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

estrita, limita o direito de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas, a exemplo da legislação e do precedente judicial. A segunda, moderada, sustenta que o direito de uma comunidade inclui tudo o que estiver contido dentro da extensão implícita dessas convenções.⁶

Uma importante consideração, no que toca a decisões políticas pretéritas, diz respeito à “intenção”. E, sobre ela, Dworkin sintetiza:

A escolha mais importante, ao construir uma concepção de intenção constitucional, é a escolha entre um enunciado abstrato e um enunciado concreto dessa intenção. Não se trata de descobrir qual das intenções um determinado constituinte teve; ele teve ambas. Tampouco podemos estabelecer, por meio da evidência histórica, que as intenções concretas dos constituintes foram dominantes para eles. Temos boas provas, na linguagem da Constituição, de que os constituintes não sustentavam a opinião interpretativa de que somente suas intenções concretas deveriam ser levadas em conta. Mas isso não é importante, pois a questão de qual de suas intenções deveria contar não pode ser remetida às suas intenções.⁷

E em que sentido o convencionalismo se diferenciará do direito como integridade? O convencionalismo rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos, ao passo que o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções⁸.

Em favor do convencionalismo, apresentam-se os seguintes argumentos: a) o julgamento sábio pressupõe o exato equilíbrio entre previsibilidade e flexibilidade; b) esse exato equilíbrio é assegurado pelos juízes, ao respeitarem as decisões explícitas tomadas no passado pelas instituições políticas.⁹ Em um regime convencionalista, os juízes não estão

⁶ DWORAKIN, Ronald. **O império do direito.** p. 152-153.

⁷ DWORAKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 76.

⁸ DWORAKIN, Ronald. **O império do direito.** p. 164.

⁹ DWORAKIN, Ronald. **O império do direito.** p. 179.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

livres para alterar as regras que resultam das convenções jurídicas correntes.¹⁰

O direito como pragmatismo parte de um pressuposto distinto. Nele, ainda que os juízes determinem o cumprimento de decisões políticas tomadas no passado, inexiste um dever geral de fazê-lo. No pragmatismo, mostra-se mais difícil prever as decisões dos tribunais, ao passo que os juízes estão mais livres para mudar regras quando essa mudança seria “mais importante que qualquer mal que a mudança pudesse causar”¹¹.

A comunidade é estimulada a esperar tais mudanças, colhendo os benefícios da mudança sem o “dispendioso, incerto e inconveniente” processo de criação de direito¹².

É possível afirmar, assim, que o pragmático carrega um certo ceticismo com relação ao pressuposto que se acredita estar personificado no próprio conceito de direito: “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”¹³. Para essa concepção, estimular os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios ponto de vista revela-se a prática que melhor serve à comunidade.

Assim, uma pessoa não tem necessariamente direito a algum bem da vida pelo fato de que alguma legislação assim o estabeleceu ou porque repetidas decisões judiciais assim o reconheceram¹⁴. No pragmatismo, discussões sobre as “intenções dos legisladores” mostram-se então estéreis.

O modelo proposto por Dworkin, porém, como dito, não se trata nem do convencionalismo (que tem olhos voltados ao passado), tampouco o

¹⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 181.

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 181.

¹² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 181.

¹³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 185.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 186.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

pragmatismo (que mira especialmente nas projeções futuras), mas uma terceira concepção, batizada de direito como integridade.

A integridade, segundo o autor, oferece uma melhor interpretação da prática jurídica, representa a chave para a melhor interpretação construtiva de práticas jurídicas distintas e, em especial, do modo como os juízes decidem os casos difíceis¹⁵.

O direito como integridade restringe o legislador e, na deliberação judicial, exige que os juízes tratem e interpretem o sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, sendo que a interpretação mais satisfatória corresponde àquela que mostrar um menor dano à integridade do direito.

E, Dworkin ressalva, não se trata de uma proposta pura e isenta de falhas, ao mesmo tempo que reconhece que inexistem respostas exclusivamente certas para casos difíceis:

Não afirmo, como parte de minha tese interpretativa, que nossas práticas políticas aplicam a integridade de maneira perfeita. Admito que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Nosso compromisso com a integridade significa que devemos nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípio com as quais venhamos a deparar.¹⁶

Os juízes, no direito como integridade, são instados a admitir que o direito se estrutura por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, aplicando-se aos novos casos apresentados à jurisdição, de modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas.¹⁷

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 260.

¹⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 261.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 291.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Assim, na interpretação das normas, o juiz vê o parlamento como um autor anterior a ele na cadeia do direito e encara a sua própria função como o papel criativo de um colaborador que continua a desenvolver o sistema legal iniciado pela via legislativa.

Assim, “devemos aceitar a integridade como uma virtude da política comum, pois devemos tentar conceber nossa comunidade política como uma associação de princípios; devemos almejar isso porque, entre outras razões, essa concepção de comunidade oferece uma base atraente para exigências de legitimização política em uma comunidade de pessoas livres e independentes que divergem sobre política e sabedoria”¹⁸.

Importante menção aqui precisa ser tratada para harmonizar os distintos temas trazidos por Dworkin nas suas três obras, aqui abordadas nos pontos propostos de início.

Estabelece ele que as comunidades podem se vistas de três formas, a depender de suas práticas políticas.

A primeira supõe que os membros de uma determinada comunidade tratam sua associação como tão somente um acidente no tempo e no espaço e, portanto, “como uma comunidade associativa que nada tem de verdadeiro”¹⁹.

A segunda corresponde ao chamado “modelo de regras” e pressupõe que “os membros de uma comunidade política aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico para a comunidade”²⁰, o que, na concepção de Dworkin, seria o modelo que melhor se ajustaria à concepção convencionalista do direito.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 490.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 252.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. p. 253.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Interessa em especial o terceiro modelo, tido por Dworkin como o que mais precisamente corresponde ao direito como integridade: o modelo de princípios. E uma comunidade de princípios seria aquela que aceita a integridade.

Aqui, as pessoas são membros de uma comunidade política que pode ser tida por genuína quando aceitam que são governadas e regidas por princípios comuns, além das regras criadas por acordos políticos. A própria política, aqui, recebe uma nova definição, passando a ser tida como uma arena de debates sobre: a) quais princípios a comunidade deve adotar; e b) qual concepção deve ter de justiça, equidade e justo processo legal. Assim, direitos e deveres políticos não se limitam a decisões particulares tomadas por instituições políticas, mas dependem sobretudo "do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam"²¹.

A integridade política é aceita como ideal político distinto e a aceitação geral desse ideal representa um componente da comunidade política. Esse modelo, ressalta Dworkin,

Torna específicas as responsabilidades da cidadania: cada cidadão respeita os princípios do sentimento de equidade e de justiça da organização política vigentes em sua comunidade particular, que podem ser diferentes daqueles de outras comunidades, considere ele ou não que, de um ponto de vista utópico, são esses os melhores princípios. Faz com que as responsabilidades sejam inteiramente pessoais: exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou o pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total.²²

Estabelecido então que o direito como integridade mostra-se como uma concepção que melhor atende ao ideal proposto por Dworkin, e que comunidade regida por princípios é aquela que melhor se ajusta ao direito

²¹ DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 254-255.

²² DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 257.

como integridade, há que se buscar o a definição utilizada pelo autor para princípio e como o princípio vai servir para mediar a relação entre comunidade e instituições políticas.

2. REGRAS E PRINCÍPIOS

Inicialmente, antes de propriamente abordar a proposta de inicial de correlacionar princípios a direito como integridade, importante ressaltar que existem alguns postulados que, segundo Dworkin, estão socialmente estabelecidos e que não podem ser negados pela interpretação, como a ideia da Constituição como o direito fundamental²³.

Apesar disso, como ressalta, o direito é um conceito interpretativo, ao passo que teorias gerais do direito são interpretações gerais da própria prática judicial²⁴.

As livres decisões dos juízes, calcadas em decisões meramente políticas, encontra óbice no que Dworkin define como “argumento da democracia”:

Os juízes não são eleitos nem reeleitos, e isso é sensato porque as decisões que tomam ao aplicar a legislação tal como se encontra devem ser imunes ao controle popular. Mas decorre daí que não devem tomar decisões independentes no que diz respeito a modificar ou expandir o repertório legal, pois essas decisões somente devem ser tomadas sob o controle popular.²⁵

A própria existência da atuação de um Tribunal Constitucional, que efetue a “revisão constitucional” exige que tal tribunal (Dowrkin refere-se, no caso, à Suprema Corte americana) tome decisões políticas importantes²⁶.

²³ DWORKE, Ronald. Uma questão de princípio. p. 49.

²⁴ DWORKE, Ronald. **O império do direito**. p. 489.

²⁵ DWORKE, Ronald. Uma questão de princípio. p. 17.

²⁶ DWORKE, Ronald. **Uma questão de princípio**. p. 101.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Mas complementa, estabelecendo limites aos fundamentos de tais decisões:

O Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o melhor bem-estar geral – e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substativa da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais²⁷.

Adiante, estabelece que os juízes possuem imensa responsabilidade pela coesão social, pois, ao tomarem decisões de cunho político ultrajante, não poderão ser substituídos (ao contrários dos parlamentares), mas causarão grave instabilidade no seio da sociedade²⁸. Arremata, asseverando que “se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas²⁹”.

Isso, contudo, não retira (ao contrário, reforça) a relevância da revisão judicial para a construção da democracia, pois assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão finalmente expostas e debatidas como questões de princípio e não apenas de poder político, uma transformação que não pode ter êxito – de qualquer modo, não completamente – no âmbito da própria legislatura³⁰.

É na obra *Levando os direitos a sério* que Dworkin estabelece claras distinções entre política e princípio:

Denomino política aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos

²⁷ DWORKE, Ronald. **Uma questão de princípio.** p. 101.

²⁸ DWORKE, Ronald. Uma questão de princípio. p. 28.

²⁹ DWORKE, Ronald. Uma questão de princípio. p. 30.

³⁰ DWORKE, Ronald. **Uma questão de princípio.** p. 102.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas).³¹

E adiante:

Denomino princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.³²

Já no que toca à distinção entre regras e princípios, Dworkin diz que a diferenciação se dá pela natureza da orientação que um e outro fornecem³³. E, além disso, os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que também os distingue das regras. Regras, diz Dworkin, são funcionalmente importantes ou desimportantes, ao passo que princípios possuem força relativa individual no ordenamento³⁴.

Essa falta de dimensão de peso para as regras pode ser ilustrado pela maneira como se equacionam conflitos entre regras. Para a situação concreta, em um conflito de regras, uma delas é tida por não aplicável, ao contrário de um conflito entre princípios. A celeuma será resolvida por duas formas: ou o próprio sistema jurídico estabelece uma regra superior que aponta um critério de resolução (cronologia, especialidade etc), ou o se analisa qual o princípio mais importante sustenta cada uma das regras.³⁵

Princípios, por sua vez, entram em conflito e interagem entre si, “de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula”³⁶.

³¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

³² DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 36.

³³ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 39.

³⁴ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 42-43.

³⁵ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 43.

³⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 114.

Outro ponto relevante que precisa ser mencionado é que, se em certas ocasiões é um tanto simples distinguir regras e princípios, por outras a diferença não é tão clara, missão que acaba por ser incumbida aos tribunais.

Ainda, é comum que regras sejam descritas com certa vaguezza, utilizando termos como “razoável” e “injusto”. Necessitarão, assim, da integração por um princípio, que acaba por extrapolar a própria regra naquele ponto específico, dada a amplitude interpretativa que a expressão comporta.³⁷

Ao arremate, apesar da relevância da distinção levada a efeito, Dworkin relembra e adverte que o direito não se restringe a um catálogo de regras e princípios. Segundo ele, o império do direito está definido por uma atitude interpretativa e autorreflexiva, direcionada para a política em sentido amplo; uma atitude contestadora, capaz de tornar cada cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios. É, ainda, uma atitude construtiva, colocando o princípio acima da prática, e mostrando o melhor caminho para um futuro melhor, ao tempo em que mantém a boa-fé em relação ao passado³⁸

O princípio, assim, uma vez conceituado formalmente, terá seu conteúdo, sua substância, preenchido pela própria comunidade, que, adotando a política como arena de debates, terá papel ativo na construção da coesão e, por conseguinte, da integridade social. Assim, nessa proposta, é possível afirmar que o princípio tem, por si, papel destacado na edificação e na consolidação da democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dworkin se propõe a teorizar uma concepção de direito que suplante as falhas frequentemente identificadas nas práticas contemporâneas do convencionalismo e do pragmatismo. E, para indicar as concepções de

³⁷ DWORAKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 45.

³⁸ DWORAKIN, Ronald. **O império do direito.** p. 492.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

direito que teoriza, ele as relaciona sobretudo com a maior ou menor influência das decisões político-institucionais pretéritas, principalmente pela lei e pelos precedentes judiciais.

Assim, para ele, no convencionalismo há uma firme obediência pelos julgadores aos posicionamentos passados consolidados pelo legislador e pelas decisões judiciais. No pragmatismo, esse vínculo com as decisões políticas passadas é rompido em prol de decisões judiciais mais focadas em concepções contemporâneas de bem-estar social. E, por fim, no direito como integridade, os juízes atuam como aplicadores dos princípios tidos pela sociedade como integradores políticos.

Os julgadores, aqui, devem interpretar o sistema de normas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios, sendo que a interpretação mais satisfatória corresponde àquela que mostrar um menor dano à integridade do direito

A concepção do direito como integridade dependerá de um específico modelo de comunidade, a comunidade baseada em princípios. Esse modelo se diferencia das comunidades de regras e das comunidades acidentais, essas últimas vinculadas apenas por meras circunstâncias histórico-geográficas.

No direito como integridade, as pessoas são apresentadas como membros de uma comunidade política que pode ser tida por genuína quando esses membros aceitam que são governados e regidos por princípios comuns, além das regras criadas por acordos políticos. E política, aqui, é vista como uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar e a respeito de qual concepção a comunidade adota para instituições-chave, como justiça, equidade e justo processo legal.

Para definir os princípios, Dworkin os diferencia tanto das regras quanto das políticas. Assim, as políticas estão relacionadas a objetivos sociais, enquanto os princípios vinculam-se a padrões a serem observados. Já na diferença em relação às regras, os princípios possuem uma dimensão

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de peso ou importância que também os distingue delas. Regras, diz Dworkin, são funcionalmente importantes ou desimportantes, ao passo que princípios possuem força relativa individual no ordenamento.

Após daí extrair a definição de princípio, atribui-se aos juízes a responsabilidade de, por meio de suas decisões, construir uma sociedade coesa, em que, em uma atitude construtiva, o princípio se sobrepõe à prática.

Serão assim os juízes responsáveis por, reconhecendo e aplicando o direito como integridade, desempenhar papel fundamental no aperfeiçoamento da sociedade democrática, porque a substância do princípio será dada pela própria comunidade, responsável última por definir os compromissos públicos da sociedade com os princípios.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

**REVISÃO DA LEI DOS AGROTÓXICOS E PROTEÇÃO À SAÚDE
HUMANA E AO MEIO AMBIENTE**

Ricardo Stanziola Vieira¹

Nelson Alex Lorenz²

INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é destacar as principais alterações normativas pretendidas pelo Projeto de Lei 6.299/2002³, que altera substancialmente o sistema regulatório de agrotóxicos no Brasil representado pela Lei 7.802⁴, de 11 de julho de 1989 (Lei dos Agrotóxicos), e pelo Decreto 4.074⁵, de 4 de janeiro de 2002. Referido projeto foi aprovado por Comissão Especial da Câmara dos Deputados, em junho de 2018, e está pronto para ser apreciado no Plenário, com possibilidade de ser aprovado após o período eleitoral e sancionado pelo Executivo ainda em 2018.

A proposição parlamentar é conhecida como “PL do Veneno”. Sua polêmica tramitação⁶ reúne outros 27 projetos apensados e tem a

¹ Possui Doutorado Interdisciplinar em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Pós-doutorado no Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França, 2007-2008). Docente nos Cursos de Mestrado e Doutorado dos Programas de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas – UNIVALI – SC – Brasil. E-mail: ricardo@ambientallegal.com.br

² Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Possui graduação em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina e em Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Direito Administrativo, pela Universidade Anhanguera. Atua como técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em exercício do cargo de Assessor de Gabinete no Centro de Apoio Operacional do Consumidor.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6299/2002**. Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁴ BRASIL. **Lei n. 7.802**, de 11 de julho de 1989. Lei dos Agrotóxicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

⁵ BRASIL. **Decreto n. 4.074**, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei n. 7.802/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

⁶ Leia mais sobre a narrativa empregada pelo bloco parlamentar do agronegócio na reportagem do IHU – Instituto Humanitas Unisinos. **O playbook do agrotóxico** (ou como ganhar qualquer debate tendo maioria no Congresso). Disponível em

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

sustentação de forte lobby da Frente Parlamentar da Agropecuária, bloco suprapartidário formado por deputados e senadores ligados ao agronegócio e aglutinados na defesa de interesses de grandes empresas industriais e agroexportadoras de *commodities*.

Identifica-se no desarranjo do sistema regulatório da Lei dos Agrotóxicos patrocinado pelo referido bloco parlamentar, a presença de fortes sinais de desmonte geral do já frágil conjunto de instrumentos estatais protetivos da saúde humana e do meio ambiente em matéria de uso agrícola de produtos tóxicos perigosos. Críticas severas de diferentes entidades e organizações nacionais e internacionais alertam para o retrocesso legal, administrativo e institucional. Relatores especiais da Organização das Nações Unidas – ONU⁷ recomendaram ao Governo a rejeição do projeto por entenderem caracterizada a eminência de violação da vedação de retrocesso em matéria ambiental e ofensa aos direitos humanos dos trabalhadores rurais, comunidades locais e consumidores de alimentos da agricultura convencional.

Para tanto, a temática aqui abordada é tratada em três tópicos⁸, com amparo no método indutivo⁹. No primeiro item, relacionam-se as principais alterações propostas pelo referido projeto que enfraquecem a atuação dos órgãos de Saúde e Meio Ambiente. Depois, verificam-se os aspectos mais combatidos nas mudanças pretendidas no sistema regulatório de agrotóxicos e algumas das violações aos fundamentos constitucionais. Ao

<<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/580345-o-playbook-do-agrotoxico-ou-como-ganhar-qualquer-debate-tendo-maioria-no-congresso>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

⁷ ONU – Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Mudanças na lei de agrotóxicos no Brasil violariam direitos humanos, afirmam relatores da ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mudancas-na-lei-de-agrotoxicos-no-brasil-violariam-direitos-humanos-affirmam-relatores-da-onu/>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

⁸ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁹ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...].” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 91

final, são apresentadas as considerações finais sobre os possíveis efeitos do PL 6.299/2002.

1. A LEI DOS AGROTÓXICOS E A SUA REVISÃO NO PL 6.299/2002

O verbete agrotóxicos vem cunhado no §4º do art. 220 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁰ quando limita “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias [...]”, impondo aos seus fornecedores o dever de identificá-los com a “advertência sobre os malefícios decorrentes do uso” – matéria regulada pela Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. Trata-se, portanto, de enquadramento que nasce no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. O PL 6.299/2002 altera o verbete para “pesticidas”, sob o argumento de alinhar a definição à regulação predominante no âmbito internacional¹¹.

A Lei 7.802/1989 classifica os agrotóxicos em duas categorias:

I – agrotóxicos e afins: a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos; b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento;
II - componentes: os princípios ativos, os produtos técnicos, suas matérias-primas, os ingredientes inertes e aditivos usados na fabricação de agrotóxicos e afins.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 3 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

¹¹ Expressão que melhor traduz o sentido completo desses produtos químicos é “biocida”, conforme lição da bióloga marinha Rachel Carson, precursora do movimento ambientalista mundial na década de 1960, com sua obra **Primavera Silenciosa**, na tradução de Claudia Sant’anna Martins. 1.ed. São Paulo: Gaia, 2010. p. 15.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Segundo estudo de Caroline Franco¹², o conceito legal da formulação da política de agrotóxicos no Brasil nasceu do embate entre “a lógica do uso intensivo de insumos agrícolas, voltado ao aumento da produtividade do agronegócio, *versus* a lógica de preservação da saúde humana e do meio ambiente”. Um embate que muitas vezes afasta qualquer diálogo mínimo.

Ao investigar a história dos agrotóxicos e das disputas travadas no Congresso Nacional durante a apreciação da Lei dos Agrotóxicos, um ano depois de promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a autora Caroline Franco traz relevantes contribuições para entender a matéria revisitada agora pelo atual Parlamento:

A Lei instituiu avanços com relação à proteção à saúde e à preservação do meio ambiente, tais como: a possibilidade de impugnação ou cancelamento do registro do produto por solicitação de entidades representativas da sociedade civil (art. 5º), hipótese que remonta à participação popular e à democracia como formas de controle do uso de agrotóxicos; a proibição do registro, caso o Brasil não disponha de métodos de desativação da ação dos componentes tóxicos sobre o homem e o meio ambiente (art. 3º); passou a proibir o registro de novos agrotóxicos, caso a ação tóxica dele não seja igual ou menor do que a de outros produtos já existentes destinados a um mesmo fim (art. 3º, §5º); o cadastro compulsório de produtores, comerciantes e aplicadores dos produtos nos órgãos competentes dos Estados ou Municípios, no intuito de maior rastreabilidade das infrações causadas pelos agrotóxicos (art. 4º); a criação de normas e padrões das embalagens, assim como as normas, padrões, e instruções dos rótulos dos produtos (art. 7º); a atribuição de responsabilidades administrativas por qualquer dano causado pelos agrotóxicos (art. 14) e a atualização dos valores das infrações (art. 15); e a obrigatoriedade do receituário agronômico para a venda

¹² FRANCO, Caroline. **História dos Agrotóxicos** – o processo de (des)construção da agenda política de controle de agrotóxicos no Brasil. Curitiba: A Autora, 2015. p. 1.278

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

de agrotóxicos, até então disposta apenas por normas de alguns Estados.

Ponto fundamental do sistema regulatório vigente, Caroline Franco assinala a “incorporação da avaliação de perigo em detrimento da análise de risco”, demonstrando “a vanguarda da legislação brasileira, uma vez que este critério só passou a ser adotado pela União Europeia em 2011”. Enfatiza, na mesma direção, que a “regulação tripartite denota o reconhecimento legal de que as características agronômicas do produto avaliado, as avaliações toxicológicas e as de efeitos ao meio ambiente encontram-se estreitamente ligadas”.

Por regulação tripartite, entenda-se a distribuição de atribuições entre órgãos federais para conceder o registro de agrotóxicos, sendo que, em síntese, os procedimentos são compartilhados entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), o Ministério da Saúde, por intermédio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), e o Ministério do Meio Ambiente, através do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e Recursos Naturais (Ibama), cada qual na sua esfera de atuação, respectivamente, agronômica, sanitária e ambiental.

A mudança patrocinada pelo PL 6.299/2002 expõe a cisão oficial entre esses órgãos e vem polarizando os debates. De um lado, o MAPA¹³ quer a aprovação da revisão da lei, com o apoio da Associação Nacional de Defesa Vegetal – Andef¹⁴, que reúne os maiores fabricantes de agrotóxicos do

¹³ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA. **Revisão da legislação brasileira de agrotóxicos.** Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/revisao-da-legislacao-brasileira-de-agrotoxicos>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁴ ANDEF. Associação Nacional de Defesa Vegetal. **Nota de Posicionamento.** Disponível em: <<http://www.andef.com.br/imprensa/noticias/2022-nota-de-posicionamento-andef>>. Acesso: 27 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

planeta¹⁵. Do lado oposto, o Ministério da Saúde, a Anvisa¹⁶ e o Ibama¹⁷ firmam rejeição integral ao PL, com o reforço do Ministério Público Federal – MPF¹⁸, da Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz¹⁹ e da Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco²⁰, a qual representa várias organizações públicas e civis como a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva e o Fórum Nacional de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos e Transgênicos.

O ponto mais controverso do PL propõe a adoção da avaliação do risco do uso do agrotóxico, relacionada ao estudo da exposição/aplicação do produto tóxico nas áreas agrícolas, em detrimento da avaliação de perigo, que emprega estudos a partir da fonte geradora (ingrediente ativo em si) do perigo, para fins de registro de agrotóxicos. Explica Caroline Franco²¹ que

[...] a análise de perigo faz parte da avaliação toxicológica desses produtos, na qual se considera, por meio de análises laboratoriais, a evidencia de perigo. [...] A aprovação deste requisito, já em 1989, demonstra a vanguarda da legislação brasileira, uma vez que este

¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. **Agrotóxicos: um mercado bilionário cada vez mais concentrado**. Palestra de ALVAREZ, Victor Pelaez. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/agrotoxicos-um-mercado-bilionario-e-cada-vez-mais-concentrado>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

¹⁶ BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. **Nota Técnica n. 15/2018/SEI/DICOL/ANVISA**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/4340788/_+SEI+_+ANVISA+-+0202694++-Nota+T%C3%A9cnica+da+Dicol+__.pdf/7af8b109-5fbe-4338-b5fa-3698e513bf96>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁷ BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. **Nota técnica n. 2/2018/CGASQ/CGFIN**. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias/noticias2018/SEI_02000.0000406_2016_93.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018

¹⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica 4ª. CCR n. 1/2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/4ccr_notatecnica_pl-6-299-2002_agrotoxico.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. **Nota técnica: análise do projeto de lei n. 6.299/2002**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/nota_tecnica_pl_agratoxicos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²⁰ ABRASCO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Abrasco lança dossiê contra o PL do Veneno**. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/08/DOSSIE_NOVO_26_JULHO_Final.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

²¹ FRANCO, Caroline. **História dos Agrotóxicos**. p. 1.330.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

critério passou a ser adotado pela União Europeia em 2011, por meio do Regulamento n. 1.107/2009.

Na revisão legal proposta no PL²², os órgãos federais terão de avaliar se o “risco é inaceitável”, conceituado como “nível de risco considerado insatisfatório por permanecer inseguro ao ser humano ou ao meio ambiente mesmo com a implementação das medidas de gerenciamento de riscos [...]”, para então determinar eventuais medidas de mitigação na gestão do risco ao usuário do agrotóxico, seu equipamento de proteção individual, mecanismos de pulverização etc., transferindo a responsabilidade quase que integralmente aos trabalhadores agrícolas pela não observância das orientações do fabricante do produto químico.

Tal revisão substituirá os critérios de proibição de registro de agrotóxicos baseados no perigo, que é praticado pela Anvisa, pois na legislação em vigor há vedação a registro de substâncias que revelem características teratogênicas, carcinogênicas ou mutagênicas, ou provoquem distúrbios hormonais ou/e danos ao sistema reprodutivo (art. 3º, §6º, “c”, da Lei n. 7.802/89).

O PL 6.299/2002 afasta a independência da Anvisa e do Ibama nos procedimentos de registro e atribui às empresas a competência para a análise do risco dos agrotóxicos que pretendem registrar. Igualmente afasta a competência desses órgãos federais na avaliação de produtos agrotóxicos de uso doméstico, e diminui a autonomia da Anvisa na função de monitorar os resíduos de agrotóxicos em produtos de origem vegetal, atribuindo somente ao MAPA o papel de divulgar ou não os resultados das análises.

Não bastasse as mudanças citadas, o PL estabelece uma hierarquia entre os órgãos federais responsáveis pelo registro, posicionando a Anvisa e o Ibama como se fossem unidades subordinadas ao MAPA, não importando o fato de possuírem com funções administrativas distintas e

²² O art. 2º inciso VI, alínea “f”, do Projeto de Lei 6.299/2002.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

independentes, as quais devem ser exercidas sob a égide dos princípios constitucionais da Administração Pública, de modo a evitar conflitos de interesses comuns no seio do poder centralizado.

As mudanças pretendidas pelo PL 6.299/2002 cerceiam a competência das unidades federativas – Estados e Distrito Federal – para estabelecer restrições à distribuição, comercialização e uso de agrotóxicos, cindindo o pacto federativo que é a base da organização regulada pela CRFB.

O projeto também viola a soberania do Estado brasileiro ao permitir o “Registro Temporário” e a “Autorização Temporária”, os quais poderão ser criados mediante “pedidos de inclusão de culturas cujo emprego seja autorizado em culturas similares em pelo menos três países”²³, internalizando agrotóxicos sem o crivo das autoridades nacionais.

Por fim, a proposta aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados cria uma forma de registro de agrotóxicos por decurso de prazo na medida em que considera aprovado o produto sempre que, feito o pedido pela empresa, não houver manifestação conclusiva pelos órgãos federais – MAPA, Anvisa e Ibama – no transcurso de 12 meses, algo inusitado diante da complexidade da regulação fundada na análise de estudos e do cumprimento de exigências técnicas.

2. AMEAÇA À SAÚDE DO CONSUMIDOR E AO MEIO AMBIENTE

As modificações aprovadas no PL 6.299/2002 no âmbito da Comissão Especial da Câmara dos Deputados, descritas no tópico anterior, fulminam os princípios da precaução, da prevenção, da vedação do retrocesso de direitos socioambientais e arrastam as estruturas administrativas para um abismo institucional que poderá comprometer de maneira irremediável os avanços verificados com o atual sistema regulatório de agrotóxicos.

²³ Art. 3º, parágrafos 6º ao 10, do Projeto de Lei 6.299/2002.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

O PL do Veneno irá contribuir, sobremaneira, para acentuar a injustiça ambiental²⁴ de centenas de comunidades impactadas pela exploração insustentável dos recursos naturais, tornando ainda mais deficientes as políticas de defesa do meio ambiente, da segurança dos alimentos e da saúde humana.

Michel Prieur²⁵, ao discorrer sobre o princípio da vedação de retrocesso ambiental, assinala as características políticas, econômicas e psicológicas das ameaças revisionistas que, orquestradas pela "vontade demagógica de simplificar o direito leva à desregulamentação e, mesmo, à 'deslegislação', [...] favorece os discursos que reclamam menos obrigações jurídicas no âmbito do meio ambiente, [...] e constitui um conjunto complexo, dificilmente acessível aos não especialistas [...]".

O Direito Ambiental contém uma substância estreitamente vinculada ao mais intangível dos direitos humanos: o direito à vida, compreendido como um direito de sobrevivência em face das ameaças que pesam sobre o Planeta, pelas degradações múltiplas do meio onde estão os seres vivos. [...] Daí, uma regressão local, mesmo que limitada, pode ensejar outros efeitos, outros setores do ambiente. Tocar numa das pedras do edifício pode levar ao seu desabamento. [...] A não regressão já está reconhecida como indispensável ao desenvolvimento sustentável, como garantia dos direitos das gerações futuras. Ela reforça a efetividade dos princípios gerais do Direito Ambiental, enunciados no Rio de Janeiro em 1992. É um verdadeiro seguro para a sobrevivência da Humanidade, devendo ser reivindicada pelos cidadãos do mundo, impondo-se, assim, aos Estados.

²⁴ A respeito do tema, ver mapa de conflitos da injustiça ambiental e saúde no Brasil, desenvolvido pela Fundação Oswaldo Cruz e pela Federação dos Órgãos para a Assistência Social e Educacional (Fase), com apoio da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA). Disponível em <<http://www.epsjv.fiocruz.br/injustica-ambiental-e-saude-no-brasil-o-mapa-de-conflitos>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁵ PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental.** In: SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>>. Acesso em 18 ago. 2018. p. 11-54.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

No mesmo sentido da dimensão do princípio da proibição do retrocesso ambiental, o Ministro Antonio Herman Benjamin²⁶ expõe “a perspectiva dos direitos humanos (reconhecidos universal e internacionalmente por acordos e tratados, bem como pela jurisprudência especializada) e dos direitos fundamentais (perfilhados expressamente pela norma constitucional, de Direito interno)”. Aborda, com a mesma ênfase, do ponto de vista pragmático, que o princípio “não carreia as fortes objeções orçamentárias que incendeiam o debate em outros campos”, ao contrário, a preservação do capital natural ou a sua exploração de maneira sustentável impõem a boa gestão da “demanda intergeracional de propiciar bases ecologicamente sustentáveis ao nosso progresso, tanto mais no modelo constitucional vigente no Brasil”, de modo a garantir às gerações futuras o direito de viver e de se desenvolver.

E mesmo que custos, até elevados, estivessem associados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental (o que não é o caso, repita-se), como se trata de resguardar as bases da vida, e, amiúde, salvar, literalmente, vidas humanas, em nada se justificaria economizar aqui para gastar acolá, ou, pior, gastar muito mais adiante com medidas de recuperação do meio ambiente degradado, de mitigação e de adaptação.

A crise ecológica e a sociedade de risco, no entender de Germana Belchior²⁷, “mudaram o viés científico dos termos ‘certeza’ e ‘verdade’, moldando a noção do princípio da precaução que traz consigo o “objetivo primordial de evitar o dano ambiental, não sendo necessária, para tanto, a comprovação científica daquele, pelo fato de o nexo causal de determinadas atividades apresentar incertezas científicas não dirimidas”.

²⁶ BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental.** In: SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>>. Acesso em 18 ago. 2018. p. 55-72.

²⁷ BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 200.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Partindo do princípio da precaução inscrito no art. 15 da Declaração do Rio de 1992²⁸, Morato Leite²⁹ considera que “sempre que houver perigo da ocorrência de um dano grave ou irreversível, a ausência de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes, a fim de impedir a degradação ambiental”.

Diagnóstico sobre a contaminação hídrica e do solo por agrotóxicos e nitrato de uso agrícola, elaborado pelos pesquisadores Marco Gomes e Robson Barizon³⁰, da Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), relata ocorrências, ainda que não alarmantes, da presença organoclorados já banidos do comércio em sedimentos de córregos. A pesquisa também registrou resíduos de glifosato, o agrotóxico mais vendido no Brasil, em águas provenientes do arroz irrigado no Sul do país. Todavia, o número de análises, conforme alegam os autores, são insuficientes para se extrair um retrato mais preciso do cenário nacional.

No campo dos impactos dos agrotóxicos na saúde humana, o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva – INCA³¹ e organizações públicas e civis são enfáticos ao rebaterem os argumentos expostos no PL e defenderem a manutenção da atual Lei 7.802/1989 como “marco legal dos agrotóxicos” no Brasil,

uma vez que, tal modificação colocará em risco as populações – sejam elas de trabalhadores da agricultura,

²⁸ ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio de Janeiro**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013. Acesso em: 20 ago. 2018.

²⁹ MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatriomial. Teoria e prática. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 52

³⁰ GOMES, Marco; BARIZON, Robson. **Panorama da contaminação ambiental por agrotóxicos e nitrato de origem agrícola no Brasil**: cenário 1992/2011. Jaguariúna, SP: Embrapa Meio Ambiente, 2014. Disponível em: <<https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/987245/1/Doc98.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

³¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes Silva. **Nota pública acerca do projeto de lei n. 6.299/2002**. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/nota-publica-inca-pl-6299-2002-11-de-maio-de-2018.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

residentes em áreas rurais ou consumidores de água ou alimentos contaminados, pois acarretará na possível liberação de agrotóxicos responsáveis por causar doenças crônicas extremamente graves e que revelem características mutagênicas e carcinogênicas.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, preconiza o art. 225 da Constituição da República. Também estabelece no art. 196, *caput*, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos.

O direito à alimentação adequada e a segurança compõem os direitos sociais fundamentais previstos no art. 6º da CRFB, a qual determina, no art. 5º, inciso XXXII, que o Estado promoverá a defesa do consumidor, constituindo-o em princípio basilar da ordem econômica delineada no art. 170, ao lado dos princípios da soberania nacional, função social da propriedade e defesa do meio ambiente, entre outros.

Com efeito, tem-se como evidente a ameaça de retrocesso que PL 6.299/2002 pode provocar no ordenamento jurídico e no cumprimento dos direitos fundamentais, colidindo com a moderna tutela consumerista adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, do qual se destaca:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; [...]

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito. [...]

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

Ante as ameaças de violação de tais normas protetivas do consumidor e do meio ambiente, o PL 6.299/2002 ataca a CRBF na sua essência fundamental, que é a promoção da dignidade da pessoa humana. Descumpre, ainda, tratado internacional firmado pelo Brasil por meio da Convenção de Roterdã – incorporada por meio do Decreto n. 5.360³², de 31 de janeiro de 2005 –, que determina a proteção da saúde humana e do meio ambiente contra impactos potencialmente danosos do comércio internacional de certas substâncias químicas e agrotóxicos perigosos.

Não se pode esquecer, a propósito, o relato do INCA³³, uma das maiores organizações públicas brasileiras na pesquisa sobre o câncer, quando alerta, amparada em estudos científicos:

No atual cenário mundial, o Brasil é o maior consumidor de agrotóxicos e, em dez anos, o mercado brasileiro de agrotóxicos cresceu 190%. Destaca-se, porém, na literatura científica nacional e internacional, que o modelo atual de cultivo, com o intensivo uso de agrotóxicos, gera insegurança alimentar e outros malefícios, como poluição ambiental, contaminação de

³² BRASIL. **Decreto n. 5.360**, de 31 de janeiro de 2005. Promulga a Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5360.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes Silva. **Nota pública acerca do projeto de lei n. 6.299/2002**. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/nota-publica-inca-pl-6299-2002-11-de-maio-de-2018.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

mananciais, do solo, do ar e intoxicação de trabalhadores rurais e da população em geral. Dentre os efeitos sobre a saúde humana associados à exposição aos agrotóxicos, os mais preocupantes são as intoxicações crônicas, caracterizadas por infertilidade, impotência, abortos, malformações, neurotoxicidade, manifestada através de distúrbios cognitivo, e comportamentais e quadros de neuropatia e desregulação hormonal, ocorrendo também em adolescentes, causando impacto negativo sobre o seu crescimento e desenvolvimento dentre outros desfechos durante esse período.

Como um dos signatários do Código Internacional de Conduta da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação – FAO sobre a distribuição e uso de pesticidas, de 1985, e das Diretrizes de Londres, estabelecidas pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA, em 1987, para o intercâmbio de informações no comércio internacional de substâncias químicas, o Brasil é instado, no concerto das nações, a seguir os diplomas internacionais regentes da defesa da alimentação e do patrimônio natural.

Se aprovado o PL pelo plenário da Câmara dos Deputados, afronta-se a CRFB, os tratados internacionais e cria-se uma divergência de natureza federativa, uma vez que a proposta retira dos Estados e do Distrito Federal a possibilidade de impor restrições aos agrotóxicos. Tema sobre o qual o Supremo Tribunal Federal vem afirmando a constitucionalidade de leis mais protetivas ao meio ambiente pelos entes federados. Nesse sentido: ADI 3937/SP³⁴; ADI 2030/SC³⁵; RE 194704/MG³⁶.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.937-7**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2030/SC**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14813296/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2030-sc-stf>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 194704/MG**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE194704VotoCM.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

A restrição contraria os arts. 23 e 24 da CRFB, os quais definem, respectivamente: (i) competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; e (ii) competência concorrentemente, para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; e sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Como visto, o PL do Veneno afeta profundamente o sistema regulatório de agrotóxicos no Brasil e não agrega, *a priori*, nenhum avanço, conforme assinalam os relatores especiais da ONU no comunicado ao Governo Federal: “As mudanças podem enfraquecer significativamente os critérios para aprovação do uso experimental e comercial de pesticidas, representando uma ameaça a uma série de direitos humanos”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo sobre a proposta de revisão da legislação que instituiu o sistema regulatório de agrotóxicos no Brasil, constatou-se a possibilidade de retrocesso legal em matérias relacionadas aos mais importantes bens jurídicos protegidos constitucionalmente: a vida humana e o meio ambiente. Há nítida estratégia de desmonte do atual sistema regulatório e dos mecanismos de controle sobre o registro e a avaliação de produtos químicos tóxicos usados no cultivo de alimentos, cujos efeitos podem aprofundar a situação já ambientalmente crítica do país, atestada por diversas organizações públicas e civis nacionais e internacionais.

As recomendações pela rejeição do PL deveriam ao menos ser levadas em consideração pelo Parlamento brasileiro para antes da votação da matéria. Como visto, a Lei dos Agrotóxicos (Lei 7.802/1989) traduziu indiscutível conquista legal ao exigir o registro prévio dos agrotóxicos de acordo com os requisitos de avaliação de perigo e da observância das

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

diretrizes dos órgãos federais responsáveis pela saúde, meio ambiente e agricultura.

À luz dos princípios da precaução e da vedação do retrocesso na proteção do meio ambiente, a revisão da Lei dos Agrotóxicos poderá representar o agravamento dos danos socioambientais, com repercussões prejudiciais na segurança dos alimentos e na ampliação do descontrole geral sobre o uso de agrotóxicos, comprometendo ainda mais a biodiversidade e fomentando o descrédito da agricultura mesmo diante de todo o seu potencial produtivo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRASCO. Associação Brasileira de Saúde Coletiva. **Abrasco lança dossiê contra o PL do Veneno.** Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/wp-content/uploads/2018/08/DOSSIE_NOVO_26_JULHO_Final.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

ANDEF. Associação Nacional de Defesa Vegetal. **Nota de Posicionamento Andef.** Disponível em: <<http://www.andef.com.br/imprensa/noticias/2022-nota-de-posicionamento-andef>>. Acesso: 27 ago. 2018.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Princípio da proibição de retrocesso ambiental.** In: SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília, 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>>. Acesso em 18 ago. 2018.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. **Nota Técnica n. 15/2018/SEI/DICOL/ANVISA.** Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/219201/4340788/_+SEI+_+ANVISA+-+0202694++Nota+T%C3%A9cnica+da+Dicol+__.pdf/7af8b109-5fbe-4338-b5fa-3698e513bf96>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 6299/2002.** Disponível em: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=46249>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 3 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/atividade/const/constituicao-federal.asp>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BRASIL. **Decreto n. 4.074**, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei n. 7.802/1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto n. 5.360**, de 31 de janeiro de 2005. Promulga a Convenção sobre Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas e Agrotóxicos Perigosos, em 10 de setembro de 1998, na cidade de Roterdã. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5360.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama. **Nota técnica n. 2/2018/CGASQ/CGFIN**. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias/noticias2018/SEI_02000.000406_2016_93.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018

BRASIL. **Lei n. 7.802**, de 11 de julho de 1989. Lei dos Agrotóxicos. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7802.htm>. Acesso em: 18 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA. **Revisão da legislação brasileira de agrotóxicos**. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/revisao-da-legislacao-brasileira-de-agrotoxicos>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz. **Agrotóxicos: um mercado bilionário cada vez mais concentrado**. Palestra de ALVAREZ, Victor Pelaez. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/reportagem/agrotoxicos-um-mercado-bilionario-e-cada-vez-mais-concentrado>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. **Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil**: o Mapa de Conflitos. Disponível em <<http://www.epsjv.fiocruz.br/injustica-ambiental-e-saude-no-brasil-o-mapado-conflitos>>. Acesso em: 20 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Oswaldo Cruz. **Nota técnica: análise do projeto de lei n. 6.299/2002**. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/nota_tecnica_pl_agratoxicos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Ministério da Saúde. Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes Silva. **Nota pública acerca do projeto de lei n. 6.299/2002**. Disponível em: <<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/nota-publica-inca-pl-6299-2002-11-de-maio-de-2018.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

BRASIL. Ministério Público Federal. **Nota técnica 4ª. CCR n. 1/2018.** Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/4ccr_notatecnica_pl-6-299-2002_agrotoxico.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2030/SC.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em:
<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14813296/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2030-sc-stf>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.937-7.** Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553763>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 194704/MG.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE194704VotoCM.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2018.

CARSON, Rachel Carson. **Primavera Silenciosa.** Trad. Claudia Sant'anna Martins. 1.ed. São Paulo: Gaia, 2010.

FRANCO, Caroline. **História dos Agrotóxicos** – o processo de (des)construção da agenda política de controle de agrotóxicos no Brasil. Curitiba: A Autora, 2015.

GOMES, Marco; BARIZON, Robson. **Panorama da contaminação ambiental por agrotóxicos e nitrato de origem agrícola no Brasil:** cenário 1992/2011. Jaguariúna, SP: Embrapa Meio Ambiente, 2014. Disponível em:
<<https://www.infoteca.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/987245/1/Doc98.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental:** do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 5.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 5ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

ONU – Organização das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Mudanças na lei de agrotóxicos no Brasil violariam direitos humanos, afirmam relatores da ONU.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/mudancas-na-lei-de-agrotoxicos-no-brasil-violariam-direitos-humanos-affirmam-relatores-da-onu/>>. Acesso em: 6 ago. 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração do Rio de Janeiro.** Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141992000200013>. Acesso em: 20 ago. 2018.

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DE CONSTITUCIONALISMO,
TRANSNACIONALIDADE E SUSTENTABILIDADE 8º Seminário Internacional
de Democracia e Constitucionalismo Universidade do Minho - Portugal -
Outubro 2018

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** Teoria e Prática.
14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018. p. 91

PRIEUR, Michel. **Princípio da proibição do retrocesso ambiental.** In:
SENADO FEDERAL. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. Brasília,
DF, 2012. Disponível em
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242559/000940398.pdf?sequence=2>. Acesso em 18 ago. 2018.