

EDIÇÃO ESPECIAL

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS DA
UNIVERSIDADE DA AMAZÔNIA**

AMAZÔNIA SOCIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

ASDIF

1ª EDIÇÃO



UNAMA
UNIVERSIDADE
DA AMAZÔNIA



ser
SISTEMA DE
ENSINO REINTEGRANTE

Reitora

Profª. Drª. Maria Betânia de Carvalho Fidalgo Arroyo

Pró-Reitor de Ensino

Prof. Dr. José Wagner Muniz

Pró-Reitora de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão

Profª. Drª. Ana Maria de Albuquerque Vasconcellos

Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais

Profª. Drª. Carla Noura Teixeira

Editor Científico

Profª. Drª. Carla Noura Teixeira

Editores Adjuntos

Profª. Dra. Arianne Brito de Cal Athias

Prof. Dr. Océlio de Jesus C. Morais

Prof. Dra. Agatha Gonçalves Santana

Editores Associados

Profs. Drs. Alexandre Manuel Lopes Rodrigues e Rafael Fecury Nogueira - (Universidade da Amazônia – UNAMA) - Ciências Criminais e Direitos Fundamentais

Profª. Drª. Evanilde Gomes Franco (Universidade da Amazônia – UNAMA) - Direito, Economia e Relações Internacionais

Profs. Drs. Frederico Antônio de Lima Oliveira e Jeferson Antônio Fernandes Bacelar (Universidade da Amazônia – UNAMA)

- Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais

Profs. Drs. Pastora do Socorro Teixeira Leal, Georgenor de Sousa Franco Filho e Fabrício Vasconcelos Oliveira - (Universidade da Amazônia – UNAMA)

- Políticas Públicas, Eficácia dos Direitos Fundamentais e Direitos Sociais

Prof. Dr. Antônio José de Mattos Neto - (Universidade Federal do Pará – UFPA) - Direitos Fundamentais, Meio Ambiente e Desenvolvimento

Prof. Dr. Marcelo Ribeiro - (Universidade da Amazônia – UNAMA) - Direito, Governança e Novas tecnologias

Conselho Científico Nacional e Internacional

0 Profª. Drª. Ana Maria de Albuquerque Vasconcellos (Universidade da Amazônia – UNAMA/PA, Brasil)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai (Universidade Federal do Maranhão – UFMA/MA, Brasil)

Profª Drª Eliana Maria de Souza Franco Teixeira Universidade Federal do Pará – UFPA/PA)

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (Universidade Presbiteriana Mackenzie – UPM/SP, Brasil)

Profª. Drª. Fernanda Rocha Lourenço Levy (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem - CONIMA, Brasil)

Prof. Dr. Fernando Knoerr (Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA/PR, Brasil)

Profª. Drª. Flavia Piva Leite (UNESP, Frana/SP, Brasil)

Profª. Drª. Irene Portela (Instituto Politecnico do Cavado e do Ave, Portugal)

Profª. Drª. Maria do Socorro Almeida Flores (Universidade Federal do Pará – UFPA/PA, Brasil)

Prof. Dr. Mario Tito Almeida (Universidade da Amazônia – UNAMA/PA, Brasil)

Prof. Dr. Mario Vasconcellos Sobrinho (Universidade Federal do Pará – UFPA/PA, Brasil)

Profª. Drª. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA/PR, Brasil)

Editoração e Revisão ASDIF - UNAMA

Projeto Gráfico e Editoração: **Elailson Santos**

Revisão de Normalização: Terezinha Barbagelata

Revista ASDIF – Amazônia, Sociedade e Direitos Fundamentais. v.1, n.1 (jan.-jun./2021) - Belém: Universidade da Amazônia, 2021.

Semestral.

Início: 2021

ISSN

1. Amazônia. 2. Sociedade. Direitos fundamentais.

I. Pará. Universidade da Amazônia – Unama.

CDD 34(05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO:	5
ESPAÇO DOS EDITORES	7

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO	9
<i>FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE EMPIRE</i>	
<i>Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos</i>	
<i>Marilene Araujo</i>	

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	22
<i>THE HISTORICAL AFFIRMATION OF THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES</i>	
<i>Adolfo Mamoru Nishiyama</i>	
<i>Roberta Cristina Paganini Toledo</i>	

O REFERENDO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA	44
<i>THE REFERENDUM AS AN INSTRUMENT OF CITIZENSHIP'S EFFECTIVENESS</i>	
<i>Alexandre Sanson</i>	
<i>Michelle Asato Junqueira</i>	

IGUALDADE E DISCURSO DO ÓDIO: A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE COMO DIREITO À DIFERENÇA	60
<i>EQUALITY AND HATE SPEECH: THE STRUGGLE FOR RECOGNITION OF THE CONCEPT OF EQUALITY INCORPORATING THE DIFFERENT</i>	
<i>Alex Lobato Potiguar</i>	

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL À AÇÃO REGRESSIVA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL CONTRA EMPRESA	74
<i>CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE WORK ENVIRONMENT AND JURISDICTIONAL JURISDICTION TO THE REGRESSION ACTION OF THE INSS AGAINST COMPANY</i>	
<i>Océlio de Jesus Carneiro de Moraes</i>	

**A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO HUMANO À LIBERDADE E O DIREITO PENAL:
SOB A ÓTICA NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL INTERNA E INTERNACIONAL 87**
*THE RELATIONSHIP BETWEEN THE HUMAN RIGHTS TO FREEDOM AND
CRIMINAL LAW: UNDER THE NORMATIVE OPINION AND INTERNAL
AND INTERNATIONAL JURISPRUDENTIAL*

Edinilson Donisete Machado

Archimedes Dias Neto

Mariane Miguel

**AS TECNOLOGIAS A SERVIÇO DAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS
– MEDIAÇÃO ONLINE.....107**
*TECHNOLOGIES AT THE SERVICE OF CONFLICT RESOLUTIONS - ONLINE
MEDIATION*

Douglas Alexander Prado

**PODE O JUIZ CONDENAR QUANDO O MINISTÉRIO
PÚBLICO PEDE A ABSOLVIÇÃO?120**

Alexandra Rodrigues de Souza Cruz

**MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E REFUGIADOS, LEBRES HUMANAS
OU RÃS SUBMERSAS: A CRISE IDENTITÁRIA DA PÓS-MODERNIDADE122**

Bárbara Gilmara da Silva Feio

**A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL E A TUTELA
PROVISÓRIA NR.1.920-MT DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....124**

Erika Oliveira de Alencar Silva

**ARRECADAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ABANDONADOS
E A SUA (IN)EFETIVIDADE NO BRASIL.....127**

Hélio Jorge Regis Almeida

Bruno Soeiro Vieira

**A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO NA
TERCEIRIZAÇÃO PARA A EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS129**

Igor de Oliveira Zwicker

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NOS JULGAMENTOS DAS CORTES
CONSTITUCIONAIS ALEMÃ E BRASILEIRA: A TV JUSTIÇA EM ANÁLISE131**

Carla Noura Teixeira

Mauro Augusto Ferreira da Fonseca Junior

APRESENTAÇÃO

Ninguém discorda da necessidade de termos bons periódicos, que publiquem artigos relevantes para o conhecimento, proporcionando divulgar os trabalhos de doutrinadores reconhecidos e abrindo oportunidade aos mais jovens a fim de que mostrem ao mundo sua capacidade e seus talentos na abordagem de temas científicos momentosos.

Certamente a vantagem desses periódicos é a atualidade das abordagens que apresenta. Diferentemente de livros (individuais ou coletivos), cujas edições distanciam-se entre si longo tempo, estes possuem a vantagem de cuidar de temas geralmente momentosos, em textos não exageradamente extensos, mas densos de informações e de ensinamentos.

Minha experiência no Mestrado em Direito da Universidade da Amazônia (UNAMA) vem desde sua criação inicial, nos idos de 1997, quando fui seu coordenador até 2015. Em 2005, lançamos o número 1 da Revista (impressa) do Programa, que circulou em apenas quatro números.

Agora, na nova fase do Mestrado da UNAMA, dirigido especificamente a Direitos Fundamentais, e sob a coordenação caprichosa da Profa. Dra. Carla Noura Teixeira, (re)surge sua Revista, em forma digital, facilitando o acesso de todos e em todos os lugares deste nosso (nano) planeta. É que as revistas eletrônicas, menos caras e de mais fácil acesso, têm ganhado espaço preferencial no meio acadêmico mundial, e a prova encontramos até mesmo no número cada vez mais elevado de e-books, fazendo com que as antigas bibliotecas de centenas e milhares de volumes encadernados e cuidadosamente (às vezes) conservados cedam lugar a espaços mais reduzidos, sem, com isso, retirar a vontade de ler das pessoas.

O convite para escrever as páginas de abertura desta Revista, em seu número inaugural, é uma tarefa honrosa porque a experiência em pós-graduação *stricto sensu* em Direito, no Pará, coloca a UNAMA em destacado lugar. Afinal, este Mestrado foi o primeiro de uma universidade particular a existir no Pará. Essa condição de pioneiro, dá a esse Programa um ânimo novo. E o convite foi aceito mais como um reconhecimento ao mais antigo professor do Programa do que por alguma outra qualidade que possua.

O que quer esta Revista? Deseja receber a contribuição técnico-científica de autores nacionais e estrangeiros com textos que se ajustem a uma de suas quatro seções temáticas, visando a contribuir para o desenvolvimento do Direito, sobretudo quanto à proteção dos direitos humanos e os instrumentos de sua efetivação.

Denomina-se *Amazônia, Sociedade e Direitos Fundamentais* demonstrando, desde logo, a importância da região onde está a UNAMA, a imperiosa necessidade de nunca esquecermos do papel do homem (início e fim da sociedade), e do respeito aos direitos humanos constitucionalizados, garantidores do mínimo de dignidade às pessoas.

Com efeito, apresentará, nos seus quatro eixos, artigos sobre *Constituição, Democracia e Direitos Humanos*, fazendo a análise dos diversos instrumentos de defesa dos direitos fundamentais e exame da jurisprudência de Cortes Constitucionais e Internacionais; sobre *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, abordando mecanismos de proteção desses direitos e examinando relações sociais, empresariais e trabalhistas; sobre *Direito e relações internacionais*, tratando do fenômeno jurídico sob as perspectivas do Direito Internacional Público e do Direito Internacional Privado, atingindo todas as palpitantes questões de interesse do mundo hodierno; e, sobre *Direitos humanos e sociedade*, refletindo sobre as dimensões dos direitos humanos, inclusive a convivência entre os diversos sistemas, com vistas a abordagens decorrentes da globalização e do multicularismo.

Assim, então, dentro dessas seções vão se desenvolver os textos que formarão, ao longo dos anos, o acervo desta Revista e, certamente, permitirão que se insira como um dos mais sérios e requisitados periódicos jurídicos do Brasil.

Ganha a UNAMA, ganha as comunidades jurídicas do Pará e a da Amazônia, ganha a sociedade como um todo. Vida longa à Revista do Mestrado em Direitos Fundamentais, a “Amazônia, Sociedade e Direitos Fundamentais”.

Belém, 17 de junho de 2020.

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região, Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor *Honoris Causa* e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia, Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Membro de Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e da Membro da Academia Paraense de Letras.

AMAZÔNIA, SOCIEDADE E DIREITOS FUNDAMENTAIS - ASDIF

A sociedade contemporânea brasileira, regional, mundial encontra-se submetida a um enfrentamento permanente e aparentemente infindável de desafios, que demandam - cada qual a seu tempo e, mais recentemente, em simultaneidade - soluções que reivindicam renovação e aperfeiçoamento rigoroso em seus constructos técnico-metodológicos. Certamente, é da natureza de toda e qualquer ciência a definição de objetos e sistemas que consigam comportar ferramentas adequadas a essas demandas frequentes e mais complexas.

Deixam tais desafios a forte impressão de que as respectivas soluções aos problemas identificados não podem ser implementadas apenas mediante adoção das ferramentas hoje disponíveis. Nos dias de hoje corre a sociedade o sério risco de procurar enfrentar os problemas que se lhe apresentam com ferramentas que não foram desenhadas para esse tipo de demandas nem para essas eventuais finalidades.

A ciência precisa, portanto, oferecer reflexão profunda o suficiente para renovar, melhorar e aperfeiçoar a si mesma, e, em consequência, contribuir para que a sociedade assuma suas tarefas de forma elaborada e objetivamente vinculada e comprometida com a melhoria da qualidade de vida das comunidades em geral. Vê-se, assim, a si mesma a Academia na obrigação de diminuir distâncias entre a realidade e sua problematização a partir da identificação de obstáculos que entorpecem o desenvolvimento da pessoa humana. Dessa maneira, pode-se afirmar que o tempo acadêmico clama por energia que se transforme em exercício científico transformador e esclarecedor que venha a ajudar a superar a justaposição de problemas que infringem sofrimento à sociedade.

Em termos mais específicos, a somatória de fatos e fenômenos que precisa ser enfrentada nos níveis mais próximos da vida social, local, regional, nacional põe em cheque e, portanto, faz urgente revisar o conhecimento acumulado. É sabido que os instrumentos jurídicos disponíveis nos diversos países e aqueles decorrentes de tratados internacionais que precisam ser incorporados aos sistemas jurídicos nacionais parecem não estar equipados suficientemente ou veem-se rapidamente sobrepassados para responder com celeridade às atuais necessidades das comunidades locais, nacionais e internacionais.

Nesse contexto, o desenvolvimento científico em tempos também regidos, por exemplo, pelo paradigma das mudanças climáticas, do aquecimento global, dos novos fenômenos decorrentes das migrações – em parte – desenfreadas e obrigadas; das ameaças de enfrentamentos bélicos baseados em cenários geopolíticos e geoeconômicos decorrentes da cobiça por recursos naturais finitos e pela consecução e/ou manutenção do status quo; da abertura de novas rotas econômicas que leva à configuração de novas hegemonias regionais e – até mesmo – ao espaço sideral; da exaustão de recursos naturais que impõe a adoção de fontes energéticas alternativas a partir de matrizes sustentáveis porém atualmente insubstituíveis; dentre outros; deve resultar da concentração de esforços em torno da definição de problematizações diversas e em consonância entre as diversas outras áreas do conhecimento. O saber específico de área é fundamental, o qual não exclui o trabalho focado também na diversidade de problemas que acometem a sociedade atual.

De tal modo, a Revista Amazônia, Sociedade e Direitos Fundamentais objetiva contribuir para o desenvolvimento da Ciência do Direito com especial foco à proteção dos direitos fundamentais (individuais, coletivos e difusos) e ao sistema de Justiça e à respectiva efetividade desses direitos.

A Revista é um espaço técnico-científico para divulgação de novas teorias (ou revisões teóricas), desenvolvimento de técnicas metodológicas, demonstração e aplicação das boas práticas nessa temática, sempre na perspectiva da contribuição à produção acadêmica e ao aprimoramento do sistema de proteção estatal aos direitos humanos.

Desta feita, a primeira edição reúne artigos de autores renomados em suas áreas de atuação, bem como uma segunda seção colacionando resumos expandidos enquanto produtos das dissertações de Mestrado defendidas no âmbito do Programa de Pós- Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA.

Por tudo que envolve, torna-se um marco na trajetória do Programa de Pós- Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia – UNAMA e carrega um convite a leitura.

Belém (PA), junho de 2021.

Dos Editores

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO

FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF THE EMPIRE

Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos¹

Marilene Araujo²

RESUMO

A Constituição do Império, datada de 1824, é fruto de um processo que reflete as forças reais de Poder da época. Ao mesmo tempo, a Constituição traz um núcleo de direitos fundamentais inovadores para a época. Além dos direitos clássicos referente às liberdades individuais, a Constituição estabelece o direito à petição e o direito de todos os cidadãos defenderem a própria Constituição. De forma mais inovadora ainda, ela concede direitos denominados de segunda geração, que apareceram de forma mais habitual após 1848. São eles, os direitos aos socorros públicos e à educação primária. A primeira Constituição brasileira é uma Carta aberta proclamadora de direitos fundamentais.

Palavras-chave: Constituição. Império. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

The Constitution of the Empire, dated 1824, is the result of a process that reflects the real forces of power of the time. At the same time, the Constitution brings a core of innovative fundamental rights for the time THAT WAS DONE. Moreover the classical rights to individual freedoms, the Constitution establishes the right to petition and the right of all citizens to defend their Constitution. More innovatively, it grants so-called second-generation rights, which appeared most often after 1848. These are the rights to public relief and primary education. The first Brazilian Constitution is an open Letter proclaiming fundamental rights.

Keywords: Constitution. Empire. Fundamental rights.

¹ Pós-doutora em Psicologia pela PUC-SP, doutora em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito pela mesma instituição, mestre em Direito Penal e em Filosofia pela PUC-SP. Professora associada pela USP, livre-docente em Direito Penal também pela USP, professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito (mestrado e doutorado) e da graduação em Direito da PUC-SP. Coordenadora e líder do Grupo de Pesquisas em Direito *Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma*, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo credenciado pelo CNPQ. Advogada.

^W Doutoranda em Filosofia do Direito pela PUC-SP, mestra em Direito Constitucional pela PUC-SP, especialista em Direito Administrativo pela PUC-SP e em Processo Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Membro do Grupo de Pesquisas em Direito *Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma* da Faculdade de Direito PUC-SP, advogada.

1 INTRODUÇÃO

O ano é 1824 e o evento histórico é o nascimento da primeira Carta de Direitos do Brasil, a Constituição do Império. A Constituição outorgada por Dom Pedro I (1798 – Portugal – 1834) dura 65 anos e é responsável pela unidade de Poder da jovem nação brasileira.

Impulsionada e embalada pelo movimento científico denominado Positivismo, pelos ideais revolucionários do final do século XVIII e pelas Constituições americana e francesa, a Constituição de 1824 mantém um núcleo de direitos fundamentais inovador para a época.

A Constituição do Império estabelece direitos civis, direitos sociais e instrumentos de defesa da autoridade constitucional. As liberdades de comunicação, de crença religiosa, de ir e vir estão garantidas. Os direitos como a propriedade, a inviolabilidade do domicílio, o direito de petição, os socorros públicos e a instrução primária são estabelecidos pela Carta de Direito.

Quase 200 anos depois, os ideais proclamados na Constituição do Império, como a liberdade e a igualdade estão latentes e presentes na Carta Cidadã brasileira de 1988. Os direitos fundamentais continuam sendo o caminho para a busca incansável da liberdade e da igualdade.

2 CONTEXTO HISTÓRICO

2.1 Antecedentes históricos

A colonização brasileira é marcada pela descentralização do poder político e administrativo e foi iniciada com a organização das capitanias hereditárias. As capitanias hereditárias constituem uma forma de administração, usada pela Coroa Portuguesa, em razão da limitação de recursos.

Com as capitanias, o território brasileiro é dividido em doze partes irregulares e entregue aos particulares. Os particulares defendem, cuidam e exploram a Colônia. Os titulares das capitanias possuem poderes de jurisdição civil, criminal e de administração político-administrativo.

O sistema é capaz de criar núcleos de povoamento marcando a regionalização dos poderes políticos e administrativos. A descentralização do poder político e administrativo da Colônia é uma constante, durante o período da colonização e do Império. O fato é que, muito embora, a Coroa Portuguesa tenha tentado unificar a administração, através do Governo Geral, as tentativas não alcançaram êxito.

2.1.1 A chegada da Família Real

No início do século XIX, Napoleão (1769 – França – 1821) tem a pretensão de dominar toda a Europa, mas conta com um grande inimigo, a Inglaterra. A Coroa Portuguesa é envolvida na guerra e obrigada a definir um lado. Após a entrada das tropas francesas no território português, a Família Real, acordada com os ingleses, transfere a Corte Real para o Brasil.

De 1808 a 1821, o Brasil é a colônia onde se aloja a Coroa Real portuguesa. A Família Real é instalada no Rio de Janeiro. Nesta fase, se inicia uma melhor organização político-administrativa da Colônia com a criação, por exemplo, da Casa da Moeda, e do Banco do Brasil.

O Brasil lucra com a abertura de porto e com infraestrutura. Entretanto, a fragmentação do Poder persiste em outras partes do País. O Brasil é promovido a Reino Unido com Portugal e

Algarve. Durante a estada da Coroa Portuguesa no Brasil, há uma intensificação do comércio com a Inglaterra.

2.1.2 A Independência

A Coroa Portuguesa, pressionada pelas Cortes portuguesas, retorna para Portugal e Dom Pedro, filho de Dom João VI (1767 – Portugal – 1826), é nomeado, no Brasil, Príncipe Regente e, em 07 de setembro de 1822, Dom Pedro declara a Independência do Brasil, em São Paulo, as margens do rio Ipiranga que, em Tupi-Guarani significa “rio vermelho”.

O período que antecede a Independência é marcado por uma forte tensão entre o Príncipe Regente e as Cortes Portuguesas. Há vários relatos que contam como ocorre o chamado Grito da Independência. Entre eles destaca-se o relato do padre Belchior, presente no momento:

Dom Pedro, tremendo de raiva, arrancou de minhas mãos os papéis, e amarrotando-os, pisou-os e deixou-os na relva. Eu os apanhei e guardei. Depois virou-se para mim e disse:

— E agora, padre Belchior?

Eu respondi prontamente:

— Se Vossa Alteza não se faz rei do Brasil será prisioneiro das Cortes, deserdado por elas. Não há outro caminho senão a independência e a separação.

Dom Pedro caminhou alguns passos, silenciosamente, acompanhado por mim, Cordeiro, Bregaro, Carlota e outro, em direção aos animais que se achavam à beira do caminho. De repente, estacou já no meio da estrada, dizendo-me:

— Padre Belchior, eles o querem, eles terão a sua conta. As Cortes me perseguem, chamam-me com desprezo de rapazinho³ e de brasileiro. Pois verão agora quanto vale o rapazinho. De hoje em diante estão quebradas as nossas relações. Nada mais quero com o Governo português e proclamo o Brasil para sempre, separado de Portugal.

Respondemos imediatamente, com entusiasmo:

— Viva a Liberdade! Viva o Brasil separado! Viva Dom Pedro!

O príncipe virou-se para seu ajudante de ordens e falou:

— Diga à minha guarda que eu acabo de fazer a Independência do Brasil. Estamos separados de Portugal⁴.

Naquele momento, o Brasil conta com uma nobreza baseada em latifúndios, 90 % de analfabetos e uma aristocracia intelectual formada nas universidades europeias, a maioria na Universidade de Coimbra. A elite intelectual está influenciada e dividida pelas teorias europeias (monarquia, absolutismo, liberalismo, parlamentarismo, constitucionalismo, feudalismo, democracia e República).

³ Dom Pedro tinha 23 anos e 11 meses.

⁴ GOMES Laurentino. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p. 36.

2. 2 Antecedentes do Movimento Constitucionalista no Brasil e em Portugal

2.2.1. “Um sonho de República”

Se a Revolução Francesa de 1789 exporta ao Mundo os ideais de liberdade, igualdade, os direitos do homem e do cidadão e a Revolução Americana, 1776, cria os Estados Unidos, estabelecendo em 1789 uma Carta de Direitos, no Brasil, uma “pequena revolução” ocorre, em 1879, a Inconfidência Mineira, com o ideal de instaurar uma República.

A ideia é de o Brasil tornar-se uma República e vencer Portugal. Explica Pedro Calmon que:

De fato, os brasileiros que se guiam na Universidade de Coimbra, os cursos de leis e cânones não perderam de vista a pátria, distante e oprimida; por todo o século XVIII foi a academia o berço das ideias liberais – apesar dos mestres e dos programas. Estudantes brasileiros propuseram a Thomas Jefferson, em Nimes, ajudar a América do Norte na independência do Brasil. José Álvares Maciel, jovem mineralogista mineiro, trouxe ao Brasil esses planos. Entendeu-se no Rio com um antigo alferes da Cavalaria de Minas, espírito exaltado, ao extremo, amigo das novidades políticas que faziam a volta ao Mundo, Joaquim José da Silva Xavier⁵.

O sonho de República é soterrado, mas de qualquer forma, o sonho da República perturbará a primeira Assembleia Constituinte do Brasil, de 1823.

2.2.2 A Súplica

No início do século XIX, os ideais da Revolução Francesa de 1789 sacodem a Europa, mesmo com a partida do Rei de Portugal para o Brasil, em 1808, surge um movimento em Portugal para pedir a Napoleão uma Constituição para Portugal.

O Movimento pede uma simples outorga de Constituição para concretização dos ideais da Revolução como a igualdade perante a Lei, a igualdade fiscal, a liberdade de imprensa e de culto. Assim, a súplica clama:

[...] Senhor! – Desejamos ser ainda mais do que éramos, quando abrimos o oceano a todo o universo. Pedimos uma Constituição e um rei constitucional que seja príncipe de sangue da vossa real família. Dar-nos-emos por felizes se tivermos uma Constituição em tudo semelhante à que vossa majestade imperial e real houve por bem outorgar ao grão-ducado de Varsóvia, com a mínima diferença de que os representantes da nação sejam eleitos pelas câmaras municipais a fim de nos conformarmos com os nossos antigos usos. Queremos uma Constituição na qual, à semelhança da de Varsóvia, a religião Católica Apostólica Romana seja a religião do Estado; em que sejam admitidos os princípios da última concordata entre o Império francês e a Santa Sé pela qual sejam livres todos os cultos, e gozem de tolerância civil e de exercício público. Em que todos os cidadãos sejam iguais perante a Lei.

⁵ CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002. p. 159.

Em que o nosso território europeu seja dividido em oito províncias, assim a respeito da jurisdição eclesiástica como da civil, de maneira que só fique havendo um arcebispo e sete bispos. Em que as nossas colônias fundadas por nossos avós, e com o seu sangue banhadas, sejam consideradas como províncias ou distritos fazendo parte integrante do Reino para que seus representantes desde já designados achem em a nossa organização social os lugares que lhes pertencem, logo que venham ou possam vir ocupá-los. Em que haja um ministério especial para dirigir e inspecionar a instrução pública. Em que seja livre a imprensa porquanto a ignorância e o erro tem originado nossa decadência [...].⁶

2.2.3 As revoluções de 1817

Dois levantes ocorrem no Brasil em 1817. O primeiro é a revolta dos Alfaiates, na Bahia, que é um levante de pessoas da plebe, em sua maioria alfaiates apoiados por maçons. Os revoltosos tentam criar uma República Bahiense.

O movimento tem caráter separatista e luta pela diminuição de impostos, a libertação dos escravos, a igualdade. O movimento é vencido e seus líderes enforcados tal como Tiradentes (Joaquim José da Silva Xavier).

A segunda revolta é conhecida como a Revolução de Pernambuco e explode em Recife, em 1817. O movimento luta pela expulsão dos portugueses, em razão da insatisfação em relação à Corte Portuguesa, os gastos públicos e os impostos.

O movimento luta pela igualdade, pela tolerância de todas as seitas cristãs, fim da perseguição por motivos de consciência, garantia e liberdade para a Magistratura e liberdade de Imprensa. Influenciado pelos ideais de liberdade política francesa e liberdade econômica inglesa, o movimento de caráter republicano exige a imediata convocação de uma constituinte para elaboração de uma Constituição.

2.2.4 A Revolução do Porto

A revolução do Porto explode em Portugal em 1820, na cidade do Porto e logo se alastra chegando a capital, Lisboa. A Revolução clama por uma Constituição que estabeleça a divisão de poderes e institua as liberdades individuais. Os revoltosos querem a extinção do Absolutismo, ou seja, a limitação dos poderes do Rei.

Em setembro de 1820 são instauradas as Cortes portuguesas que começam a se reunir em 1821. Os membros das Cortes são eleitos proporcionalmente aos habitantes livres de todo o Império.

O Brasil conta com um número de representantes e apesar de ter direito a 71 das 181 vagas, o Brasil só envia, por questão de logística de locomoção, 46 membros.

São as Cortes Portuguesas que pressionam a Família Real a voltar para Portugal e exercem grande pressão sobre o Príncipe Regente, o que resulta na proclamação da Independência do Brasil.

⁶ SORIANO, Simão José Luz. **Historia da guerra civil e do governo parlamentar**: segunda epocha, I. Lisboa: Imprensa Nacional. 1870. p. 212-214.

A Assembleia Constituinte

Antes mesmo de ser proclamada a Independência, o Brasil já conta com uma Assembleia Constituinte. A primeira Assembleia Constituinte brasileira é convocada por decreto, em 03 de maio de 1822.

Após um ano, a Assembleia Constituinte é instalada, em 03 de maio de 1823, e tem como tarefa organizar o Brasil. Entretanto, ela é palco de confronto de monarquistas absolutos, liberais, republicanos, federalistas, abolicionistas e escravagistas. Outros temas são debatidos na Assembleia como liberdade religiosa, propriedade, direitos individuais, liberdade de imprensa.

As brigas em torno de um modelo de Estado a ser adotado, ocorrem antes mesmo da instauração da Assembleia. Alguns dias após a proclamação da Independência, o presidente do Senado da Câmara, senador Clemente José Pereira envia para outras Câmaras circulares defendendo que Dom Pedro seja um Imperador Constitucional, devendo, deste modo, jurar a Constituição, antes mesmo que ela seja elaborada.

Tal proposta é rechaçada, sendo que José Bonifácio usa de todas as suas possibilidades para acabar com qualquer movimento neste sentido. É instaurado processos contra os chamados opositores que são presos e exilados.

A Constituinte é instalada com todo clima de turbulência, havendo na Imprensa jornalistas que defendem o Pedro I, mas, sem o Dom Pedro II. Os membros da Assembleia são eleitos por eleitores que são homens livres, acima de 20 anos e proprietários de terras.

Os deputados eleitores sabem ler e escrever e os nascidos em Portugal tem que comprovar pelo menos 12 anos de residência no Brasil. De 100 deputados eleitos, 89 tomam posse, entre eles estão magistrados, membros do clero, professores, fazendeiros, senhores do engenho.

A Constituinte funciona quatro horas por dia e suas sessões são transformadas em verdadeiros balcões de pedidos. Os brasileiros se apresentam à Assembleia com os mais diversos pedidos como busca de Justiça para pessoas presas sem julgamento, aumento de salários, dentre outros.

Do ponto de vista político, a Assembleia é rachada em três grupos; os democratas defendem que a soberania pertence à nação brasileira e o Imperador deve se submeter à Constituição que é elaborada pelos legítimos representantes do povo.

Já os liberais, liderados por José Bonifácio, defendem que a autoridade do Imperador é superior a Constituição, pois a soberania do Imperador está legitimada na tradição. Deste modo, o Imperador pode anular ou mudar qualquer artigo da Constituição.

Um terceiro grupo defende que o Imperador pode, por um determinado tempo suspender a aplicação de dispositivo constitucional que ele não estiver de acordo.

Outro assunto polêmico é a abolição da escravatura, proposta por José Bonifácio. Em projeto, José Bonifácio defende a proibição do tráfico negreiro e abolição gradual da escravatura.

Por óbvio, José Bonifácio perde o seu posto de Ministro. Em sua obra *Representação à Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, José Bonifácio explica que:

A necessidade de abolir o comércio de escravatura, e de emancipar gradualmente os atuais cativos é tão imperiosa que julgamos não haver coração brasileiro tão perverso, ou tão ignorante que a negue, ou desconheça. [...] Qualquer que seja a sorte futura do

Brasil, ele não pode progredir e civilizar-se sem cortar, o quanto antes, pela raiz este cancro moral, que lhe rói e consome as últimas potências de vida, e que acabará por lhe dar morte desastrosa⁷.

Após 4 meses, em setembro, a Assembleia Constituinte finaliza o projeto da Constituição. Porém, o debate do projeto é inviabilizado. Em razão dos grupos alojados na Assembleia que defendem os limites do poder do imperador, a Assembleia é dissolvida.

No dia 11 de novembro de 1823, conhecido “a noite da agonia”, é convocada sessão permanente. Nesta altura, o prédio onde ocorrem as sessões, já está cercado pelas tropas de D. Pedro. Em 12 de novembro de 1823, a Assembleia é dissolvida porque segundo o imperador “perjura o seu solene juramento de salvar o Brasil”.

Após prisões e deportação dos deputados tidos como oposicionistas, o imperador cria, por meio de decreto imperial, o Conselho de Estado, composto de 10 membros, entre eles 7 são antigos constituintes.

O Conselho de Estado tem como missão a elaboração de uma Constituição. E assim o faz. Após, a elaboração do projeto da Constituição, o mesmo é enviado às Câmaras das províncias para receber sugestões e a aprovação.

Na verdade, em razão da extensão territorial do Brasil e os problemas de comunicação, as Câmaras não têm tempo suficiente para se pronunciar sobre o projeto.

A Câmara do Rio de Janeiro faz a consulta colocando dois livros para colher a assinatura dos cidadãos favoráveis e contrários ao projeto. A coleta é feita durante duas semanas e ao final são 42 páginas de assinatura favoráveis ao projeto da Constituição e nenhuma assinatura contrária. Em 25/03/1824, a Constituição é outorgada.

15

A Constituição de 1824

A Constituição do Império dura mais de 65 anos e é ferramenta necessária para a construção da unidade de poder, até então fragmentado pela forma de administração política regionalizada.

A Constituição, em seu artigo 1º, proclama que o Império do Brasil “é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Eles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha á sua Independencia”.

A Constituição de 1824 é influenciada pela filosofia política do liberalismo francês do século XIX. Assim, ela garante os direitos e as liberdades civis. Em razão de ser produto de uma sociedade aristocrática - com poucos ricos e muitos pobres, escravos - a Constituição exclui os escravos e índios de qualquer possibilidade de obtenção de direitos, como os direitos políticos.

Os direitos políticos são reservados para poucos, não tendo direito ao voto os que não possuem renda líquida anual de 100.000 réis. Assim, apenas uma pequena parcela da população pode exercer o direito ao voto.

A divisão dos poderes é formulada a partir da teoria do franco-suíço Benjamin Constant. Para ele, compete a um soberano fazer a mediação para balancear os choques dos poderes constituídos.

⁷ BONIFÁCIO, José. **Representação à assembleia constituinte e legislativa do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Typografia de J.E.S Cabral. 1840. p. 117.

Deste modo, a Constituição estabelece um poder executivo, um poder legislativo, um poder judiciário e um poder moderador.

O poder legislativo é formado pelo sistema bicameral (Senado e a Câmara dos Deputados). Os senadores são nomeados pelo imperador que os escolhe a partir de uma lista tríplice eleita pelas províncias. Os presidentes das províncias são escolhidos pelo imperador. O poder executivo é exercido pelos ministros, sendo que o seu chefe é o imperador. O judiciário é composto pelos juízes e jurados.

O poder moderador, conhecido como quarto poder, é exercido pelo imperador, que é o chefe supremo da nação. O poder moderador, chamado pela própria Constituição de “chave de toda organização política” tem como função manter a independência, harmonia e equilíbrio dos poderes. Explica Bonavides:

A primeira originalidade residiu na Carta de direitos e na enunciação de deveres. A segunda consistiu em estabelecer com relevância hierárquica superior a constitucionalidade material, definida com extrema clareza e tornada juridicamente de teor mais significativo que a constitucionalidade formal. A terceira esteve na criação de um quarto Poder, concebido primeiro na esfera teórica e importado de pensadores ou juristas franceses, desde Clermond Ferrand a Benjamin Constant. O pensamento central de seu autor – o publicista Constant – era fazê-lo uma espécie de poder judiciário dos demais poderes, investido claramente nessa tarefa corretiva para pôr cobro às exorbitâncias e aos abusos suscetíveis de abalar a unidade política do sistema. Mas tanto na letra constitucional como na execução, os políticos do Império lhe desvirtuaram o sentido e a aplicação⁸.

16

No exercício do poder moderador, o imperador nomeia os senadores, convoca assembleias gerais extraordinárias, sanciona decretos e resoluções da Assembleia Geral, dissolve a Câmara dos Deputados, nomeia e demite os ministros, perdoa e modera as penas impostas aos condenados e concede anistia.

A pessoa do imperador é inviolável e sagrada e não está sujeita a nenhuma responsabilidade. Como chefe do executivo, o imperador ainda pode nomear bispos, magistrados, comandantes das forças armadas; dirigir as negociações políticas, assinar tratados, conceder carta de naturalização, títulos de honras, de ordens militares e recompensas de serviços feitos ao Estado, expedir decretos e regulamento para execução da lei.

O fato é que D. Pedro I e seu herdeiro D. Pedro II invocando o poder moderador, de 1824 a 1889, dissolve por 12 a Câmara de Deputados. No mais, a outorga de Constituição de 1824 constitui a carta que funda a nação e a unidade brasileira, inaugurando, de alguma forma, a limitação de poderes, principalmente por meio dos direitos e das liberdades fundamentais.

Os direitos fundamentais na Constituição

A Constituição de 1824 dedica capítulo específico sobre as garantias e direitos civis e políticos dos

⁸ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553/11122>. Acesso em: 07 set.2013.

cidadãos brasileiros. Na concepção geracional dos direitos fundamentais estão presentes os chamados direitos de primeira geração.

Os direitos chamados de primeira geração limitam o poder do Estado para que este não adentre na esfera de liberdade dos indivíduos ou grupos. Em uma visão clássica, são direitos assegurados a partir de uma prestação negativa do Estado, ausência de atuação.

Mas não é só, a Constituição de 1824 também traz, no rol de garantias e direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, uma noção bem clara dos direitos de segunda geração, aqueles que exigem uma prestação estatal.

Explica Canotilho que os direitos fundamentais têm funções evidenciadas por normas que em um “plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual”.

O plano jurídico-subjectivo consiste no “poder de exercer positivamente direitos fundamentais”. A função de prestação consiste no “direito do particular a obter algo através do Estado.”⁹

O artigo 179 da Constituição de 1824 traz uma verdadeira carta de direitos com seus 35 incisos. A base do sistema de garantia é a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Esses valores se consolidaram com as revoluções francesa e americana e com os ideais liberais.¹⁰

Com a finalidade de garantir a liberdade e a segurança capituladas no artigo 179, o inciso I, do referido artigo, institui o princípio da legalidade - nenhum cidadão está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Tal princípio constitui postulado básico do Estado de Direito.

Ainda como forma de garantia da liberdade individual, o inciso II determina que a lei apenas seja estabelecida quando tiver utilidade pública. Como desdobramento do princípio da legalidade, o inciso III, do artigo 179 estabelece o princípio da irretroatividade da lei¹¹.

A Constituição de 1824 não podia deixar de garantir a liberdade de comunicação. Tal garantia está evidenciada nas constituições americana e na francesa. A Constituição brasileira de 1824 adota o modelo francês ao estabelecer que todos podem comunicar os seus pensamentos, por escrito ou pela imprensa, independentemente de censura, respondendo pelos abusos que cometerem nos termos da lei.

Assim, é incorporada a fórmula de primeiro a liberdade e depois a responsabilização¹². No âmbito destinado à comunicação, a Constituição do Império estabelece, também, a inviolabilidade de correspondência¹³.

A Constituição institui a liberdade de culto. Nos termos do artigo 5º da Constituição a religião oficial do Império é a católica, mas, são permitidos os cultos domésticos. O inciso V

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed.Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p.383.

¹⁰ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

¹¹ I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei. II. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica. III. A sua disposição não terá effeito retroactivo.

¹² IV. Todos podem communicar os seus pensamentos, por palavras, escriptos, e publical-os pela Imprensa, sem dependencia de censura; com tanto que hajam de responder pelos abusos, que commetterem no exercicio deste Direito, nos casos, e pela fôrma, que a Lei determinar.

¹³ XXVII. O Segredo das Cartas é inviolavel. A Administração do Correio fica rigorosamente responsavel por qualquer infracção deste Artigo.

do artigo 179 proíbe que haja perseguição por motivo religioso¹⁴.

Para fins de proteção do direito de ir e vir e do direito de propriedade, a Constituição garante que qualquer um pode ficar ou sair do Brasil, levando consigo os seus bens¹⁵.

A inviolabilidade do asilo é bem consolidada no inciso VII, do artigo 179 da Constituição que protege o lar, sendo proibida a entrada de quem quer que seja, sem o consentimento, exceto, à noite, para fins de defesa em caso de incêndio ou inundação e, durante o dia, apenas em situações determinada pela lei¹⁶.

A prisão, no Império, nos termos dos incisos VIII, IX e X, só ocorrerá quando houver culpa formada, excetos nos casos previstos por lei, sendo que o juiz deve entregar ao réu uma nota com os motivos da prisão, os nomes dos acusadores e as testemunhas¹⁷.

Mesmo com culpa formada, a Constituição proíbe a prisão, nos casos em que a lei permita fiança idônea e nos crimes em que a pena for menor que seis meses. A prisão, salvo em caso de flagrante, só ocorrerá por ordem de autoridade competente¹⁸.

A Constituição proíbe as penas cruéis, ficando abolidos os açoites, a tortura, as marcas de ferro quentes, a transmissão de penas além do delinquente e o confisco de bens, como forma de punição¹⁹.

Outra garantia individual é de ser processado e julgado apenas por autoridade competente. Tal garantia é também postulado fundamental de um Estado de Direito, fundado no devido processo legal²⁰.

O princípio da igualdade, também alicerce do Estado de Direito, vem garantido no inciso XIII, da Carta de Direitos que declara que a todos são iguais perante a lei²¹. Desdobramento do princípio da igualdade, o inciso XIV, garante o acesso de todos, sem discriminação, a não ser em razão de seus

¹⁴ V. Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

¹⁵ VI. Qualquer póde conservar-se, ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando comsigo os seus bens, guardados os Regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro.

¹⁶ VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

¹⁷ VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testermunhas, havendo-as.

¹⁸ IX. Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

¹⁹ XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer grão, que seja.

²⁰ XI. Ninguém será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta.

²¹ XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

talentos e de suas virtudes, aos cargos públicos²².

Ainda como desdobramento do princípio da igualdade, a Constituição garante a igualdade fiscal e tributária. Deste modo, todos são contribuintes na proporção de seus bens. São ainda abolidos os privilégios e o foro privilegiados.²³

O direito a propriedade é garantido e no caso de desapropriação em razão de finalidade público haverá a prévia indenização. Também, como garantia da propriedade é garantida a dívida pública²⁴ e a propriedade da invenção, das descobertas, bem como, das produções²⁵.

A Constituição garante às liberdades de trabalho, de indústria e de comércio, desde que as atividades não se opunham aos bons costumes, à segurança e à saúde dos cidadãos. Neste artigo é assegurado a livre iniciativa e o trabalho, sendo tais liberdades limitadas ao interesse da coletividade²⁶.

O direito de petição aparece como prerrogativa de todos os cidadãos que podem, por escrito, apresentar ao legislativo e ao executivo, queixas ou petições. Os cidadãos também exercem a “defesa” da Constituição.

Qualquer cidadão pode apresentar reclamação sobre infração à Constituição, requerendo a devida responsabilização²⁷.

Em relação aos intitulados direitos sociais, a Constituição garante os socorros públicos a quem necessitar e a instrução primária a todos os cidadãos²⁸.

A Constituição do Império possui um núcleo essencial daqueles direitos e garantias voltados às liberdades públicas. Ao mesmo tempo, conta, embora com menor proporção, com alguns direitos que podem ser considerados sociais, com o direito à instrução primária e aos socorros públicos, em caso de necessidade. Trata-se de verdadeiras prestações estatais, incluídas na Constituição brasileira antes mesmo dos grandes acontecimentos marcados após o ano de 1848, data do Manifesto Comunista.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para Canotilho (1998) a história das constituições traduz a própria história do homem, considera o autor que “Como alguém afirmou (R. Baumlin), a “história das constituições é a história apaixonada dos homens”. Esta “paixão” e esta “história” marcam muitos capítulos da evolução do

²² XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

²³ XV. Ninguém será exempto de contribuir pera as despesas do Estado em proporção dos seus haveres. XVI. Ficam abolidos todos os Privilegios, que não forem essencial, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade publica.

²⁴ XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação. XXIII. Tambem fica garantida a Divida Publica.

²⁵ XXVI. Os inventores terão a propriedade das suas descobertas, ou das suas producções. A Lei lhes assegurará um privilegio exclusivo temporario, ou lhes remunerará em resarcimento da perda, que hajam de soffrer pela vulgarisação.

²⁶ XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

²⁷ XXX.. Todo o Cidadão poderá apresentar por escripto ao Poder Legislativo, e ao Executivo reclamações, queixas, ou petições, e até expôr qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente Auctoridade a effectiva responsabilidade dos infractores.

²⁸ XXXI. A Constituição tambem garante os soccorros publicos XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

direito constitucional. Saber "história" é um pressuposto ineliminável do "saber constitucional"²⁹

A importância da carta constituinte do Estado brasileiro pode ser compreendida com as palavras do constitucionalista brasileiro José de Afonso da Silva (2005) que explica:

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiros residentes no país. Já observamos, antes, até que a primeira Constituição no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes a concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto à da Bélgica de 1831, a quem se tem dado tal primazia³⁰.

A Constituição brasileira de 1824 traduz uma importante história do povo brasileiro e a consolidação do próprio Brasil. É ela que constitui a nação brasileira e o ideário de liberdade, presente nas demais constituições brasileiras. Tal ideário é marcado, notadamente, por um núcleo que constitui uma verdadeira carta de direito, estabelecendo uma gama de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ARINOS, Afonso. **Curso de direito constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense 1968

BONAVIDES, Paulo. **A evolução constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/9553/11122>. Acesso em: 07 set.2017.

_____. O poder moderador na Constituição do Império. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, Jan/mar. 1974.

BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto **Textos políticos da história do Brasil**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

BONIFÁCIO, José. **Representação à assembleia constituinte e legislativa do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Typografia de J.E.S Cabral, 1840.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Do direito público brasileiro e análise da constituição do Império**. Rio de Janeiro: Tipografia Imp. E Const. J. Villeneuve, 1857.

CALMON, Pedro. **História da civilização brasileira**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

FIGUEIREDO, Sara Ramos. As declarações de direitos e as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros na Constituição de 1824. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, Jan/mar. 1974.

GOMES, Laurentino. **1808**. Rio de Janeiro: Planeta. 2009.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 17

³⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 2005.

_____. **1822**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Editora Malheiros. 2005.

SORIANO, Simão José Luz. **Historia da guerra civil e do governo parlamentar**: segunda epocha, I. Lisboa: Imprensa Nacional. 1870.

ROSAH, Russomano. Facetas da Constituição de 1824. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, Senado Federal, Jan/mar. 1974.

N C P B da ROCHA

A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DA PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

THE HISTORICAL AFFIRMATION OF THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Adolfo Mamoru Nishiyama¹

Roberta Cristina Paganini Toledo²

RESUMO

Esse artigo analisa a trajetória histórica dos direitos das pessoas com deficiência, desde o período em que eram eliminados até a fase de proteção do Estado. Para entender-se a importância de proteção das pessoas com deficiência é necessário o estudo da sua evolução histórica. A marginalização das pessoas com deficiência é fato marcante na história. A preocupação com a proteção dos direitos humanos é recente na história e começou após o término da Segunda Guerra Mundial. Hodiernamente, há inúmeros tratados internacionais que visam à proteção das pessoas com deficiência.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Evolução histórica. Tratados internacionais. Direitos. Inclusão social.

ABSTRACT

This article analyzes the historical trajectory of the rights of people with disabilities, from the period in which they were eliminated until the state protection phase. To understand the importance of protecting people with disabilities, it is necessary to study their historical evolution. The marginalization of people with disabilities is a marked fact in history. Concern over the protection of human rights is recent in history and began after the end of World War II. Nowadays, there are of course many international treaties aimed at the protection of persons with disabilities.

Keywords: Disabled people. Historic evolution. International treaties. Rights. Social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

Estima-se que haja no mundo mais de 650 milhões de pessoas que possuem alguma espécie de deficiência, o que equivale a aproximadamente 10% da população do planeta. São números relevantes. As pessoas com deficiência compõem grupo vulnerável que necessitam da proteção do Estado diante da discriminação que sofreram ao longo da história.

¹ Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor da Universidade Paulista – Unip. Advogado em São Paulo. Email: anishiyama@uol.com.br

² Doutora e Mestre em Direito Civil Comparado pela PUC/SP. Professora da Universidade Paulista – Unip. Advogada em São Paulo. Email: rcptoledo@terra.com.br

Com efeito, são necessárias ações afirmativas para igualar situações do dia a dia com as pessoas sem deficiência, como, exemplo, o direito do acesso. A dignidade da pessoa humana juntamente com o princípio da isonomia são os vetores necessários para que haja inclusão social. Essa inclusão das pessoas com deficiência reflete na sua cidadania. Elas precisam sentir que fazem parte da sociedade, sem que haja discriminação.

No entanto, ao longo da história as pessoas com deficiência sofreram diversas formas de discriminações, desde a sua eliminação nos primórdios da civilização até o isolamento em hospitais.

Houve um longo caminho na história para que a proteção das pessoas com deficiência começasse a se esboçar. Não é uma tarefa fácil. Mesmo hoje, com o avanço da legislação protetiva há muito trabalho para ser feito. A inclusão demanda esforço da família, da sociedade e do Estado. Não pode ser apenas um pensamento utópico. Há a necessidade de políticas públicas eficazes para que as pessoas com deficiência possam ganhar autonomia e tenham de fato o direito do acesso.

Enfim, analisando o longo caminho da história conseguiremos entender a razão pela qual há a necessidade de se promover a inclusão social das pessoas com deficiência. Essa tarefa não é somente dos Estados nacionais, mas passou a ser uma questão supranacional. Por essa razão, ganha importância o papel dos organismos internacionais, como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas para a edição de normas internacionais de proteção das pessoas com deficiência. Uma sociedade justa e fraterna só será possível quando a comunidade acolher as minorias e os grupos vulneráveis, sem nenhuma espécie de discriminação.

2 PERÍODO DE EXTERMÍNIO E EXCLUSÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Na Antiguidade Clássica as pessoas com deficiência não possuíam direitos³. A lei não permitia a convivência social das pessoas “disformes ou monstruosas” e, por via de consequência, ordenava-se ao pai que matasse o filho que nascesse com algum tipo de deficiência⁴. Com efeito, era uma prática comum em algumas culturas a rejeição das pessoas que nasciam com alguma deficiência e a prática do infanticídio vigorou por vários séculos. Por exemplo, na antiga Índia os filhos com malformação eram jogados no rio Ganges⁵. No código de Manu as pessoas com deficiência, como “os cegos e surdos de nascimento, os loucos, idiotas, mudos e estropiados” não eram admitidos a herdar⁶.

Já na Idade Média (séculos V a XV), as representações de saúde e doença passaram a ter fundamento religioso, com profunda influência da dogmática da Igreja Católica. Esse período da história foi marcado por catástrofes e pestes, como a hanseníase⁷, e a sociedade procurava explicações sobrenaturais, o que era preenchido pelo cristianismo. Jesus Cristo era o guardador das almas e os santos eram reverenciados para prevenir as doenças. Os sacerdotes cristãos eram os enviados de Deus para conferir a cura e os milagres tanto do corpo quanto da alma. Essas crenças sobrenaturais levaram ao surgimento da Santa Inquisição nos séculos XIII e XIV, liderada pela Igreja Católica, com a perseguição, tortura e morte das pessoas com deficiência, principalmente em relação às pessoas que

⁷ A hanseníase se espalhou durante a Idade Média, segundo Michel Foucault: “A partir da alta Idade Média, e até o final das Cruzadas, os leprosários tinham multiplicado por toda a superfície da Europa suas cidades malditas. Segundo Mathieu Paris, chegou a haver 19.000 delas em toda a cristandade” (FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 7).

tinham alguma deficiência intelectual⁸. Havia verdadeira *eliminação* das pessoas com deficiência da sociedade medieval.

A fonte do poder da Igreja Católica provinha das inúmeras e ricas propriedades que possuía e, principalmente, das personalidades retratadas em Cristo e de um Ser Supremo, sendo que “as pessoas submetiam sua vontade à da Igreja por causa da fé”⁹. Dessa forma, havia uma profunda convicção arraigada na sociedade medieval de que a Igreja deveria ser obedecida e seus dogmas aceitos¹⁰. A Santa Inquisição era um meio de impor a autoridade religiosa, com a queima dos dissidentes e das pessoas consideradas loucas, mas, por outro lado, havia também a promessa de que algo melhor e mais duradouro deveria seguir-se após a morte¹¹.

No final da Idade Média, a hanseníase desaparece da Europa, mas do século XIV ao XVII surgiu “uma nova encarnação do mal, um outro esgar do medo, mágicas renovadas de purificação e exclusão”¹². Os hospitais de dermatologia¹³ haviam se espalhado por toda a Europa no período das pestes, mas agora essa estrutura será utilizada para a exclusão de outros grupos, conforme aponta Michel Foucault:

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permanecerão. Freqüentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e ‘cabeças alienadas’ assumirão o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem. Com um sentido inteiramente novo, e numa cultura bem diferente, as formas subsistirão – essencialmente, essa forma maior de uma partilha rigorosa que é a exclusão social, mas reintegração espiritual¹⁴.

A hanseníase¹⁵ foi substituída inicialmente pelas doenças venéreas, mas não são elas que

⁸ Nesse sentido, destaque-se: “Szasz (1978), afirma que essas crenças sobrenaturais levaram a um movimento organizado, na Europa, de caça à bruxas, nos séculos XIII e XIV, que foi denominado de Santa Inquisição, tendo à frente a Igreja Católica e seus dogmas, com o objetivo de proteger a sociedade contra o ‘mal’: o perigo era a feiticeira/bruxa; e o protetor da sociedade, o inquisidor. Nessa época, os doentes mentais, devido aos seus comportamentos considerados ‘estranhos’, passaram a ser julgados feiticeiros que se comunicavam com os seres diabólicos e tornaram-se, por isso, vítimas de perseguição. Desse modo, as racionalizações teológicas e as explicações mágicas serviram como fundamento para a queima, na fogueira, de muitos, inclusive dos doentes mentais. Assim, a religião – com a ‘caça às bruxas’ – teve grande influência nas representações acerca dos portadores de deficiência e de doença mental, uma vez que esses conceitos demonológicos geravam não só representações, mas também atitudes negativas concretizadas em práticas de encarceramento, tortura, flagelação ou mesmo a morte dos portadores de doença mental. Mas tais atos não eram vistos como punição, eram vistos como ‘tratamento’, exorcismos, que visavam libertar o corpo e a alma do homem do mal que o tinha aprisionado”. (MACIEL, Silvana Carneiro. **Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica**. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal de Paraíba. João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: < http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1099>. Acesso em: 19 set. 2017).

⁹ GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999, p. 96.

¹⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia...** Op. cit., p. 96.

¹¹ GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia...** Op. cit., p. 98.

¹² FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 7.

¹³ No livro de Foucault consta como “leprosário”, mas atualmente o termo correto é hospital de dermatologia.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 10.

¹⁵ Conforme ensina Romeu Sasaki, atualmente no Brasil o termo correto para lepra; leproso; doente de lepra são: “hanseníase; pessoa com hanseníase; doente de hanseníase. Prefira o termo as pessoas com hanseníase ao termo os hansenianos. A lei federal n. 9.010, de 29/3/95, proíbe a utilização da palavra lepra e seus derivados, na linguagem empregada nos documentos oficiais. Alguns dos termos derivados e suas respectivas versões oficiais

assegurarão, no Renascimento, o papel que cabia à hanseníase no interior da cultura medieval. Esse novo papel caberá às pessoas com transtornos mentais. Nesse sentido, assevera Foucault:

Esse fenômeno é a loucura. Mas será necessário um longo momento de latência, quase dois séculos, para que esse novo espantalho, que sucede à lepra nos medos seculares, suscite como ela reações de divisão, de exclusão, de purificação que no entalho lhe são aparentadas de uma maneira bem evidente. Antes de a loucura ser dominada, por volta da metade do século XVII, antes que se ressuscitem, em seu favor, velhos ritos, ela tinha estado ligada, obstinadamente, a todas as experiências maiores da Renascença¹⁶.

As pessoas com transtornos mentais serão excluídas da sociedade europeia com a sua internação nos antigos hospitais de dermatologia que foram implantados no período das pestes. Não só isso. Eles serão excluídos por meio da “Nau dos Loucos”¹⁷. Eram barcos que levavam as pessoas com transtornos mentais de uma cidade para outra e assim eles tinham “uma existência facilmente errante”¹⁸. Havia um simbolismo nessa exclusão das pessoas com transtornos mentais por meio das naus:

Confiar o louco aos marinheiros é com certeza evitar que ele ficasse vagando indefinidamente entre os muros da cidade, é ter a certeza de que ele irá para longe, é torná-lo prisioneiro de sua própria partida. Mas a isso a água acrescenta a massa obscura de seus próprios valores: ela leva embora, mas faz mais que isso, ela purifica. Além do mais, a navegação entrega o homem à incerteza da sorte: nela, cada um é confiado a seu próprio destino; todo embarque é, potencialmente, o último. É para o outro mundo que parte o louco em sua barca louca; é do outro mundo que ele chega quando desembarca. Esta navegação do louco é simultaneamente a divisão rigorosa e a Passagem absoluta¹⁹.

O que se verificou até aqui é a total abstenção do Estado absolutista em relação às pessoas com deficiência. O surgimento do Cristianismo, por um lado, foi importante para esboçar os contornos iniciais, mesmo que timidamente, dos direitos humanos, mas, por outro lado, a Igreja Católica impondo o seu dogma perseguiu as pessoas com deficiência na Idade Média condenando-as à morte pela fogueira, o que demonstra a ambiguidade da religião no tocante aos direitos humanos. No final da Idade Média, as pessoas com transtornos mentais foram excluídas com internação nos antigos hospitais de dermatologia ou embarcadas na “Nau dos Loucos”. A abstenção do Estado em relação à inclusão das pessoas com deficiência no meio social também perdurará após a Revolução Francesa, durante o desenvolvimento do Estado liberal.

são: ‘leprologia (hansenologia), leprologista (hansenologista), leprosário ou leprocômio (hospital de dermatologia), lepra lepromatosa (hanseníase virchoviana), lepra tuberculóide (hanseníase tuberculóide), lepra dimorfa (hanseníase dimorfa), lepromina (antígeno de Mitsuda), lepra indeterminada (hanseníase indeterminada)’. A palavra hanseníase deve ser pronunciada com o h mudo (como em haras, haste, harpa). Consultar BRASIL (1995). Mas, pronuncia-se o nome Hansen (do médico e botânico norueguês Armauer Gerhard Hansen) com o h aspirado)” (SASSAKI, Romeu Kazumi. **Terminologia sobre deficiência na era da inclusão**. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCcQFjAA&url=http%3A%2F%2Fbauru.apaebrasil.org.br%2Farquivo.phtml%3Fa%3D9458&ei=uD9qVODPK4ejNtPngIgH&usg=AFQjCNHNxFoz2g96FY00zJNOF22yN5IWDA&bvm=bv.79142246,d.eXY>>. Acesso em: 19 set. 2017).

¹⁶ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 12.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 13.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 13.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 16.

3 A REVOLUÇÃO FRANCESA E O ESTADO LIBERAL

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (26-8-1789) foi fundamental para o surgimento do Constitucionalismo do século XVIII, em especial para se preconizar a limitação do poder estatal e para conferir direitos aos cidadãos. Nesse sentido, ressalte-se a importância do preceito contido no art. 16 da Declaração: “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”²⁰. Dessa forma, os Estados modernos passaram a se fundamentar em documentos solenes que assegurassem direitos fundamentais (direitos humanos) e a clássica separação dos poderes. No entanto, a revolução burguesa não se preocupava com a questão da proteção das pessoas com deficiência e, por essa razão, não havia previsão nas diversas constituições dos Estados.

Michel Foucault aponta que “no decorrer do século XVIII, alguma coisa mudou na loucura”²¹, pois ela estava emergindo novamente. O número de pessoas com transtornos mentais aumentou consideravelmente neste período e foram abertas “uma série de casas destinadas a receber exclusivamente os insensatos”²². Em Paris, por exemplo, foram abertas cerca de vinte casas particulares. Essa é uma inovação em relação ao século XVII, pois se antes as pessoas com transtornos mentais ficavam segregadas nas grandes casas de internação, encontram agora uma terra de asilo que é só delas, em razão da grande quantidade de casas abertas neste período. Isso pode explicar a multiplicação de pessoas com transtornos mentais na Europa.

Os novos hospitais que foram abertos não eram muito diferentes, em sua estrutura, daqueles que os tinham precedido no século passado. Assim, “as condições jurídicas do internamento não mudaram; e embora sejam especialmente destinados aos insensatos, os hospitais novos não dão um lugar melhor à medicina”²³. Há agora, no século XVIII, uma nova exclusão das pessoas com transtornos mentais semelhante ao que ocorria com a “Nau dos Loucos” no final da Idade Média, conforme explica Michel Foucault:

Portanto, o essencial do movimento que se desenvolve na segunda metade do século XVIII não é a reforma das instituições ou a renovação de seu espírito, mas esse resvalar espontâneo que determina e isola asilos especialmente destinados aos loucos. A loucura não rompe o círculo do internamento, mas se desloca e começa a tomar suas distâncias. Dir-se-ia uma nova exclusão no interior da antiga, como se tivesse sido necessário esse novo exílio para que a loucura enfim encontrasse sua morada e pudesse ficar em pé sozinha. A loucura encontrou uma pátria que lhe é própria: deslocação pouco perceptível, tanto o novo internamento permanece fiel ao estilo antigo, mas que indica que alguma coisa de essencial está acontecendo, algo que isola a loucura e começa a torná-la autônoma em relação ao destino com o qual ela estava confusamente misturada²⁴.

²⁰ VOVILLE, Michel. **A revolução francesa, 1789-1799**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo: Unesp, 2012, p. 72.

²¹ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 417.

²² FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 420.

²³ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 422.

²⁴ FOUCAULT, Michel. **História...** Op. cit., p. 423.

Dessa forma, o século XVIII é marcado pelo medo da “loucura” o que arrasta as pessoas com transtornos mentais ao isolamento, o que reforça a exclusão das pessoas com deficiência intelectual do convívio social.

Robert Castel aponta que no período da Revolução Francesa havia alguns milhares de pessoas com transtornos mentais. Em 1834 eram apenas dez mil. Eram bem pouco em comparação aos dez milhões de indigentes, trezentos mil mendigos, mais ou menos cem mil vagabundos, cento e trinta mil menores abandonados etc.²⁵ A maioria desses “problemas sociais” agudos permanecerão sem solução legal até as primeiras “leis sociais” da Terceira República²⁶. A primeira grande medida legislativa que prevê um direito à assistência e à atenção para uma categoria de indigentes ou de doentes é a lei sobre os alienados de 30 de junho de 1838²⁷. Essa lei instaura “um dispositivo completo de ajuda com a invenção de um novo espaço, o asilo, a criação de um primeiro corpo de médicos-funcionários, a constituição de um ‘saber especial’, etc.”²⁸

A chamada primeira dimensão dos direitos humanos estará mais preocupada com a liberdade do que com os outros direitos correlatos, como, por exemplo, a inclusão social das minorias ou dos vulneráveis. Predominará a abstenção do Estado porque a teoria liberal dominará o pensamento filosófico, político, jurídico e social dessa dimensão dos direitos humanos, principalmente com o fundamento da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832), sendo que esse pensamento prevaleceu largamente após a Revolução Francesa²⁹. A filosofia utilitarista de Bentham influenciou todo o mundo civilizado e ele se fundamentava, entre outros, nas ideias de Cesare Beccaria (1738-1794) com a fórmula: a maior felicidade do maior número³⁰.

Em oposição ao jusnaturalismo, Bentham pregava o princípio da utilidade, no qual o bom legislador deveria pautar-se em um único critério: a elaboração de leis que busquem a maior felicidade do maior número ou maior benefício para o maior número. Significa que devem existir limites ao poder dos governantes, sendo que esses limites “não derivam da pressuposição extravagante de inexistentes e de modo algum demonstráveis direitos naturais do homem, mas da consideração objetiva de que os homens desejam o prazer e rejeitam a dor, e em consequência a melhor sociedade é a que consegue obter o máximo de felicidade para o maior número de seus componentes”³¹. A partir desse pensamento de Bentham o utilitarismo e o liberalismo passam a caminhar juntos, sendo que “a

²⁵ CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978. p. 16.

²⁶ CASTEL, Robert. **A ordem...** Op. cit., p. 16.

²⁷ CASTEL, Robert. **A ordem...** Op. cit., p. 16.

²⁸ CASTEL, Robert. **A ordem...** Op. cit., p. 16.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 62-63.

³⁰ Nesse sentido: “O pensamento de Bentham teve uma enorme influência em todo o mundo civilizado: na Europa, na América, até na Índia, mas não propriamente na Inglaterra. Na realidade, o destino histórico-cultural desse autor é menos paradoxal do que possa parecer. Se não foi seguido na Inglaterra, isto foi devido ao fato de que algumas influências que sofreu não eram inglesas, mas sim continentais, principalmente francesas. Seu pensamento, realmente, se insere na corrente do iluminismo. Sofreu, entre outras, a influência de um pensador italiano, Beccaria, como demonstra não só sua idéia da soberania da lei e da subordinação a ela por parte do juiz (foi precisamente teorizada por Beccaria, cf. § 9) como também o próprio postulado fundamental de seu utilitarismo, que ele exprime com a fórmula; a maior felicidade do maior número, fórmula que repete quase literalmente a de Beccaria: a maior felicidade dividida no maior número” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 91-92).

³¹ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo...** Op. cit., p. 63.

filosofia utilitarista torna-se a maior aliada teórica do Estado liberal”³². Com efeito, a teoria utilitarista prega que a comunidade torna-se melhor se, na média, os seus membros são mais felizes ou têm a maioria de suas prioridades satisfeitas³³. A política do *laissez-faire*, *laissez-passer* é a que melhor atende a regra da maior felicidade do maior número ou do maior benefício para o maior número. O capitalista tinha liberdade para seguir seu próprio interesse, sem intervenção do Estado. Assim, estava claro para a teoria liberal que nem todos poderiam prosperar; alguns precisariam sucumbir à margem para que o maior número fosse beneficiado, sendo que “o sofrimento e a privação eram inevitáveis, mesmo nesse melhor dos mundos possíveis”³⁴.

Em síntese, o fim do Estado segundo a teoria liberal é a liberdade individual. Nesse sentido, o Estado “é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual”³⁵. Trata-se da clássica liberdade negativa³⁶, onde nenhuma sociedade na qual as liberdades não estejam plenamente garantidas pode ser considerada livre. No liberalismo cada um deve perseguir o seu próprio bem à sua maneira até o ponto em que não prive os demais membros de também buscarem a sua felicidade. Portanto, “cada um é o guardião adequado da sua própria saúde, seja corporal, *ou* mental e espiritual”³⁷. Nestas condições, a primeira dimensão dos direitos fundamentais não se preocupará muito com a inclusão social das minorias, em razão da abstenção do Estado.

4 A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E O NASCIMENTO DO ESTADO SOCIAL

O Estado europeu sofreu grandes modificações, desde o século XVI até os dias atuais, influenciando e transformando o mundo. Sofreu o influxo das condições espirituais, socioeconômicas e internacionais³⁸. As condições espirituais consistem no Renascimento, na Reforma e na Contrarreforma; do humanismo ao racionalismo e do racionalismo ao romantismo entre outros movimentos. As condições socioeconômicas correspondem “a decadência da nobreza e da aristocracia rural e a ascensão da burguesia até chegar, no século XIX, a praticamente monopolizar a vida política; o desenvolvimento do capitalismo sob várias formas econômicas e jurídicas; a revolução industrial, o aparecimento da classe operária, o sindicalismo e a amplitude dos conflitos sociais”³⁹. Nas condições internacionais destacam-se os descobrimentos marítimos e a expansão colonial, de um lado, e o sistema de Estados, por outro⁴⁰.

³² Id. Ibid., p. 64.

³³ Nesse sentido: “One prominent theory (or rather group of theories) is utilitarianism in its familiar forms, which suppose that the community is better off if its members are on average happier or have more of their preferences satisfied” (DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: **Theories of rights**. Edited by Jeremy Waldron. New York: Oxford University, 1984. p. 153).

³⁴ GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia...** Op. cit., p. 121-122.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1995, p. 132.

³⁶ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 180.

³⁷ STUART MILL, John; BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill. Liberdade e representação. In: WEFORT, Francisco C. (Org.). **Os clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Toqueville, Stuart Mill, Marx. São Paulo: Ática, 1998. v. 2, p. 208-209.

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 39.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Teoria...** Op. cit., p. 39.

⁴⁰ Sobre sistema de Estados destaca-se: “O sistema de Estados vive num processo dialético de solidariedade e antagonismo, de isolamento e associação, de neutralidade e coligação, de luta pela hegemonia e de equilíbrio, e o seu modelo acaba por ser transposto, após a guerra de 1939-1945, para o plano mundial” (MIRANDA, Jorge. **Teoria...** Op. cit., p. 40).

O final do século XVIII observará uma onda de industrialização que começará na Grã-Bretanha e se expandirá em toda Europa e na América do Norte. O ocidente passará de uma sociedade rural para uma sociedade urbana, estabelecendo-se os fundamentos do capitalismo moderno⁴¹. Com recursos naturais em abundância a indústria, principalmente a têxtil, acelera o seu crescimento e uma massa de trabalhadores urbanos, com homens, mulheres e até mesmo crianças, começa a surgir laborando em condições precárias, com muitas horas de trabalho e salários ínfimos. Para a expansão do capitalismo há a necessidade da “existência de um excedente populacional que ele possa alugar a preço baixo no mercado de trabalho”⁴².

Surgem as chamadas “classes perigosas” que se originam do excedente populacional, “temporariamente excluído e ainda não reintegrado, a que o progresso econômico em processo de aceleração privava de uma ‘função útil’, enquanto a progressiva pulverização das redes de vínculos os destituía de proteção”⁴³. Essas novas “classes perigosas” são tidas como inadequadas para a reintegração e declaradas inassimiláveis, pois não é possível conceber-lhes uma função útil na sociedade. Elas não são só excessivas, mas são também redundantes. São excluídas permanentemente. “Em vez de ser percebida como o resultado de um surto momentâneo e remediável de má sorte, a exclusão de hoje transpira um ar de finalidade. Cada vez mais, a exclusão atual tende a ser uma via de mão única”⁴⁴. Essa era a realidade das pessoas sem deficiência que engrossavam as fileiras do desemprego. Elas estavam fadadas a serem redundantes e inúteis na sociedade industrial.

Com a Revolução Industrial haverá a massificação da produção. Se antes os produtos eram fabricados à mão e em pequena escala, agora a produção é em série e em grande escala, necessitando-se também de mão de obra barata, principalmente as pessoas que vinham do meio rural, consideradas agora redundantes, inúteis e descartáveis. No mesmo período surge a questão social que nada mais é do que a *existência da pobreza*, conforme pondera Hannah Arendt:

A realidade que corresponde a esse conjunto moderno de imagens é aquilo que, a partir do século XVIII, viemos a chamar de questão social e que seria mais simples e melhor chamar de existência da pobreza. A pobreza é mais do que privação, é um estado de carência constante e miséria aguda cuja ignomínia consiste em sua força desumanizadora; a pobreza é sórdida porque coloca os homens sob o ditame absoluto de seus corpos, isto é, sob o ditame absoluto da necessidade que todos os homens conhecem pela mais íntima experiência e fora de qualquer especulação⁴⁵.

⁴¹ PARKER, Philip. **Guia ilustrado Zahar: história mundial**. Tradução Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 288.

⁴² WEBER, Max. **A ética protestante e o ‘espírito’ do capitalismo**. Tradução José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 54.

⁴³ BAUMAN, Zygmunt. **Europa**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006. p. 101-102.

⁴⁴ Zygmunt Bauman completa o seu raciocínio dizendo: “Em vez de uma condição de ‘des-emprego’ (termo que implica um afastamento da norma, uma aflição temporária que pode e deve ser curada), não ter um emprego é cada vez mais percebido como um estado de ‘redundância’ – ser rejeitado, rotulado como supérfluo, inútil, não empregável e destinado a permanecer ‘economicamente inativo’. Não ter um emprego implica ser descartável, talvez até já ter sido excluído para sempre – destinado ao lixo do ‘progresso econômico’, aquela mudança que no final se resume em fazer o mesmo trabalho e atingir os mesmos resultados econômicos, porém com uma força de trabalho reduzida e com menor ‘custo de mão-de-obra’ do que antes” (BAUMAN, Zygmunt. **Europa...** Op. cit., p. 102).

⁴⁵ ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 93.

Michel Foucault aponta que “a burguesia se tornou a classe dominante a partir do final do século XVI e início do século XVII”⁴⁶, sendo que na era industrial torna-se obrigatória a internação dos loucos porque eles eram inúteis na produção capitalista⁴⁷. A partir dos séculos XVII e XVIII o corpo humano se tornou essencialmente a força produtiva do capitalismo industrial e as pessoas com deficiência eram consideradas inúteis neste sistema perverso e, por essa razão, eram banidas, excluídas ou reprimidas⁴⁸. Não havia preocupação com a inclusão social das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pois os homens, mulheres e crianças que não possuíam nenhuma deficiência já eram explorados no mercado de trabalho capitalista recebendo baixos salários e fazendo longas jornadas. Assim, não há por parte da burguesia nenhuma intenção de contratar pessoas com deficiência conferindo-lhes melhores condições de trabalho em relação aos demais empregados. Não há também por parte do Estado nenhuma forma de inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho, pois a sociedade vivia sobre o manto do liberalismo. A inclusão das pessoas com deficiência só começará a se delinear com o desenvolvimento e o aperfeiçoamento do Estado social.

5 A CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR DE 1919 E O NASCIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo dos direitos sociais surgiu inicialmente com a Constituição do México em 1917 e, posteriormente, com a Constituição de Weimar em 1919. A Revolução Industrial inspirou o surgimento de grupos para organizarem os trabalhadores com a finalidade de melhorar as suas condições de trabalho contra os abusos que eram cometidos pelos patrões com jornadas intermináveis, praticamente sem descanso, salários ínfimos, exploração do trabalho infantil entre outras violações aos direitos humanos. Dessa luta nasce o socialismo que defendia a divisão da riqueza com as pessoas que a produziam. Essa ideia marxista ganhou abrigo na Rússia⁴⁹ que culminou com a Revolução Russa de 1917 passando a motivar a classe trabalhadora ao redor do mundo. Grande parte da doutrina socialista influenciou no advento das Constituições sociais, em especial as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Pode-se afirmar que é a fase inicial do *Estado providência*.

Na realidade não houve uma mudança radical entre o Estado liberal e o Estado providência. Havia nas constituições liberais previsão de direitos sociais, mas estes eram pontuais. O surgimento das Constituições sociais não eliminou o seu conteúdo liberal, pelo contrário, houve uma complementação ou um somatório dos direitos de liberdade (a proteção do indivíduo contra o Estado) com os direitos

⁴⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012. p. 285.

⁴⁷ FOUCAULT, Michel. **Microfísica...** Op. cit., p. 286.

⁴⁸ Nesse sentido, Foucault salienta que: “o corpo humano se tornou essencialmente força produtiva, a partir dos séculos XVII e XVIII, todas as formas de desgastes irreduzíveis à constituição das forças produtivas – manifestando, portanto, a própria inutilidade – foram banidas, excluídas e reprimidas” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica...** Op. cit., p. 286).

⁴⁹ Segundo Galbraith: “O marxismo teve êxito nas comunidades em grande parte ou totalmente pré-industriais da Rússia e da China, onde foi ajudado pelo colapso do Estado pré-industrial ocasionado por guerras e conflitos internos. Em ambos os casos, a organização e o condicionamento social marxista ocuparam um vácuo de poder – um contexto em que personalidade, a propriedade e a organização se haviam dissolvido como fontes de poder, assim como os instrumentos condignos, compensatórios e condicionados para sua imposição se haviam tornado parcial ou totalmente nugatórios, vãos” (GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia...** Op. cit., p. 128).

sociais (exercício do direito pela atuação do Estado)⁵⁰.

Com o término da Primeira Guerra Mundial a situação da Alemanha era gravíssima em todos os pontos de vista, ou seja, “as instituições políticas estavam destruídas, a situação social extremamente agravada, as forças da ordem desmoralizadas”⁵¹. Nessas condições, começaram a ocorrer na Alemanha vários levantes decorrentes da crise social interna e também da recente revolução experimentada pela Rússia em 1917. A esquerda radical lutou para tomar o poder à moda bolchevique⁵², mas um governo provisório foi formado o qual convocou um congresso de representantes das diferentes províncias integrantes do *Reich* e este deliberou, por ampla maioria, convocar uma assembleia constituinte⁵³.

Não havia ambiente favorável para que a Assembleia Constituinte se reunisse em Berlim, a capital, em razão dos vários levantes e embates ocorridos naquela região. Dessa forma, ela reuniu-se em Weimar, “de passado intelectual, em que se cultivava (e ainda se cultiva) a figura de Goethe”⁵⁴.

A importância histórica da Constituição de Weimar de 1919 foi a introdução do Livro II que tratava dos “Direitos e Deveres Fundamentais do Cidadão Alemão”, possuindo os seguintes capítulos: Capítulo I (A pessoa individual); Capítulo II (A vida social); Capítulo III (Religião e agrupamentos religiosos); Capítulo IV (Educação e escola) e Capítulo V (A vida econômica). Essa sistematização na constituição alemã foi importante para o surgimento das Constituições sociais que se seguiram, influenciando inclusive a Constituição brasileira de 1934⁵⁵.

6 O DECLÍNIO DO ESTADO LIBERAL ENTRE AS DUAS GUERRAS MUNDIAIS

O período entre as duas guerras mundiais marcou o colapso dos valores e instituições liberais⁵⁶. Entre os valores liberais havia a desconfiança da ditadura e de governos absolutos, além disso, havia o compromisso com governo constitucional e assembleias livremente eleitas para a garantia do domínio da lei e um conjunto de direitos garantidos que consistiam na liberdade individual.

Houve um declínio do liberalismo entre as duas guerras mundiais tanto na Europa quanto na América Latina⁵⁷. O capitalismo e a democracia liberal só retornaram ao mundo fortalecidos após 1945 quando a burguesia passou a apelar para a força e a coerção, assim como faziam os fascistas⁵⁸.

⁵⁰ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 48.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos...** Op. cit., p. 48.

⁵³ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição...** Op. cit.

⁵⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos...** Op. cit., p. 48.

⁵⁵ Nesse sentido: “A ordem social, como a ordem econômica, adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar, o que continuou nas constituições posteriores” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direitos constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 285).

⁵⁶ O declínio do Estado liberal entre as duas guerras mundiais é muito bem explicado na obra: HOBBSBAWN, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991**. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 113-143.

⁵⁷ A Europa era modelo para a América Latina e o fascismo parecia ser a história de sucesso daquela época, tanto é que vários países adotaram sistemas totalitários nesse período, inclusive o Brasil com o golpe de Estado que Getúlio Vargas deu no Brasil em 1937.

⁵⁸ HOBBSBAWN, Eric. **Era...** Op. cit., p. 139.

Por outro lado, verifica-se que “o sistema democrático não funciona se não há um consenso básico entre a maioria dos cidadãos sobre a aceitabilidade de seu Estado e sistema social, ou pelo menos uma disposição de negociar acordos consensuais”⁵⁹.

A República de Weimar caiu porque a Grande Depressão inviabilizou manter o acordo tácito que existia entre Estado, patrões e trabalhadores organizados. Não houve alternativa, a não ser a imposição de cortes econômicos e sociais, sendo que desemprego em massa fez o resto.

A estabilidade dos regimes democráticos após a Segunda Guerra Mundial fundamentou-se nos milagres econômicos das décadas seguintes, o que também atingiu a nova República Federal da Alemanha, “onde os governos têm o bastante para distribuir e satisfazer a todos que reclamam, e o padrão de vida da maioria dos cidadãos cresce de qualquer modo, a temperatura da política democrática raramente chega ao ponto de ebulição”⁶⁰. Nessas condições favoráveis prevalecia o acordo e o consenso, com as negociações periódicas de salários e vantagens com os sindicatos. Dessa forma, os direitos sociais começaram a se consolidar após a Segunda Guerra Mundial.

7 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O EXTERMÍNIO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL

Em 1º de setembro de 1939 eclodiu a Segunda Guerra Mundial, sendo que foi só partir daí que “o regime nazista tornou-se abertamente totalitário e abertamente criminoso”⁶¹. Em sua obra *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, Hannah Arendt descreve os horrores praticados pelos nazistas na guerra, como a construção de câmaras de monóxido de carbono ou caminhões de gás para o extermínio de centenas de milhares de pessoas; trabalhos forçados nos guetos; execução de pessoas por fuzilamento, entre outras várias atrocidades cometidas pelo regime totalitário⁶².

A história mostra que a primeira câmara de gás foi construída em 1939 para cumprir um decreto de Hitler que dizia que “pessoas incuráveis devem receber uma morte misericordiosa”, sendo que esse decreto foi executado imediatamente em relação às pessoas com deficiência intelectual e, entre dezembro de 1939 e agosto de 1941, há relatos de que aproximadamente 50 mil alemães foram exterminados com monóxido de carbono, em segredo disfarçado de salas de duchas e banhos⁶³. Além disso, a partir de janeiro de 1942, os feridos e mutilados de guerra também passaram a ser executados em segredo pelos nazistas⁶⁴. Aqui repete-se o que ocorreu na Antiguidade e na Idade Média, ou seja, houve novamente a eliminação – agora na forma de extermínio – das pessoas com deficiência pelos nazistas.

Todas as pessoas que não mereciam viver deveriam ser exterminadas pelo regime nazista, eram homossexuais, doentes e pessoas com deficiência intelectual. Eram pessoas, segundo a visão nazista, que não agregavam nada à sociedade. Dessa forma, “o que todas essas categorias tinham em comum era o desajuste em relação à nova e melhorada ordem planejada para substituir as então confusas

⁵⁹ HOBSBAWN, Eric. *Era...* Op. cit., p. 139.

⁶⁰ HOBSBAWN, Eric. *Era...* Op. cit., p. 140.

⁶¹ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 82.

⁶² ARENDT, Hannah. *Eichmann...* Op. cit., p. 98-127.

⁶³ ARENDT, Hannah. *Eichmann...* Op. cit., p. 124.

⁶⁴ ARENDT, Hannah. *Eichmann...* Op. cit., p. 126.

realidades – a ordem social purificada de todas as indesejáveis misturas, máculas e imperfeições que os governantes soberanos tiveram a intenção de construir”⁶⁵.

Eles queriam criar uma sociedade perfeita separando os “aptos” dos “inaptos”. Em uma sociedade com essa visão não havia lugar para as pessoas com deficiência que foram deixadas de lado ou exterminadas, como era o caso de pessoas com deficiência intelectual.

O término do conflito mundial em 1945 reacendeu a discussão sobre as soluções de preservação da dignidade humana, em especial por causa das atrocidades cometidas pelos nazistas contra o povo judeu, os opositores e os “inaptos”. Os Estados que saíram dos regimes totalitários passaram a proteger as declarações liberais nas suas constituições de forma mais eficaz e criaram mecanismos jurídicos de prevenção e repressão contra os atos que as desrespeitassem⁶⁶.

Por outro lado, surgiram novos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁷. Este foi um fenômeno do pós-guerra em face das inúmeras violações aos direitos humanos perpetrados na era Hitler, o que culminou com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945⁶⁸. A partir de então surgiram vários instrumentos internacionais de proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional com a finalidade de preservação da dignidade humana. Esses instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos foram incorporados por muitas constituições mundo afora como proteção dos direitos fundamentais.

8 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS ESTADOS NACIONAIS CONTEMPORÂNEOS E OS AVANÇOS NA QUESTÃO DA INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O fortalecimento da Constituição do Estado logo após a Segunda Guerra Mundial possibilitou o desenvolvimento dos direitos sociais com textos analíticos, ou seja, constituições detalhistas ao extremo. Os direitos sociais e econômicos transformaram-se em programa normativo do Estado e da sociedade contidos na lei fundamental⁶⁹, sendo que essas constituições chamadas dirigentes sofreram censuras da doutrina por obedecerem a um pensamento utópico, impossíveis de serem realizadas, carecidas de realismo, de exequibilidade e de experimentabilidade⁷⁰.

Os direitos sociais inicialmente surgiram para proteger os trabalhadores contra a exploração que sofriam com longas e extenuantes jornadas de trabalho, sem direito a descanso; a exploração do trabalho infantil; trabalhos perigosos e insalubres sem nenhuma espécie de proteção; entre outros abusos. No entanto, outras preocupações sociais surgiram com o passar do tempo, as quais começaram a ser incorporadas nas constituições, tais como a proteção das crianças e dos adolescentes, dos idosos e das pessoas com deficiência, o direito à saúde, previdência, educação cultura, desporto etc.

A Segunda Guerra Mundial deixou milhões de mutilados entre civis e militares. Os soldados mutilados eram recebidos como heróis, principalmente nos Estados Unidos. Além das pessoas que eram

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 89.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 180.

⁶⁷ GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 96.

⁶⁸ GUERRA, Sidney. *Direitos...* Op. cit., p. 96.

⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 166.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição...* Op. cit., p. 453.

mutiladas em minas ou por outros meios, o fim da guerra deixou um número considerável de pessoas com problemas psicológicos. Essa foi a herança deixada pela guerra, o que gerou novos problemas sociais.

No entanto, o término da guerra trouxe também um novo alento no campo dos direitos humanos. Se as declarações anteriores – a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa – estavam voltadas na esfera nacional, agora com o término da Segunda Guerra Mundial o problema de proteção dos direitos humanos passou a ser internacional. Segundo Norberto Bobbio o mundo moderno passou para a era dos direitos⁷¹. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 foi um marco para a internacionalização dos direitos humanos. Ela passou a representar a vontade dos povos em manter a paz e preservar a dignidade de todas as pessoas⁷².

Em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada pela Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos que passou a ser “modelo de um ideal comum a toda a humanidade”⁷³. A Declaração francesa dos direitos do homem e a Declaração de independência americana foram importantes como marcos na luta da humanidade pela liberdade e dignidade humana. Já a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU foi o “primeiro instrumento global de direitos humanos a ser proclamada por uma organização internacional universal”⁷⁴.

Os direitos sociais também passam a ser objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, conforme aponta a doutrina: “The Universal Declaration proclaims two broad categories of rights: civil and political rights, on the one hand, and economic, social and cultural rights on the other”⁷⁵.

O catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais proclamados na Declaração Universal inicia-se com os preceitos expressos no art. 22, mas não há nenhuma referência expressa à proteção das pessoas com deficiência. Apesar de a guerra ter deixado milhões de mutilados e outras milhares de pessoas com problemas psicológicos não houve uma atenção maior direcionada para a inclusão das pessoas com deficiência nos documentos internacionais. Para dizer que não há *nenhuma* referência às pessoas com deficiência, a declaração de 1948 fez menção, *en passant*, à *invalidéz* e de forma bem genérica, conforme disposto no art. XXV, item 1, *verbis*:

Artigo XXV – 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, *invalidéz*, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle⁷⁶.

⁷¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 49.

⁷² A doutrina pondera: “Como visto, a Organização das Nações Unidas se estabeleceu com a finalidade de preservar as futuras gerações do ‘flagelo da guerra’ e tem sua atuação voltada para a manutenção da paz e da segurança internacional, bem como para a valorização e a proteção da pessoa humana. Assim, os direitos humanos ganharam uma Comissão que funcionava no âmbito do Conselho Econômico e Social: a Comissão de Direitos Humanos da ONU” (GUERRA, Sidney. **Direitos...** Op. cit., p. 116).

⁷³ IKEDA, Daisaku; ATHAYDE, Austregésilo de. **Diálogo: direitos humanos no século XXI**. Tradução Masato Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 79.

⁷⁴ Tradução livre do autor do seguinte texto: “The Universal Declaration is the first comprehensive human rights instrument to be proclaimed by a universal international organization” (BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1988. p. 25).

⁷⁵ Tradução livre do autor: “A Declaração Universal proclama duas grandes categorias de direitos: direitos civis e políticos, por um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, por outro” (BUERGENTHAL, Thomas. **International...** Op. cit., p. 26).

⁷⁶ SÃO PAULO (Estado). **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. p. 63. O grifo não está no original.

O fato é que inicialmente houve uma preocupação internacional apenas com a proteção genérica dos direitos humanos que foram se convertendo em direito positivo no âmbito dos Estados, mormente em razão dos horrores praticados na guerra. Assim, em 9 de dezembro de 1948, foi aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução n. 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Convenção para a Preservação e a Repressão do Crime de Genocídio. Nesse instrumento internacional há um conceito de genocídio previsto no artigo II, nos seguintes termos:

Artigo II – Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- a) assassinato de membro do grupo;
- b) dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- d) medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) transferência forçada de menores do grupo para outro grupo⁷⁷.

Essa norma de direito internacional procurou combater os danos graves à integridade física ou mental de membros do grupo e a submissão intencional do grupo que acarrete a destruição física total ou parcial, caracterizando esses atos como genocídio. Há uma nítida preocupação em preservar a saúde física e mental de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, em razão das atrocidades ocorrida durante a Segunda Guerra Mundial.

Outro tratado internacional genérico foi o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Não há nesse documento internacional norma expressa em relação à proteção das pessoas com deficiência, mas o art. 12, *caput*, estabelece que “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”⁷⁸. Verifica-se que essa norma não trata de inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, há uma previsão tímida no sentido de que todas as pessoas integrantes do Estado aderente possam desfrutar do mais elevado nível de saúde física e mental.

A partir, principalmente, do final da década de 1950, manifestou-se uma nova linha de tendência denominada por Norberto Bobbio de *especificação* que consistiu na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, da *generalização* para “uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos”⁷⁹. A proteção dos direitos humanos no período inicial de generalização estava voltada em relação ao abstrato sujeito “homem” e agora no período de especificação a pergunta que se faz é: Que homem? O sempre festejado jurista Norberto Bobbio assevera que:

Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. Com relação ao gênero, foram cada vez mais reconhecidas as diferenças

⁷⁷ SÃO PAULO (Estado). **Instrumentos** ... Op. cit., p. 117. Os grifos não estão no original.

⁷⁸ SÃO PAULO (Estado). **Instrumentos**... Op. cit., p. 174. Os grifos não estão no original.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **A era...** Op. cit., p. 62.

específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida, forma-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto, por outro. Com relação aos estados normais e excepcionais, fez-se valer a exigência de reconhecer direitos especiais aos doentes, aos deficientes, aos doentes mentais, etc.⁸⁰.

Essa inovação nos documentos internacionais foi importante para o desenvolvimento da ideia de inclusão social das pessoas com deficiência. É certo que a inclusão deu-se em passos lentos e continua se aperfeiçoando no século XXI.

Pode-se dizer que o primeiro instrumento internacional que tratou, ainda que acanhadamente, da inclusão das pessoas com deficiência foi a Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil em 1990, onde se estabelece no princípio 5 que “à crianças incapacitadas física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar”⁸¹. Tal declaração específica voltada para os direitos da criança tem a intenção de promover a proteção das crianças com deficiência em relação à sua saúde e educação.

Em 22 de dezembro de 1971 foi aprovada, pela resolução n. A/8429 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração de Direitos do Deficiente Mental que foi o primeiro documento internacional *específico* voltado à inclusão das pessoas com deficiência. No entanto, essa declaração não foi voltada às pessoas com deficiência em geral, mas específica para aquelas que possuem deficiência intelectual. Apesar disso, foi um avanço razoável em termos de inclusão das pessoas com deficiência. Disposto em apenas 7 itens, a declaração proclama que:

1. O deficiente mental deve gozar, na medida do possível, dos mesmos direitos que todos os outros seres humanos.
2. O deficiente mental tem direito aos cuidados médicos e aos tratamentos físicos apropriados, assim como à instrução, à formação, à readaptação e aos conselhos que o ajudem a desenvolver ao máximo as suas capacidades e aptidões.
3. O deficiente mental tem direito à segurança econômica e um nível de vida decente. Tem ainda o direito, na medida das suas próprias possibilidades, de efetuar um trabalho produtivo ou de exercer qualquer ocupação útil.
4. Quando tal for possível, o deficiente mental deve viver no seio de sua família, ou numa instituição que a substitua, e deve poder participar em diversos tipos de vida comunitária. A instituição onde viver deverá beneficiar de processo normal e legal que tenha em consideração o seu grau de responsabilidade em relação às suas faculdades mentais.
5. O deficiente mental deve poder beneficiar duma proteção tutelar especializada quando a proteção da sua pessoa e bens o exigir.
6. O deficiente mental deve ser protegido contra qualquer exploração, abuso ou tratamento degradante. Quando sujeito a ação judicial, deverá beneficiar de processo

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **A era...** Op. cit., p. 62-63.

⁸¹ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP: BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Declaração dos direitos da criança – 1959. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>> Acesso em: 20 set. 2017.

normal e legal que tenha em consideração o seu grau de responsabilidade em relação às suas faculdades mentais.

7. Se, em virtude da gravidade da sua deficiência, certos deficientes mentais não puderem gozar livremente os seus direitos, ou se impuser uma limitação ou até a supressão desses mesmos direitos, o processo legal utilizado para essa limitação ou supressão deverá preservá-los legalmente contra toda e qualquer forma de abuso. Esse processo deverá basear-se numa avaliação das suas capacidades sociais feita por peritos qualificados, Essa limitação ou supressão de direitos deverá compreender o direito de recurso a instâncias superiores⁸².

A inclusão das pessoas com deficiência intelectual refere-se principalmente à educação, à sua participação em diversos tipos de vida comunitária e à de efetuar um trabalho produtivo ou de exercer qualquer ocupação útil, na medida das suas próprias possibilidades. Em comparação com os tratados internacionais anteriores houve algum avanço na questão da inclusão das pessoas com deficiência.

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental foi importante instrumento internacional que se preocupou com a inclusão. Entretanto, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1975, dará um salto maior para a inclusão das pessoas com deficiência no geral e não só em relação às pessoas com deficiência intelectual. O item 1 da declaração considera o termo “pessoas deficientes” como “qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”⁸³. Os direitos garantidos pela declaração são destinados a todas as pessoas deficientes sem nenhuma exceção e sem nenhuma distinção ou discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas ou outras, origem social ou nacional, estado de saúde, nascimento ou qualquer outra situação que diga respeito ao próprio deficiente ou a sua família (item 2 da declaração). Assim, a questão da inclusão foi tratada de forma abrangente, sendo uma importante evolução promovida no âmbito do direito internacional.

Em 1981 a Organização das Nações Unidas proclamou como sendo o Ano Internacional das Pessoas Deficientes com o objetivo de chamar a atenção do mundo para a criação de planos de ação com a finalidade de conferir igualdade de oportunidades, reabilitação e prevenção de deficiências. O lema desse ano foi “Participação plena e igualdade”, o que já demonstrou a preocupação internacional com a inclusão das pessoas com deficiência, o que culminou com a aprovação, pela Assembleia Geral das Nações Unidas em seu trigésimo sétimo período de sessões, pela Resolução 37/52, em 3 de dezembro de 1982, do Programa de Ação Mundial para as pessoas com deficiência. O dia 3 de dezembro de todos os anos passou a ser comemorado como o Dia Internacional das Pessoas com Deficiência.

Outro documento internacional de relevância para a inclusão das pessoas com deficiência, mas no âmbito do direito do trabalho, é a Convenção n. 159/83, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes, incorporada ao direito

⁸² UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP: BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Declaração de direitos do deficiente mental – 1971*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%Aancia/declaracao-de-direitos-do-deficiente-mental.html>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁸³ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIENTES. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

brasileiro pelo Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991⁸⁴. A referida convenção prevê que cada Estado parte formule e aplique uma Política Nacional sobre Reabilitação profissional e emprego de pessoas com deficiência. Nos termos do art. 3 do Decreto n. 129/1991, “essa política deverá ter por finalidade assegurar que existam medidas adequadas de reabilitação profissional ao alcance de todas as categorias de pessoas deficientes e promover oportunidades de emprego para as pessoas deficientes no mercado regular de trabalho”. Com a finalidade de que haja inclusão das pessoas com deficiência, a convenção estabelece também que “essa política deverá ter como base o princípio de igualdade de oportunidades entre os trabalhadores deficientes e dos trabalhadores em geral” (art. 4), devendo respeitar-se a igualdade de oportunidades e de tratamento para os trabalhadores deficientes. Houve um considerável progresso normativo em relação à inclusão das pessoas com deficiência no âmbito do direito ao trabalho.

No âmbito regional destaca-se a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência, adotada pela OEA em 1999 e incorporada pelo Brasil por meio do Decreto n. 3.956, de 8 de outubro de 2001. Esta convenção tem por objetivo prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas com deficiência e propiciar a sua inclusão social.

Finalmente, no âmbito global a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adotada pela Organização das Nações Unidas em 2007 e incorporada no direito interno por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, que promulgou aquela ratificação, seguido pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, que o sancionou, é o mais recente documento internacional que promoveu importantes progressos na questão da inclusão das pessoas com deficiência.

Na esteira do direito internacional, os Estados nacionais contemporâneos também avançaram na questão da inclusão social das pessoas com deficiência, passando a prever em suas constituições a proteção das pessoas com deficiência. As *constituições analíticas*, que são detalhistas, começaram a se preocupar com questões sociais relevantes em seus Estados. Assim, muitas das constituições incluíram em seu texto a previsão de direitos às pessoas com deficiência.

Uma das primeiras constituições analíticas que positivou o direito das pessoas com deficiência foi a Constituição da República Portuguesa de 1976. Ela estabelece no art. 71º, dentro do capítulo dos direitos e deveres sociais, o seguinte:

1. Os cidadãos física ou mentalmente deficientes gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.
2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos deficientes, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efectiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.
3. O Estado apoia as associações de deficientes⁸⁵.

⁸⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA: CASA CIVIL: SUBCHEFIA PARA ASSUNTOS JURÍDICOS. *Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129.htm>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁸⁵ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA. Org. J. J. Gomes Canotilho; Vital Moreira. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 41.

Nota-se que a constituição portuguesa já se preocupava com a inclusão das pessoas com deficiência ao estabelecer a obrigação do Estado em realizar uma política nacional de “integração dos deficientes” e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos.

A Constituição espanhola de 1978, por sua vez, prevê, no capítulo dos princípios orientadores da política social e econômica, no art. 49 que:

Artículo 49. Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos⁸⁶.

A Constituição espanhola também se preocupa com a questão da inclusão das pessoas com deficiência no seio da sociedade ao determinar que os poderes públicos realizem uma política de “integração” dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos.

Luiz Alberto David Araujo aponta que a Constituição da República da Itália também trata das pessoas com deficiência no art. 38, prescrevendo que:

Art. 38. Todo cidadão, impossibilitado de trabalhar e desprovido dos meios necessários para viver, tem direito ao seu sustento e a assistência social. Os trabalhadores têm direito a que sejam previstos e assegurados meios adequados às suas exigências de vida em caso de acidente, doença, invalidez, velhice e desemprego involuntário. Os inaptos e os deficientes têm direito à educação e ao encaminhamento profissional. As tarefas previstas neste artigo provêm órgãos e instituições predispostas ou integradas pelo Estado⁸⁷.

Na América do Sul algumas constituições também passaram a positivar sobre as pessoas com deficiência em seus textos. Esse movimento iniciou-se na década de 1980 quando as ditaduras começaram a ser derrubadas e as novas constituições analíticas passaram a vigorar. Essas constituições sul-americanas tiveram como paradigma os modelos internacionais de direitos humanos e as constituições progressistas de Portugal e da Espanha das décadas de 1970. No entanto, há várias disparidades no tratamento constitucional para as pessoas com deficiência, principalmente em relação à sua inclusão social, entre os Estados, conforme será analisado.

A Constituição Política da República do Chile de 1980 é bem lacônica em relação à proteção das pessoas com deficiência ao estabelecer no art. 19, 1º, que a Constituição assegura a todas as

⁸⁶ CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=39&fin=52&tipo=2>>. Acesso em: 20 set. 2017: “Os poderes públicos realizarão uma política de previsão, tratamento, reabilitação e integração dos diminuídos físicos, sensoriais e psíquicos, lhes prestarão uma atenção especializada que requeiram e os ampararão especialmente para o gozo de direitos que este Título outorga a todos os cidadãos” (Tradução livre do autor).

⁸⁷ ARAUJO, Luiz Alberto David. A proteção constitucional das pessoas com deficiência. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011, p. 65. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

peças o direito à vida e à integridade física e psíquica da pessoa⁸⁸. Há a necessidade de um esforço interpretativo direcionado à proteção das pessoas com deficiência, pois o texto constitucional menciona simplesmente o direito à “integridade física e psíquica da pessoa”.

A Constituição da República Uruguaia, de 1967 com as modificações plebiscitárias de 1989, 1994, 1996 e 2004, prevê no art. 37 que a imigração deverá ser regulamentada pela lei, mas não permite a imigração de pessoas com defeitos físicos, mentais ou morais que possam prejudicar a sociedade e o art. 80, 1º, estabelece restrição à cidadania que se suspende pela inaptidão física ou mental que o impeça de agir livre e reflexivamente⁸⁹. Como se verifica nos dois dispositivos constitucionais, o Uruguai restringe de forma grave a capacidade jurídica das pessoas com deficiência, o que dificulta a sua inclusão na sociedade daquele país.

A Constituição Nacional da Argentina (sancionada em 1853 com as reformas dos anos de 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994), prevê a competência do Congresso de legislar e promover medidas de ação positiva que garanta a igualdade real de oportunidades e de tratamento e o pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos pela Constituição e pelos tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em especial das crianças, das mulheres, dos idosos e das pessoas com deficiência (art. 75, item 23 da Constituição)⁹⁰. O Estado argentino também demonstra a sua preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência na reforma constitucional promovida em 1994 outorgando ao Congresso a competência para legislar sobre a matéria.

Já a Constituição da República Federativa do Brasil foi mais contundente em relação à inclusão das pessoas com deficiência e prevê a sua proteção em oito artigos: art. 7º, XXXI; art. 23, II; art. 24, XIV; art. 37, VIII; art. 203, IV e V; art. 208, III; art. 227, § 1º, II e § 2º e art. 244. Além disso, o art. 40, § 1º, I, da Constituição de 1988 (com a alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 41, de 19-12-2003), estabelece que os servidores públicos serão aposentados por invalidez permanente e o art. 201, inciso I, da Constituição Federal prescreve também a cobertura dos planos de previdência social, mediante contribuição, a cobertura, entre outros, dos eventos de invalidez. Ao contrário das constituições de nossos vizinhos, a Magna Carta brasileira, considerada cidadã, procurou estabelecer uma ampla proteção das pessoas com deficiência, demonstrando ter perfil eminentemente social.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, nos primórdios da civilização mundial não havia preocupação com a inclusão das pessoas com deficiência. Pelo contrário, permitia-se que as pessoas que nascessem com alguma deficiência fossem eliminadas.

A sorte das pessoas com deficiência não mudou muito durante a Idade Média, em especial com o surgimento da Santa Inquisição nos séculos XIII e XIV, liderada pela Igreja Católica, pois houve a perseguição, tortura e morte das pessoas com deficiência intelectual.

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁸⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017.

⁹⁰ CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

Não houve preocupação maior na primeira dimensão dos direitos fundamentais, que se inicia com a Revolução Francesa, eis que o principal fundamento era a liberdade e a teoria do Estado mínimo será dominante nesse período.

A Revolução Industrial – e o seu desenvolvimento posterior – também não estava direcionada à inclusão das pessoas com deficiência, pois elas não serviam como mão de obra na sociedade industrial. No entanto, essa revolução foi importante para o surgimento dos movimentos sociais que se preocupavam inicialmente contra os abusos do capitalismo, mas evoluiu para a proteção dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, como o direito das mulheres, crianças, adolescentes, idosos, pessoas com deficiência etc.

O término da Segunda Guerra Mundial difundiu a questão da proteção dos direitos humanos no direito internacional com a criação da Organização das Nações Unidas em 1945. No começo os tratados internacionais eram genéricos, mas com o passar do tempo eles passaram a ser específicos, inclusive com vários documentos internacionais direcionados às pessoas com deficiência. Os Estados também passaram a positivar a questão da inclusão das pessoas com deficiência em suas constituições analíticas, o que é uma tendência das constituições modernas.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. 4. ed. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – CORDE, 2011, p. 65. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/a-protecao-constitucional-das-pessoas-com-deficiencia_0.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. Sobre a revolução. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BALBACHEVSKY, Elizabeth. Stuart Mill: liberdade e representação. In: WEFFORT, Francisco (Org.). **Os clássicos da política**: Burke, Kant, Hegel, Toqueville, Stuart Mill, Marx. São Paulo: Ática, 1998. v. 2.

BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?**. Tradução Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. **Europa**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução Alfredo Fait. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Liberalismo e democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

_____. **Locke e o direito natural**. Tradução Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUERGENTHAL, Thomas. **International human rights in a nutshell**. St. Paul: West Publishing, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica**: a idade de ouro do alienismo. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=39&fin=52&tipo=2>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2017.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Disponível em: <http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS DEFICIENTES. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: **Theories of rights**. Edited by Jeremy Waldron. New York: Oxford University. 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Tradução José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1978.

_____. **Microfísica do poder**. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Tradução Hilário Torloni. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1999.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOBSBAWN, Eric. **Era dos extremos**: o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IKEDA, Daisaku; ATHAYDE, Austregésilo de. **Diálogo**: direitos humanos no século XXI. Tradução Masato Ninomiya. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LAS PERSONAS con discapacidad en México: una visión censal. Disponível em: <http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/2000/discapacidad/discapacidad2004.pdf>. Acesso em: 19 set. 2017.

MACIEL, Silvana Carneiro. **Exclusão/inclusão social do doente mental/louco: representações e práticas no contexto da reforma psiquiátrica**. Tese (Doutorado em Psicologia Social). Universidade Federal de Paraíba, João Pessoa, 2007, p. 22-23. Disponível em: <http://bdtd.biblioteca.ufpb.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1099>. Acesso em: 19 set. 2017

MANUSRTI: código de manu (200 a.c. e 200 d.c.). Disponível em: <<http://www.ufra.edu.br/legislacao/CODIGO%20DE%20MANU.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2016.

PARKER, Philip. **Guia ilustrado Zahar**: história mundial. Tradução Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais**: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 20 set. 2017.

PRESIDÊNCIA da república: casa civil: subchefia para assuntos jurídicos. Decreto n. 129, de 22 de maio de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0129>.

O REFERENDO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA CIDADANIA

THE REFERENDUM AS AN INSTRUMENT OF CITIZENSHIP'S EFFECTIVENESS

Alexandre Sanson¹

Michelle Asato Junqueira²

“Ninguém pretende que a democracia seja perfeita ou sem defeito. Tem-se dito que a democracia é a pior forma de governo, salvo todas as demais formas que têm sido experimentadas de tempos em tempos.”

Winston Churchill

RESUMO

44

A Constituição Federal de 1988 dispõe ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito. O conceito de democracia, especificamente, refere-se à existência de um Estado da forma desejada e consentida pelo povo, tratando-se de forma de exercício da função governativa em que o povo decide (direta ou indiretamente). Se o povo é o titular e destinatário de todo poder, as insuficiências da representação política impõem uma reestruturação estatal, pois discussões relevantes quanto aos rumos da coletividade não podem ocorrer à margem dos cidadãos. A democracia semidireta apresenta-se como possível solução para o resgate da legitimidade, oferecendo institutos complementares à sistemática da representação oficial, que possibilitam a intervenção popular direta nas funções políticas. O objetivo do estudo é analisar o referendo como meio de afirmação de cidadania, que possibilita o controle do povo sobre as deliberações de seus representantes (Executivo e Legislativo), por meio de consulta em que deverá confirmar ou rejeitar medidas por eles adotadas.

Palavras-chave: Democracia semidireta. Soberania Popular. Participação. Cidadania ativa. Referendo.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 expresses that the Federal Republic of Brazil is a Democratic State of Law. The specific concept of democracy refers to the existence of a State in the way people desires and consents and it can be considered as a form of exercise de governamental function in

which people decides directly or indirectly. If the people is the unique holder and destination of all power, the political representation inadequacies force a state restructuration even because the most relevant discussions about community mustn't be apart of citizens. The semi-direct democracy is a possible solution to a legitimacy's rescue because it offers complementary institutes to the official representation's systematic which enable a direct intervention by people in political functions. The purpose of the study is the analysis of the referendum as an instrument of citizenship's affirmation with the control of representative's decisions (Executive and Legislative) by a popular consultation to approve or reject them.

Keywords: *Semi-direct democracy. Popular Sovereignty. Participation. Active citizenship. Referendum.*

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proclama em seu artigo 1º ser a República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito. O conceito de democracia remonta à existência de um Estado do modo desejado e consentido pelo povo, tratando-se de forma de exercício do governo, cujas decisões devem emanar da vontade soberana popular por meio da escolha de representantes ou de participação popular direta nos assuntos da vida política, devendo, portanto, o povo ser sempre o titular e o objeto de todo poder legítimo. Não se deve compreender a democracia de maneira estática, absoluta e abstrata, devendo ser capaz de oferecer aos cidadãos a participação política em condições de igualdade real, agindo como instrumento de garantia e concretização dos direitos fundamentais do homem.

A democracia no Brasil, que não deve ter seu conteúdo reduzido apenas à existência de eleições ou de leis que afirmem serem todos os cidadãos livres e iguais, é passível de inúmeras críticas. A própria história brasileira, porém, demonstra a prevalência da característica de autoritarismo no país, que se encontra na fonte das exclusões social, política e econômica³, não somente durante o período do Império, mas também na República, tais como a república das oligarquias, coronelismo, clientelismo, eleições de bico-de-pena, currais eleitorais, abuso do poder econômico, compra de votos e fraudes eleitorais, muitos destes decorrentes do patrimonialismo, com o tratamento do público como privado, sem mencionar os anos de ditadura.

O próprio movimento de redemocratização pós-ditadura militar na década de 80, manteve uma estrutura onde a legalidade não significa a submissão universal perante a lei, mas um sistema de privilégios.

Neste sentido, apontam-se as constantes insuficiências e falhas da representação tradicional que culminaram em uma crise da democracia representativa, principalmente pela distância existente entre a vontade do eleitor e a do eleito, podendo-se enumerar dentre suas possíveis causas⁴: a) os representantes não tem a competência esperada nem para enfrentar os problemas importantes, nem para representar o grande número de eleitores; b) deterioração da representação resultante da corrosão de referências morais e ideológicas na definição de direitos e deveres dos cidadãos; e c) a transformação da representação em representação de

³ AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Manual das eleições**. 2.ed.São Paulo: Saraiva, 2002. p. 3.

⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991. p. 32.

interesses, e da relação entre representante e representado em mera troca de serviços.

A escolha de representantes, portanto, não demonstra uma efetiva representação da sociedade, haja vista a formação de bancadas corporativistas no Legislativo, onde os interesses manifestados não refletem a vontade popular e muito menos do partido político a que o candidato está vinculado, mas a de um grupo social, profissional ou, ainda, religioso. A ideia de soberania popular encontra-se limitada, não somente porque a massa dos submetidos às normas não é idêntica a dos participantes no seu processo de elaboração, mas também porque os princípios da representação e da maioria lhe conferem um caráter mediatizado e indireto.

Os institutos da democracia representativa, exclusivamente, não são capazes de atender os anseios dos cidadãos. A crise da representação coincide com a própria crise do Estado brasileiro, e por se tratarem de crises estruturais, faz-se necessária a busca por novas soluções que possam aproximar o povo das discussões inerentes aos Poderes Executivo e Legislativo, de modo a se alcançar um aprimoramento do sistema democrático. Neste sentido é o posicionamento de Gilberto Bercovici⁵ ao expor a necessidade de abertura do sistema representativo e da estrutura político-administrativa à efetiva participação popular, sendo que a devolução da soberania ao povo, por ser o seu único e legítimo titular, seria capaz de alterar radicalmente a atual estrutura do poder.

A democracia participativa surge neste contexto como alternativa para superação dos impasses da representação ao transformar o cidadão de espectador a sujeito ativo nas relações decisórias, possibilitando-o agir com efetividade nos rumos do Estado. Se a democracia unicamente considerada pela via direta, isto é a reunião de todos na praça pública para deliberar, é impraticável e a democracia representativa no mundo contemporâneo por ora trata-se de modelo insuperável⁶, a democracia participativa, ou semi-direta, se constitui em terceira via que implementa mecanismos de participação direta sem substituir a representação, agindo como complemento, pressionando por vezes suas instituições para que se tornem mais inclusivas⁷, conferindo maior legitimidade às suas decisões ao mesmo tempo que provoca o fortalecimento da soberania popular⁸.

Os mecanismos de participação popular possuem previsão constitucional no artigo 14, encontrando-se em seus incisos I ao III, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, sendo que estes institutos foram apenas regulamentados com a Lei n.º 9.709 de 18/11/1998. Trata-se o referendo de consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou sobre um texto através de procedimento formal regulado na lei⁹, sendo considerado por Darcy Azambuja¹⁰, dentre os institutos de democracia participativa, o mais direto e mais perfeito, por obstar eventual onipotência das assembleias, evitando que os representantes do povo votem leis opressivas, posto que o regime representativo puro anularia o exercício efetivo da soberania, bem como daria mais força e prestígio às leis, pois quando uma lei é aprovada diretamente pelo povo, não haveria dúvidas sobre a sua legitimidade.

A importância de uma análise mais aprofundada do referendo reside no fato de ser este instrumento político de controle do povo sobre as decisões de seus representantes, por meio de sufrágio, possibilitando ao corpo eleitoral uma atuação efetiva, através de manifestação positiva ou negativa, sobre deliberações de cunho

⁵ BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes Rocha; MORAES, Filomeno (Coords.). Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 303.

⁶ CAGGIANO, Monica Herman Salem. Direito parlamentar e direito eleitoral. São Paulo: Manole, 2004. p. 2.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: _____.(Org.). Democratizar a democracia os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p.73.

⁸ MELO, Mônica de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 36-37.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6.ed.Coimbra: Almedina, 2002. p. 295.

¹⁰ AZAMBUJA, Darcy. Teoria geral do estado. 42.ed. São Paulo: Globo, 2001. p. 228-229.

legislativo ou administrativo de uma autoridade, tornando-se, desta forma, um claro mecanismo de afirmação de cidadania.

2 REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1 Conceito e tipos de Democracia

O conceito de democracia, qualquer que seja escolhido, deverá sempre ser compreendido como sendo dotado de ambiguidade e relatividade. A origem da palavra democracia reside no vocábulo grego “*kratos*” (cracia), o qual designava quem estava no poder, sendo portanto traduzido como governo do povo, podendo significar atualmente uma forma de governo ou uma maneira de convívio social. Por exemplo, José Afonso da Silva¹¹, com base na concepção de Lincoln, de que a democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo, estabelece em sua definição ser este regime político um processo de convivência social em que o poder emana do povo, devendo ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo, ressaltando, no caso, a sua historicidade.

O termo “democracia”, portanto, não é estanque, fixo, petrificado, por se tratar de um conjunto de ideias que acompanham o próprio desenvolvimento da humanidade. Neste sentido, Canotilho¹² expõe com clareza em sua obra ser o princípio democrático um processo de continuidade transpessoal, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas, sendo inerente às sociedades abertas e ativas, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político.

De acordo com Adrian Sgarbi¹³ o princípio democrático envolve três aspectos: a) o primeiro diz respeito à legitimidade, devendo ser derivada do povo, isto é do consenso de cidadãos, b) o segundo encontra-se relacionado ao sistema de resolução do exercício do poder, como o exercício participativo direto dos antigos, a representação vinculada da Idade Média, a representação livre da Idade Moderna e a democracia participativa na Idade Contemporânea, e c) o terceiro é o ideal, opondo-se aos governos e às situações com ela incompatíveis, objetivando alcançar a democracia real.

Insta ressaltar que nem sempre a palavra democracia é empregada com propriedade, uma vez que a força desta expressão no cenário político contemporâneo é dotada de tamanha importância que não raras são as vezes que um governo ou um Estado se proclama como sendo democrático, ainda que de fato não o seja, razão pela qual nesta realidade de confusão democrática, o termo democracia vem com frequência sendo objeto de distorções e abusos¹⁴. Ao se falar em democracia, deve-se supor uma filosofia relativista apta a considerar a vontade política de todos igualmente, respeitando-se crenças e opiniões políticas, permitindo a manifestação igualitária de diversas tendências e ideologias, opondo-se, portanto, à dominação política, seja por uma pessoa ou por um dado segmento privilegiado da sociedade¹⁵.

¹¹ SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. In: BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio (Coords.). O direito na sociedade contemporânea: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 334.

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., p. 289.

¹³ SGARBI, Adrian. O referendo. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 79/80.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 265-268

¹⁵ SANTANA, Jair Eduardo. Democracia e cidadania: o referendo como instrumento de participação política. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 30.

A peculiaridade do sistema democrático reside no fato de o poder encontrar-se no povo, sendo que os mais diversos tipos de democracia encontrados na doutrina expressam nada mais que formas pelas quais o povo participa do poder, sendo que a democracia direta é aquela que permite participação popular direta no processo decisório, indireta quando a participação popular se dá por meio de representantes eleitos pelo próprio povo e semidireta quando há a conciliação de mecanismos de participação direta com a participação por meio de representação.

O exercício da democracia direta remonta à existência das antigas Cidades-Estado das sociedades gregas, entre os séculos V e IV a.C., onde o próprio povo atuava de forma efetiva e imediata na gestão dos negócios públicos, sem a necessidade de intermediários, sendo suas decisões em geral tomadas em assembleias populares, as quais desempenhavam o papel de um verdadeiro órgão governamental. A democracia antiga era a democracia de uma cidade, de um povo que se devotava por inteiro à coisa pública, que fazia da assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial¹⁶, sendo apontado como um sistema puro, integral ou absoluto, por sumarizar a ideia de que o povo efetivamente atua nas decisões que dizem respeito à coletividade¹⁷. Dentre outros exemplos de democracia direta apontam-se a *Landsgemeinde*¹⁸, na Suíça, e as *convenants* e os *townmeetings*¹⁹, nos Estados Unidos.

A viabilidade da democracia direta nos Estados gregos devia-se em grande parte à presença de dois fatores. O primeiro refere-se ao tamanho destes Estados, que pareciam mais cidades, permitindo a reunião frequente dos cidadãos para deliberação e o segundo encontra-se relacionado ao número de cidadãos que podiam votar, sendo este pequeno face a presença considerável de população escrava e de indivíduos que não detinham o direito de voto, como as mulheres. Por isso, a complexidade das sociedades contemporâneas não mais possibilita o exercício deste tipo democrático, sendo que Darcy Azambuja²⁰ justifica sua inviabilidade²¹ com base no aumento do território e da população dos Estados, e nos negócios públicos, que se tornaram mais numerosos, complexos, de natureza técnica, acessíveis a indivíduos mais ou menos cultos e especializados.

As impossibilidades da democracia direta levam ao surgimento de uma nova democracia denominada indireta, ou representativa. De acordo com Paulo Bonavides, essa moderna democracia ocidental tem por bases principais a soberania popular, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral; o sufrágio universal, com pluralidade de candidatos e partidos; a observância constitucional do princípio da distinção de poderes, com separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; a igualdade de todos perante a lei; a representação como base das instituições políticas; a limitação de prerrogativas dos governantes; a temporariedade dos mandados eletivos e, por fim, a

¹⁶ BONAVIDES, Paulo. Ciência política, p. 268.

¹⁷ SGARBI, Adrian. ob. cit., p. 85.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. ob. cit., pp. 336-337; RODRIGUES, Luís Barbosa. O referendo português a nível nacional. Portugal: Coimbra Editora, 1994. p. 53-56.

¹⁹ URBANO, Maria Benedita Malaquias Pires. O referendo perfil histórico-evolutivo do instituto: configuração jurídica do referendo em Portugal. Portugal: Coimbra Editora, 1998. p. 325.

²⁰ AZAMBUJA, Darcy. ob. cit., p. 323.

²¹ A inviabilidade da democracia direta, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, estaria superada com os avanços tecnológicos, podendo ocorrer, de acordo com o autor, a participação do cidadão sobre determinada medida através do telefone (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A democracia no limiar do século XXI. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 35), ou mesmo através de terminais de computadores. Marcos Antônio Striquer Soares apresenta posicionamento contrário alegando alto custo e impossibilidade de interferência popular efetiva no processo político senão pelo voto dado a uma proposta previamente elaborada por uma Assembléia, o que limitaria muito o debate e a inovação legislativa (SOARES, Marcos Antônio Striquer. O plebiscito, o referendo e o exercício do poder. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional [IBDC]/Celso Bastos Editor, 1998. p.19)

existência plenamente garantida das minorias políticas²², tratando-se, portanto, de um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político. Acerca da representação, segue pensamento de Madison nos “Artigos Federalistas”:

O efeito da primeira diferença é, por um lado, depurar e ampliar as opiniões do povo, que são filtradas por uma assembleia escolhida cidadãos, cuja sabedoria pode melhor discernir o verdadeiro interesse de seus país e cujo patriotismo e amor à justiça serão menos propensos a sacrificá-lo a considerações temporárias ou parciais. Sob tal regulação, é bem provável que a voz pública, manifestada pelos representantes do povo, seja mais consoante com o bem público que se manifesta pelo próprio povo, convocado para esse fim.²³

A essência da democracia representativa, desta forma, é ser o povo detentor do poder mas não do governo, posto que quem o detém são os seus representantes. O efetivo exercício do poder ocorre através de outras pessoas que não o seu titular, ou seja, por representantes do interesse coletivo, eleitos periodicamente, uma vez que o povo não pode dirigir os negócios do Estado diretamente, em face da extensão territorial, da densidade demográfica e da complexidade dos problemas sociais²⁴. A democracia indireta, contudo, não se resume apenas a uma questão de eleições periódicas para escolha das autoridades governamentais, pois para José Afonso da Silva²⁵ as eleições tendem a ultrapassar a função meramente designatória para se transformar em instrumento pelo qual o povo adere a uma política governamental, conferindo seu consentimento e legitimidade aos representantes eleitos.

O terceiro modelo democrático é o denominado semi-direto ou participativo. A denominação democracia participativa é por vezes inadequada face a tautologia nela presente, uma vez que não há democracia sem participação popular, tratando-se de modalidade que busca aproximar da democracia indireta mecanismos de democracia direta, como forma de permitir ao povo o efetivo exercício de seu poder. A democracia participativa não deve ser compreendida como forma antagônica da democracia representativa, havendo entre ambas duas possíveis formas de combinação: a coexistência ou a complementariedade, esta última adotada no Brasil²⁶.

Desta forma, insta ressaltar que a democracia semidireta não se trata de um regime misto, devendo ser considerada como sistema predominantemente representativo com abertura a mecanismos de intervenção direta do povo na elaboração das leis e mesmo no funcionamento dos órgãos estatais. Neste sentido são as lições de Jair Eduardo Santana:

A democracia semidireta, igualmente tratada por democracia mista, surge em contexto substituto e incrementador das falhas experimentadas na chamada democracia representativa. Os erros, os abusos, as falhas, intencionais ou não, tidas como consequências da prática da representação política, para não falar na falta de cultura intelectual, na falta de maturidade política e cívica das massas

²² BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 274.

²³ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993. p. 137.

²⁴ SOARES, Marcos Antônio Striquer. ob. cit., p. 24.

²⁵ SILVA, José Afonso da. ob. cit., p. 338

²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. ob. cit., p. 75-76.

sociais, preconceitos de classe, corporativismos e, notadamente, carência de técnica constitucional adequada a um bom regime político, acabam por se corporificar em óbice ao exercício da almejada democracia.²⁷

A existência de um Estado democrático-participativo, cuja fórmula política mais acabada encontra-se na própria democracia participativa, de acordo com Paulo Bonavides²⁸, é aquele onde o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade. Logo as manifestações populares por institutos como plebiscito, referendo, “*recall*”, deverão ser respeitadas por aqueles que exercem o poder, posto que suas decisões interferem diretamente na competência das autoridades públicas, ocasionando consequências jurídicas²⁹.

2.2 O compromisso da democracia participativa

A democracia representativa está longe de efetivamente dar cumprimento aos seus propósitos teóricos, posto que a maioria dos cidadãos é afastada do núcleo decisório dos atos governamentais, reduzindo o papel do povo à uma intervenção mínima nos assuntos do Estado resumida à eleição de seus representantes, não assegurando quantitativamente uma ampla participação popular. De acordo com Mônica de Melo, a implementação de mecanismos de participação direta pela democracia semidireta é necessária não apenas porque a democracia indireta encontra-se em crise, mas também para que se faça prevalecer a vontade do povo nos assuntos públicos, uma vez que é o titular do poder no regime democrático³⁰.

A democracia semidireta permite ao cidadão o exercício concreto da participação popular nos negócios políticos do Estado, inclusive através do oferecimento de proposições para fomento de atos e espécies legislativas ou administrativas, permitindo a participação do cidadão ativo na formação ou exercício da autoridade nacional³¹. Em que pese sua importância, Almino Affonso³² com clareza expõe que face a inorganicidade social existente na realidade brasileira, os instrumentos de democracia participativa incorporados no ordenamento constitucional parecem esgotar-se em simples declaração. Tal fato é passível de confirmação se verificado o baixo número de consultas populares realizadas no âmbito nacional.

De acordo com José Afonso da Silva³³, dois são os obstáculos à prática mais usual dos mecanismos de democracia participativa: a falta de conscientização da população acerca da existência destes institutos de participação popular direta e o fato de que os partidos políticos e os parlamentares não têm interesse nessa prática de democracia semidireta, por haver quem entenda que sua utilização consiste num desrespeito e

²⁷ SANTANA, Jair Eduardo. ob. cit., p. 47.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 20.

²⁹ SOARES, Marcos Antônio Striquer. ob. cit., pp. 52/53.

³⁰ MELO, Mônica de. ob. cit., pp. 36/37.

³¹ GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 42, n.166, abr/jun, 2005, p. 10.

³² AFFONSO, Almino. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Revista de informação legislativa, Brasília, ano 33, n.132, out/dez, 1996, p. 27.

³³ SILVA, José Afonso da. ob. cit., p. 354.

desprestígio do Poder Legislativo³⁴.

A democracia participativa, assim como os demais modelos democráticos, não é imune a críticas, podendo-se alegar o afrouxamento da responsabilidade dos governantes, o alto índice de abstenção em tais consultas, o desprestígio das Câmaras Legislativas, com a consequente redução de seus poderes e a provável supremacia dos grupos de pressão, dos segmentos mais organizados ou do poder econômico na condução das campanhas eleitorais para as consultas populares. O desprestígio das Câmaras, por exemplo, não é resultado do aumento de mecanismos de democracia semi-direta. Na verdade, as iniciativas de ampliação de participação popular nos assuntos públicos buscam o rompimento de um círculo vicioso ocasionado justamente por membros de partidos políticos com ideologias mutantes e a polarização do poder entre políticos desmoralizados, que acabam por desqualificar os debates políticos, promover o desinteresse pela política e promover a apatia dos cidadãos³⁵.

As vantagens, que se configuram em compromisso com o fortalecimento da cidadania, decorrentes da adoção de um modelo democrático participativo podem ser a seguir enumeradas³⁶: a) serve de anteparo contra a onipotência eventual dos Parlamentos, b) faz do povo menos um espectador indiferente às questões públicas, c) permite um processo permanente de educação para a cidadania, d) torna possível a aferição da vontade popular, servindo para a expressão de seus desagrados ou aspirações, e) enfrentamento positivo das máquinas partidárias e das “lideranças cristalizadas”, combatendo as tendências à oligarquização e ao autoritarismos das elites, f) fortalecimento do regime democrático pelo processo constante de controle e cobrança dos atos emanados dos órgãos públicos (governo e Parlamento), e g) fonte de recuperação da legitimidade e da estabilidade política, no caso de questões que podem dividir a sociedade.

Faz-se necessária, neste momento, a análise de alguns dos mecanismos de democracia semidireta. O instituto do “*recall*” é um direito de revogação exercido pelo povo, a fim de pôr termo ao mandato eletivo de membros do Executivo, Legislativo e Judiciário, tendo sido preconizado por Theodore Roosevelt, que defendia o uso do instituto inclusive para cassação de sentenças judiciais, à exceção das prolatadas pela Suprema Corte³⁷. Mecanismo semelhante ao “*recall*” é o “*Abberufungsrecht*” na Suíça, tratando-se do direito de revogação exercido pelo povo nos Cantões a fim de pôr termo ao mandato de toda uma assembleia legislativa.

Já o veto popular é constantemente confundido com o referendo que a seguir será tratado. A consulta do referendo distingue-se do veto porque uma norma só se torna obrigatória após confirmação popular, enquanto no veto popular, a obrigatoriedade da norma ocorrerá se em certo prazo ela não for vetada pelo povo expressamente. Por fim, analisar-se-ão o plebiscito e a iniciativa popular, institutos que estão previstos na Constituição Federal vigente.

³⁴ No Brasil inúmeros argumentos tais como perda de função, de autoridade ou de direção dos partidos políticos são utilizados por parlamentares que se dizem democratas e progressistas mas são contrários à idéia de participação popular, sendo constatado por Maria Benevides a reação irritadíssima de certos constituintes brasileiros à simples proposta de apresentação de emendas populares de 1988 (BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. ob. cit., p. 73). Outro caso marcante ocorreu na Itália, onde a hostilidade da classe política ao referendo acabou por se traduzir numa regulamentação do instituto apenas após vinte e três anos de sua previsão na Constituição de 1947, em 1970, que acabou ainda por criar insidiosos limites à sua realização. (RODRIGUES, Luís Barbosa. ob. cit., p. 78-79).

³⁵ SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.p. 658-659.

³⁶ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. ob. cit., pp. 46/48 e BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3.ed.São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004. p.296-298.

³⁷ AZAMBUJA, Darcy. ob. cit., p. 228

A consulta pelo plebiscito é a votação popular, por sufrágio direto e individual, que se destina a tomar uma decisão política ou a manifestar confiança ou não em um determinado governante. Plebiscito vem do latim (*plebis + scitum*), e em Roma, durante o período da República, era a designação da decisão soberana da plebe aprovada em assembléia (= *concilium plebis*), decorrente da proposta inicial de um tribuno, o qual se tratava de um magistrado popular, sobre uma medida que, graça a *Lex Valeria Horatia de Plebiscitis* (mais ou menos 449 em a.C.), somente obrigaria os plebeus, constituindo uma das modalidades das *Leges Rogatae*. Sendo certo que, após a *Lex Hortensia de Plebiscitis*, mais ou menos em 286 a.C.), foi também estendida aos patrícios, tornando-se manifestação obrigatória para todos³⁸. Um estudo mais aprofundado da história do plebiscito traz à lembrança o seu emprego distorcido para atribuir ou legitimar períodos de regimes ditatoriais ou totalitários, como na França com Napoleão Bonaparte e Napoleão III³⁹.

De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁰, o plebiscito é, na sua expressão mais neutra, a pronúncia popular incidente sobre escolhas ou decisões políticas, como, por exemplo, a confiança num chefe político, a opção por uma ou outra forma de governo. Quando a pronúncia popular incide sobre um texto normativo (uma lei, uma constituição) o plebiscito aproxima-se do referendo. Nela está, porém, presente um momento “decisionista” que não se verifica no referendo.

Em relação à iniciativa popular legislativa, trata-se de manifestação direta do povo na elaboração de leis, sendo direito assegurado a um conjunto de cidadãos de participar do processo legislativo, impulsionando-o, objetivando, portanto, a formação de normas jurídicas novas. Com base no artigo 61, § 2º, da Carta Magna, a iniciativa pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei com os seguintes requisitos: a) subscrição por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, b) distribuído pelo menos por cinco Estados, e c) devendo haver não menos de três décimos por cento de cada um deles.

A democracia participativa, desta forma, deve se transformar em um verdadeiro movimento social, capaz de renegociar as regras de sociabilidade em um Estado, através justamente da experimentação de novos mecanismos que sejam aptos a promover a emancipação e o fortalecimento do cidadão nas sociedades contemporâneas⁴¹.

2.3. O referendo

Dentre os mecanismos de participação popular, ressalta-se ainda o referendo, que é uma consulta feita aos eleitores sobre uma questão ou sobre um texto através de procedimento formal regulado na lei⁴². Trata-se, portanto, de instrumento político de controle do povo sobre as decisões de seus representantes, sendo o

³⁸ SGARBI, Adrian. ob. cit., p. 104.

³⁹ interessante mencionar o posicionamento de Max Weber ao conceituar a “democracia plebiscitária”, definindo-a como “espécie de dominação carismática oculta sob a forma de uma legitimidade derivada da vontade dos dominados e que só persiste em virtude desta. O líder (demagogo) domina, na verdade, devido à lealdade e confiança de seu séquito político para com sua pessoa como tal”. Portanto, onde se quis legitimar a dominação carismática, o meio utilizado foi o reconhecimento plebiscitário pelo próprio povo. (WEBER, Max. Economia e sociedade. Vol. I, Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.p. 176-177). No mesmo sentido Maurice Duverger aponta o risco da utilização do plebiscito para mascarar ditaduras pessoais com aparência democrática, pois o Chefe do Executivo pode passar por cima do Parlamento, de modo a obter apoio popular, tornando o regime em uma ditadura, sendo tal risco maior em países presidencialistas e semi-presidencialistas. (DUVERGER, Maurice. Instituciones politicas y derecho constitucional. Caracas-Barcelona: Adiciones Ariel, 1962. p. 240).

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., p. 296.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. ob.cit., p.77.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ob. cit., p. 293.

mais diretamente relacionado com as falhas e ficções do regime representativo, onde, por meio de sufrágio, possibilita-se ao corpo eleitoral uma atuação efetiva, através de manifestação positiva ou negativa, sobre deliberações de cunho legislativo ou administrativo de uma autoridade.

Com base em Paulo Bonavides⁴³, o primeiro apologista desse instituto da democracia participativa seria Rousseau, quando em sua obra “Contrato Social” reportou-se ao carácter inalienável da soberania popular, sendo esta incompatível com uma vontade que se representa, pois esta vontade geral transmudar-se-ia em vontade particular, asseverando, ainda, que toda lei que o povo pessoalmente não haja ratificado é nula, não é lei; cujas ideias refletiram-se na Revolução Francesa. A origem do termo referendo vem de *ad referendum* (ideia de ratificação), tendo surgido na prática, em certas localidades suíças, desde o século XV, como nos Cantões de Valais e Grisons, de consultas à população para que se tornassem válidas as votações nas Assembleias cantonais, razão pela qual na prática o termo “referendo” passou a ser sinónimo de consulta popular⁴⁴.

O termo “referendo” foi usado na Constituição Federal de 1988 com diferentes significados, como por exemplo, nas competências privativas do Presidente da República, podendo declarar guerra ou celebrar a paz autorizado ou a referendo do Congresso Nacional (artigo 84, XIX e XX) ou mesmo para celebrar acordos internacionais, também a referendo do Congresso (artigo 84, VIII). Conforme demonstrado, referendo nesses casos demonstra um claro sistema de freios e contrapesos entre os Poderes, relacionado-se ao conceito de ratificação; definição esta também utilizada para configurar um dos institutos de democracia participativa de mesmo nome.

O conceito de referendo normalmente abrange dois pontos identificados como pacíficos por grande parte da doutrina ao conceituar o instituto. O primeiro deles refere-se ao tempo da consulta, que é o critério adotado pela Lei n.º 9.709/98 para diferenciá-lo do plebiscito, sendo considerado como a consulta posterior a uma criação legislativa. O segundo é justamente a limitação do mecanismo ao processo legislativo, conforme entendimento de Meirelles Teixeira⁴⁵, para quem o cidadão poderá através do referendo tomar uma parte direta na tarefa legislativa, aprovando ou repelindo medidas de carácter legislativo, leis ou projetos de leis à quais poderão dar ou não seu assentimento.

É importante admitir uma acepção ampla do referendo, não limitando o instituto apenas à consulta a atos legislativos, devendo abranger também as medidas administrativas, em que pese seu emprego menos usual. Neste sentido são os ensinamentos de Jorge Miranda:

Por referendo entende-se (numa acepção genérica, susceptível de ser modelada à face de vários sistemas jurídicos-políticos) a votação popular por sufrágio individual e directo dos cidadãos, tendente a uma deliberação política (ou mais raramente, administrativa), a uma indicação aos órgãos de governo ou de gestão e, porventura, a outros efeitos constitucional ou legalmente previstos.⁴⁶

⁴³ BONAVIDES, Paulo. A constituição aberta, p. 289.

⁴⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. ob. cit., p. 34

⁴⁵ TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.,

⁴⁶ MIRANDA, Jorge. Estudos de direito eleitoral. Lisboa: Lex, 1995, p.108.

Neste mesmo sentido insta salientar o posicionamento do constitucionalista alemão Karl Loewenstein⁴⁷, para quem através do referendo há um controle final do eleitorado sobre o Executivo e o Legislativo, servindo como instrumento de controle político quando, por intermédio dele, se confirmar ou rejeitar uma decisão política anteriormente tomada pelo Governo ou pelo Parlamento.

A aplicabilidade e eficácia de um referendo depende de princípios que sejam aptos a reger e fiscalizar o seu procedimento, de modo a impedir arbitrariedades que desviem a real vontade popular. Neste sentido a melhor obra acerca do tema é a de Adrian Sgarbi⁴⁸, que dispõe da seguinte forma tais princípios: 1) princípio do caráter monotemático do assunto, onde as perguntas devem apresentar-se como uma matéria unitária, evitando-se mistura de assuntos na mesma consulta que não tenham relação entre si; 2) princípio da bipolaridade da questão referendária, devendo as questões ensejarem como resposta o plano binário “Sim” ou “Não”, sendo que respostas condicionais são proibidas; 3) princípio da razoabilidade do número de perguntas, sendo que o número dos desdobramentos da matéria não podem ser tantos que perturbem a compreensão, pelos eleitores, do que se está a tratar; 4) princípio da objetividade: consiste na proibição de juízos de valor implícitos ou palavras tendentes à indução de respostas; e 5) princípio da temporalidade ou da não coincidência de pleitos, pois o referendo deve ser realizado em época distante das eleições para cargos representativos, de modo a se procurar evitar referendo demagógico-manipulativo.

Portanto, faz-se necessário delimitar o campo de atuação do referendo, devendo ser objeto assuntos que envolvam princípios gerais e fundamentais da vida política que tragam aos cidadãos proposições de fácil compreensão para se chegar à uma aprovação ou rejeição.

A importância da consulta referendária é exposta por Darcy Azambuja⁴⁹, para quem, dentro da teoria dos governos democráticos, não há como negar as vantagens do mecanismo do referendo, posto que nenhum outro instituto de direito Constitucional aproxima tanto, quanto ele, o governo representativo da democracia pura, sendo entre os processos de racionalização do poder, o referendo o mais direto e perfeito. Acrescenta ainda que é pela consulta referendária que a opinião dos cidadãos se expressa de maneira insofismável e intervém imediatamente no governo do Estado.

2.4. O referendo como afirmação da cidadania

Ao percorrer um longo caminho de 178 anos de história do esforço para construção do cidadão brasileiro em sua obra, José Murilo de Carvalho⁵⁰ expõe chegar ao final da jornada com a sensação desconfortável da incompletude, e, em que pesem os inegáveis progressos feitos, estes foram lentos e são incapazes de esconder o longo caminho que ainda falta percorrer. Acrescenta sua insatisfação com a prática política posterior à redemocratização por ter revelado a força das grandes corporações de banqueiros, comerciantes, industriais, empregados públicos, todos em constante luta pela preservação de privilégios ou em busca de novos favores.

Insta ressaltar ainda a crítica de José Murilo Carvalho⁵¹ quanto à ausência de ampla organização autônoma da sociedade, que acaba por permitir que os interesses corporativos possam prevalecer.

⁴⁷ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1976.p. 326-/330

⁴⁸ SGARBI, Adrian. ob. cit., pp. 238/240.

⁴⁹ AZAMBUJA, Darcy. ob. cit., p. 228.

⁵⁰ CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2.ed.Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.p. 219 - 223.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 223-224.

Os institutos de democracia participativa não devem ser compreendidos como a salvação de um Estado Democrático, mas como instrumentos de um complexo processo de democratização. Marcos Antônio Striquer Soares aponta três consequências desse processo através da utilização do plebiscito e do referendo: a) todos os resultados destas consultas populares resultam numa redefinição das competências do Legislativo, b) por vezes a manifestação popular obriga o legislativo a respeitar o resultado da consulta, e c) o resultado da consulta serve como parâmetro político a ser observado por cada parlamentar⁵².

A cidadania por muitas vezes quer-se considerar como sinônimo de participação política e, por isso, há que se tomar em conta a cidadania enquanto dimensão pública dessa participação dos homens na vida social e política do Estado, devendo-se considerá-la, em uma de suas facetas, como a participação direta do povo no Estado democrático. Anote-se que a cidadania como a democracia não são conceitos estáveis e, portanto, a evolução das sociedades acaba por provocar mudanças em suas perspectivas e dimensões.

Se anteriormente o papel do cidadão na vida política do Estado resumia-se ao voto, isto é a escolha de um candidato para representá-lo nas decisões dos rumos do país, atualmente a democracia participativa traz àquele cidadão-eleitor a possibilidade de efetivamente intervir em muitas decisões governamentais, como por meio do referendo nos atos normativos e administrativos do Executivo e Legislativo.

Dentre os institutos de participação política do cidadão a característica considerada pela doutrina como uma das mais importantes para se configurar por meio do referendo é a de que o instituto trata de uma ratificação, uma confirmação ou uma rejeição de algo. Não se trata, contudo, de mecanismo onde se permite ao povo optar entre duas possíveis soluções para uma determinada questão. Isto porque a utilização de tal instrumento presume que uma solução já foi tomada, cabendo aos cidadãos aceitar ou rejeitar a opção oferecida.

Adrian Sgarbi expõe que, tanto ou mais que a abrangência no plano estatal, o que importa ao referendo é carga do que se decide, quais são os assuntos, as questões, concluindo que neste ponto é que ocorre o ganho desta consulta popular, por se tratar de um canal de incidência sobre matérias sensíveis à comunidade onde uma atuação partilhada do poder político afigura-se como avanço e prova de maturidade democrática, nova forma de direcionar causas políticas e incentivar o agir coletivo através da cidadania participativa⁵³.

O referendo, tal como os demais instrumentos de participação direta são aptos a promover a educação política através da participação em processos decisórios de interesse público, dotando-se de extrema relevância, independentemente do resultado do processo, pois as campanhas que precedem às consultas populares têm uma função informativa e educativa, de valor inegável, tanto para o povo, quanto para os próprios dirigentes e lideranças políticas⁵⁴. Mônica de Melo⁵⁵ acrescenta que quanto mais frequente a participação popular nos interesses da coletividade, maior o aprendizado e nesse sentido o sistema se auto-sustenta.

⁵² SOARES, Marcos Antônio Striquer. ob. cit., pp. 135/136.

⁵³ SGARBI, Adrian. ob. cit., pp. 374/375.

⁵⁴ BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. ob. cit., p. 198

⁵⁵ MELO, Mônica de. ob. cit., p. 201

É importante ressaltar ainda que o referendo incorporado à democracia participativa oferece a face individualista do processo político, ressuscitando a teoria da soberania popular mas também convivendo com o componente coletivista, e as necessidades impostas pela representação, tendo importante participação na conjugação da vontade popular, vontade dos cidadãos, aferida objetivamente, por critérios formais, oferecendo parâmetros à dinâmica do poder.

Por fim, o referendo, enquanto forma de manifestação do povo para influenciar no processo político, é mecanismo de grande significado democrático, mas não supera, necessariamente, outros modos existentes para a orientação das decisões governativas; antes, a tais métodos de participação deve ele ser acrescido. Também o grau de discernimento, maturidade e informação política de um determinado povo propicia, como o referendo, a participação e a orientação do Governo⁵⁶.

3 CONCLUSÕES

O Estado Democrático pressupõe aceitação de um governo como legítimo aquele que provenha do povo e que objetive alcançar os interesses da coletividade. Acerca dos tipos de democracia apontam-se a direta, indireta e semidireta. Na democracia direta o povo exprime sua vontade exercendo as funções próprias do Estado, sendo inviável nas sociedades contemporâneas. Já na indireta, através da democracia representativa que é sua forma clássica, o povo escolhe seus representantes para que governem em seu nome, havendo atualmente um profundo abismo entre as vontades de mandantes e mandatários. A opção do constituinte brasileiro para a Constituição vigente foi a adoção do modelo semidireto, o qual não é sinônimo de democracia direta e nem excludente, mas sim complementar, da democracia indireta.

Dentre os mecanismos desse sistema democrático participativo, o qual se caracteriza pela participação direta e pessoal da cidadania na formação de atos do governo⁶², encontram-se no ordenamento constitucional brasileiro: o Plebiscito, o Referendo e a iniciativa popular. A regulamentação destes mecanismos ocorreu com a Lei n.º 9.709/98, que ainda assim tratou dos mesmos de forma abrangente e pouco esclarecedora, por exemplo, ao diferenciar Plebiscito de Referendo apenas pelo critério temporal e na imprecisão do que pode ser objeto de cada tipo de consulta popular.

O Referendo foi compreendido como uma convocação posterior a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo aprovar ou denegar a questão que lhe tenha sido submetida. Um dos pontos negativos do modelo adotado encontra-se na iniciativa⁶³ da sua convocação, por se tratar a mesma de exclusividade dos membros do Parlamento, o que sobremaneira cria obstáculos à sua utilização.

A realidade brasileira é preocupante, pois cidadania virou sinônimo de privilégio, pertencendo este direito a um grupo restrito de pessoas, que, de forma contraditória, pregam a existência de uma sociedade igualitária, mas escondem o conflito entre classes sociais marcadamente díspares por meio de leis que não alcançam a grade maioria da população. O povo taxado de incompetente é capaz de eleger candidatos porém incapaz de manifestar sua opinião em uma consulta popular.

A democracia participativa toma relevante função no Estado brasileiro por ser meio necessário para uma redemocratização do País, devendo-se quebrar determinados costumes (como de que sempre existirão os que mandam e os que obedecem), através do fortalecimento da cidadania, objetivando-se, assim, uma maior participação consciente do povo na Política, devolvendo-lhe seu poder soberano de atuação nos assuntos que

⁵⁶ SANTANA, Jair Eduardo. ob. cit., p. 169.

atingirem a coletividade, ficando um governo de todos por todos na medida de suas possibilidades.

O Referendo e os outros instrumentos de democracia semidireta estão longe de serem, por si só, soluções suficientes para todos os problemas existentes em um Estado Democrático. Ademais, nem sempre iniciam um período de atitudes progressistas, sendo constatado, por vezes, um certo conservadorismo em suas decisões. Contudo promove transformações no direito à cidadania que deixa de ser a vontade política particular de cunho deliberativo para a vontade de um agrupamento social de cunho participativo nas decisões político-governamentais, a fim de modelar a estrutura do Estado que deseja. A mudança de cidadania passiva em ativa exige além da conscientização da existência de mecanismos de participação popular, a criação de espaços sociais de lutas (como exemplo os movimentos sindicais) e a definição de instituições permanentes para a expressão política (como os partidos)

Não há de se falar também destes mecanismos sem a presença de uma democracia representativa, uma vez que devem complementá-la e controlá-la.

Por fim, a democracia deve ser entendida como um processo de continuidade transpessoal, não podendo ser condicionada ou submissa ao interesse particular de determinadas pessoas. A utilização do Referendo, portanto, faz parte desse processo dinâmico que é a democracia, tendo função primordial em uma nova proposta de aproximar o povo ao centro de decisão, para que este possa modelar o Estado da forma que bem desejar. Através desse instituto, as decisões do Executivo e Legislativo, mais frequentemente neste último caso, estarão sujeitas a um controle imediato, uma vez que torna possível corrigir as decisões dos representantes do povo⁵⁷.

A Democracia pode se transformar e acolher cada vez mais o povo e seus anseios, para que se efetive a cidadania e os princípios fundamentais da República.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Almino. Democracia participativa: plebiscito, referendo e iniciativa popular. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 33, n.132, out/dez, 1996.

AMARAL, Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. Manual das eleições.2.ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 42.ed São Paulo: Globo, 2001.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 1991.

Bercovici, Gilberto. O impasse da Democracia Representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes Rocha; MORAES, Filomeno (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo**: homenagem ao Professor Paulo Bonavides. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

⁵⁷ ROSS, Alf. Por que democracia? Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.p. 210.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. 2.ed.São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. **A constituição aberta**: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões. 3.ed.São Paulo: Malheiros Editores Ltda.,2004.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. São Paulo: Manole, 2004.

_____. **Sistemas eleitorais x representação política**. Brasília: Editora Senado Federal, 1990.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 2.ed.Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DUVERGER, Maurice. *Instituciones Politicas Y Derecho Constitucional*. Caracas-Barcelona: Adiciones Ariel, 1962.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GARCIA, Alexandre Navarro. Democracia semidireta: Referendo, plebiscito, iniciativa popular e legislação participativa. **Revista de informação legislativa**, Brasília, ano 42, n. 166, abr/jun, 2005.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**.Barcelona: Ediciones Ariel, 1976.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas 1787-1788**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993.

MELO, Mônica de. **Plebiscito, referendo e iniciativa popular**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Estudos de direito eleitoral**. Lisboa: Lex, 1995.

ROSS, Alf. **Por que democracia?** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SADER, Emir. Para outras democracias. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTANA, Jair Eduardo. **Democracia e cidadania**: o referendo como instrumento de participação política. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. O sistema representativo, democracia semidireta e democracia participativa. In: BELMONTE, Cláudio; MELGARÉ, Plínio (Coord.). **O direito na sociedade contemporânea**: estudos em homenagem ao Ministro José Néri da Silveira. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **O plebiscito, o referendo e o exercício do poder**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC)/Celso Bastos Editor, 1998.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

URBANO, Maria Benedita Malaquias. **O referendo**: perfil histórico-evolutivo do instituto. Configuração Jurídica do Referendo em Portugal. Portugal: Coimbra Editora, 1998.

N. C. P. B. da Rocha

IGUALDADE E DISCURSO DO ÓDIO: A LUTA PELO RECONHECIMENTO DA IGUALDADE COMO DIREITO À DIFERENÇA. *EQUALITY AND HATE SPEECH: THE STRUGGLE FOR RECOGNITION OF THE CONCEPT OF EQUALITY INCORPORATING THE DIFFERENT*

Alex Lobato Potiguar¹

RESUMO

O presente artigo dedica-se à análise dos princípios da Igualdade e da Liberdade como complementares no Estado Democrático de Direito, procurando demonstrar que o discurso de incitação ao ódio é uma forma de abuso do Direito, pois pretende entender a Liberdade de forma antagônica à Igualdade. Na verdade, os princípios constitucionais devem ser entendidos por meio de uma concepção do Direito como integridade, afeito ao novo paradigma Democrático em sua leitura discursiva. Assim, os ofendidos utilizam-se do Direito para lutar pelo reconhecimento de direitos, mais especificamente, o da igualdade como diferença. Neste contexto, a análise da decisão do Supremo Tribunal Federal no caso HC 82.424/RS, conhecido como caso Ellwanger, vai demonstrar a impossibilidade de se utilizar uma pretensa liberdade para ferir a igualdade, ainda que a Suprema Corte tenha utilizado a ponderação de valores que coloca em confronto os dois princípios fundamentais. Essa sentença abriga a noção de proteção jurídica contra o racismo e demonstra a necessidade de uma identidade constitucional aberta, que deve permanecer sempre em construção para atender àquilo que o próprio constitucionalismo desencadeia: o surgimento da codependência entre esfera pública e esfera privada.

Palavras-chave: Igualdade. Diferença. Liberdade. Discurso do ódio. Integridade. Luta por reconhecimento.

ABSTRACT

This dissertation analyzes both principles, Equality and Freedom, as complementary in the Democratic State of Law, trying to demonstrate that the Hate Speech is a kind of abuse of rights, because it considers Liberty as opposite of Equality. Correctly, the constitutional principles must be understood as an understanding of the Law as integrity in the new paradigm, in its discursive form. This way, the offended use the Law to struggle for recognition of rights, specifically, the right of equality as a right to be different. In this context, the analyze of the decision of the Brazilian Supreme Court in the HC 82-424/RS, known as the Ellwanger case, will demonstrate the impossibility of using a pretense liberty against equality, notwithstanding Supreme Court ruling used de technique of ponderation that

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Professor da Universidade Federal do Pará. Advogado.

understands both constitutional principles as opposite. This decision holds the notion of juridical protection against racism and shows the necessity of the identity of the constitutional subject been always open and that it must remain in construction to attend what the constitutionalism arouses the co-dependence between the public sphere and the private sphere.

Key-words: *Equality. Diference. Freedom. Hate speech. Integrity. Struggle for recognition.*

1 INTRODUÇÃO

O tema proposto neste artigo é, de fato, um tema de enorme importância e um dos “grandes desafios a ser enfrentado pelo Direito Constitucional Contemporâneo, na exata medida em que questiona os fundamentos e os limites do Estado Democrático de Direito” (MEYER PFLUG, 2009, p. 13).

Esse tema limítrofe, que é o discurso do ódio ou “*hate speech*” é conceituado por Michel Rosenfeld (2003, p. 2) como “o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade” e podemos acrescentar ainda, gênero ou opção sexual.²

Ele exprime uma ideia de ódio, desprezo ou intolerância contra determinados grupos, menosprezando-os, desqualificando-os ou inferiorizando-os pelo simples fato de pertencerem àquele determinado grupo.

A questão a ser analisada é, pois, saber se palavras ou expressões ofensivas, direcionadas a minorias e grupos historicamente explorados e vitimizados, deveriam ser proibidas ou permitidas de acordo com o ideal de um Estado Democrático.

Ocorre, portanto, que essas democracias constitucionais têm enfrentado um problema complexo, um paradoxo, qual seja, o de “assegurar o mais amplo fluxo de pensamentos, ideias, opiniões e fatos na vida social e, ao mesmo tempo, resguardar os cidadãos de abusos cometidos no exercício da liberdade de expressão” (FARIAS, 2004, p. 18).

O problema de quanta intolerância³ uma democracia liberal deve tolerar tem preenchido o debate internacional há anos. No entanto, são raros os textos em Português sobre o assunto. Pouco se tem estudado sobre essa temática no Brasil, talvez por causa do mito da miscigenação racial que existe em nosso país.

Ultimamente, inúmeros são os casos que atraíram os “holofotes da mídia mundial” (SARMENTO, 2006, p. 208). O atual debate leva em consideração a liberdade artística em confronto com a religião e interesse de menores, como o caso Queermuseu.

No dia onze e doze de agosto de 2017, uma marcha na cidade americana de Charlottesville

² O conceito de discurso do ódio no Direito Comparado é bastante plural, pois não existe um conceito único que o defina. Ele é marcado pela abordagem regional ou nacional que cada país dá ao hate speech. Isto ocorre porque o Pacto pela Eliminação da Discriminação Racial estabeleceu um padrão muito amplo que é, no mais das vezes, revisto por cada país. Sobre o tema ver: CALLAMARD, Agnes. Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: Freedom of Expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence. Disponível em: www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc>. Acesso em: 16 jun 2008

³ Sobre o tema da intolerância ver: CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Editora UNESP, 2003; MINOW, Martha. Tolerance in a Age of Terror. Southern California Interdisciplinary Law Journal, Los Angeles, v. 16, n. 3, p., 2007; OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

reuniu protestantes neonazistas que entoavam dizeres sobre a ‘supremacia branca’ e *slogans* contra judeus, negros, muçulmanos e homossexuais que resultou em uma pessoa morta e mais trinta feridas.

Nesse mesmo ano, um deputado federal de direita teve sua condenação mantida, por unanimidade, pelo Superior Tribunal de Justiça, a pagar indenização por danos morais a outra deputada por ter afirmado que ela sequer merecia ser estuprada pois a considerava muito feia, bem como depois foi condenado por ofender os quilombolas.

O ano de 2015 começou com o Mundo chocado por conta do ataque na sede do jornal Charlie Hebdo, em Paris, deixando pelo menos 12 pessoas mortas e 11 feridas em um tiroteio. O crime aconteceu no escritório do jornal francês Charlie Hebdo, que já havia sido alvo de um ataque no Passado após publicar uma caricatura do profeta Maomé.

Em 2014, durante os debates para a eleição de Presidente da República do Brasil, um dos candidatos manifestou sua frontal oposição ao reconhecimento de um ente familiar formado por um casal do mesmo sexo, conclamando os heterossexuais, como maioria, a enfrentarem a minoria dos homossexuais, motivo pelo qual foi condenado em 2015 a pagar indenização de um milhão de reais ao Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT.

No Brasil, em 2013, deputados e cidadãos, sob a vã desculpa de criticarem o PL 122/06, promoveram uma verdadeira “caça às bruxas” sob a leviana afirmativa de existir uma ‘imposição homossexual’, acusando os homossexuais de serem pederastas, pedófilos que deveriam ser isolados, pois qualquer contato com pessoas sadias deveria ser evitado.

Em 2009, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal condenou Marcelo Mello à pena de um ano e dois meses por ter, dolosamente, praticado o preconceito contra a raça negra por tê--los livremente ofendido na Internet ao, supostamente, criticar as cotas raciais, chamando a raça negra de macacos subdesenvolvidos, vagabundos e ladrões.

Em 2003, aquele que tem sido conhecido como o *leading case* brasileiro sobre o tema, Siegfried Ellwanger, escritor e sócio de uma empresa editora de livros, escreveu, editou e publicou obras de sua autoria e da autoria de outros escritores nacionais e estrangeiros, abordando temas anti-semitas, foi condenado pelo Superior Tribunal Federal por crime de racismo.

E mais, um texto de José Bento Monteiro Lobato (1882 – São Paulo – 1948), uma piada sobre negros e outra sobre estupro de mulheres; uma música; um ataque religioso à projeto de lei que criminaliza a homofobia. Esses são apenas alguns pequenos casos cotidianos que geram na atual sociedade democrática um verdadeiro dilema acerca dos limites da liberdade de expressão. São claros exemplos de intolerância às ideias e de ideias de intolerância.

Ou ainda, o caso da charge do profeta Maomé divulgada por um jornal dinamarquês, o *Jyllands Posten*, em 30 de setembro de 2005, e, mais recentemente, Bispo Richard Williamson que negou o holocausto. É um tema, portanto, “paradigmático” (MENDES, 2008).

Na primeira parte deste Trabalho será abordado o tema do discurso do ódio levando em consideração a noção de igualdade frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito que entende como requisito essencial da atual sociedade a diferença e a diversidade.

Logo em seguida, tenta-se demonstrar que a proibição do discurso do ódio deve ser entendida como uma tentativa de diminuir padrões sociais degradantes, devendo, ao contrário, lutar-se pelo reconhecimento de uma maior inclusão.

2 DISCURSO DO ÓDIO E A IGUALDADE NA DIFERENÇA

Segundo Thweatt (2002, p. 167), o ódio “é a desvalorização do outro, a falta de reconhecimento dos valores e da própria razão do ser individual e da coletividade”. Não “é um acidente nem um erro de percurso. É uma sede fundamental de destruir que revela um abismo à superfície da terra, à flor da pele, que não existe atrás de nós, mas em nós mesmos e ao nosso redor”. (GLUCKSMANN, 2007, p. 49) Assim, o discurso de incitação ao ódio é considerado por alguns autores como uma forma de discurso “repugnante” (BRUGGER, 2007, p. 1).

A experiência mundial mostra que a percepção em relação à diferença entre discurso de ódio passível de proibição e discurso protegido pela liberdade de expressão não é uniforme⁴, uma vez que as democracias ocidentais ora convergem, ora se distanciam, no entendimento deste tema.

O combate ao *hate speech* pode variar de uma tendência mais liberal, que visa estender ao máximo a liberdade de expressão, como é o caso da jurisprudência norte-americana⁵, que nem sequer enxerga, na maioria dos casos discutidos, o direito à igualdade, até à rigorosa tendência alemã que pune a mera opinião nos casos de antissemitismo e de negação do Holocausto. Em outras palavras, na proteção do discurso do ódio, vai-se do “*laissez-faire* americano à vigilância alemã” (ROSENFELD, 2003, p. 3).

Faz-se necessário, portanto, repensar os argumentos utilizados na proibição do discurso de incitação ao ódio, procurando demonstrar que a melhor forma de lidar com o *hate speech* é proibindo-o, pois não há como conceber um discurso que nega o reconhecimento do outro como um indivíduo livre e igual em um Estado Democrático de Direito no qual a produção de uma identidade constitucional inclusiva e aberta, ocorre levando-se em conta à tensão entre facticidade e validade, garantindo as autonomias pública e privada, aberto a concepções ético-políticas e culturais diversas.

A evasividade e abertura dessa identidade constitucional não devem ser um problema a ser resolvido, mas sim a ser incorporado à prática interpretativa dos direitos fundamentais da igualdade e da não-discriminação, através da negação, da metáfora e da metonímia, segundo Rosenfeld (2003), que nós construímos e reconstruímos as noções sobre nós mesmos.

Nesse viés, o Discurso do ódio se baseia na noção de uma igualdade constitucional construída no paradigma do Estado democrático de Direito, como uma incorporação da diferença, entendendo-se a igualdade justamente como o respeito à diversidade. Nos dizeres de Dworkin (2003), tratamento como um igual e não o direito a um igual tratamento.

⁴ Sobre o tema, ler: VILLANUEVA, Ernesto. Régimen constitucional de las libertades de expresión e información en los países del mundo. Madri: Editora Fragua, 1997; COLIVER, Sandra. Striking a balance: Hate speech, freedom of expression and non-discrimination. Essex: Human Rights Centre, University of Essex, 1992.

⁵ Alguns autores expressam o entendimento internacional sobre o tema e sobre como pode e deve ser a liberdade de expressão restringida. Frederick Schauer, por exemplo, considerou excepcional a abordagem norte-americana da primeira emenda (SCHAUER, Frederick. The exceptional first amendment. Disponível em: < <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract-id=668543>>. Acesso em: 13 nov. 2008.). Para Lee Bollinger, a sociedade americana é uma “sociedade tolerante” (BOLLINGER, Lee. The tolerant society: freedom of speech and extremist speech in America. New York: Oxford University Press, 1986). Kevin Boyle escreveu o artigo “Discurso do ódio: os Estados Unidos contra o resto do mundo?” (BOYLE, Kevin. Hate Speech: the United States versus the rest of the world? Maine law review, v. 53, n. 2, p.488-502, 2001). Robert A. Sedler também escreveu um artigo que leva o mesmo subtítulo (SEDLER, Robert A. An essay on freedom of speech: The United States versus the rest of the world. Michigan State Law Review, Wayne State University Law School vs. 2006:2, 2006). Quanto à jurisprudência norte-americana, ver: Beauharnais vs. Illinois, 343 U.S. 250 (1952); Brandenburg vs. Ohio, 395 U.S. 444 (1969); R.A.VS. vs. St. Paul, 505 U.S. 377 (1992); Virginia vs. Black et al.

É por este motivo que os discursos de ódio são tão ameaçadores ao constitucionalismo, especialmente quando buscam usar a constituição contra ela mesma, invocando a liberdade de expressão como autorizadora de um discurso que nega a própria igualdade constitucional.

Portanto, qualquer outra forma de entender o discurso do ódio, é entendê-lo sobre um paradigma já vencido que viam a liberdade e a igualdade como direitos antagônicos. O Estado Democrático de Direito pressupõe, ao contrário, que é constitutiva do ser humano a diversidade e a diferença (GALUPPO, 2004).

Assim, nos dizeres de Drummond de Andrade (2002, p. 77) “ninguém é igual a ninguém. Todo ser humano é um estranho ímpar”, que causa segundo Flávia Piovesan (2006, p. 183) o binômio inclusão-exclusão, pois toda inclusão gera uma exclusão.

Exemplo disso foi a afirmação de igualdade ante o conceito sociológico de raça estabelecido na decisão do que se tornou conhecida como o Caso Ellwanger⁶, no qual a discussão sobre a cientificidade do conceito de raça é ultrapassada pela decisão da maioria do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque como o Ministro Gilmar Mendes demonstrou, após o Projeto Genoma a classificação em raça baseara-se em reflexões “pseudo-científicas” (2004, p. 63).

Essa decisão abriga a noção de que a proteção jurídica contra o racismo toca, ao fim, o sentido de igualdade e uma identidade constitucional que deve permanecer sempre em construção para atender ao que o próprio constitucionalismo desencadeia como signo da modernidade: o surgimento codependente e complementar da esfera privada e da esfera pública.

Nesta acepção, o tratamento jurídico do Discurso do Ódio dá-se por intermédio de um diálogo entre a tradição e os princípios constitucionais contemporâneos e uma concepção de direito como integridade, onde se entende o Passado através do Presente, a fim de permitir uma leitura coerente para o Futuro, tal como um romance escrito em série ou em cadeia.

Justamente nesse sentido é a crítica ao voto do Ministro Moreira Alves no caso Ellwanger. O Ministro considerou como crime de racismo, somente a discriminação realizada diretamente contra negros, tendo em vista a concepção original do Constituinte. Recorreu ao elemento histórico ou à interpretação histórica da Constituição, buscando nos debates parlamentares a vontade do Constituinte. Apresentou a justificativa do Constituinte Carlos Alberto Caó para a Emenda Aditiva à Constituição, no sentido de que, ainda àquele momento, depois de cem anos da abolição, os negros continuavam a sofrer racismo, daí a necessidade do dispositivo constitucional. E, citando constitucionalistas clássicos brasileiros, como Pinto Ferreira, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Celso Bastos, Cretella Júnior, concluiu que racismo significava apenas preconceito contra a raça negra.

Ocorre, no entanto, que, ao contrário do afirmado pelo Ministro, um texto não é estático, ele é dinâmico, e enquanto fruto das práticas sociais ele depende delas para ganhar sentidos os mais diversos, tendo em vista a impossibilidade de a linguagem ser controlada (OMMATI, 2004, p. 45).

Ela é fluida e não pode ser aprisionada. Assim, é normal que o termo racismo tome novos significados, mais amplos, até mesmo com os avanços da Genética, mostrando que raça não existe

⁶ O julgamento do habeas corpus 82.424/RS referente ao caso Siegfried Ellwanger, teve todos os votos dos Ministros do STF compilados no livro Crime de racismo e anti-semitismo: um julgamento histórico no STF: habeas corpus n 82.424/RS . Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2004.

biologicamente, mas é um conceito social (OMMATI, 2008). Afinal, não existe objetividade absoluta. Todo intérprete propõe a sua interpretação que, não obstante, não é de modo algum arbitrária, mas pode alcançar ou não um grau definido de propriedade (GADAMER, 2006, p. 10).

Desse modo, não há outra maneira de entender o voto do Ministro Moreira Alves se não aquém do paradigma do Estado Democrático de Direito e não entendendo o Direito como integridade. Sob a perspectiva hermenêutica, não se mostra correta a interpretação de textos normativos, em que a intenção é descoberta do sentido que pretendeu o intérprete autêntico. Inapropriada, no mínimo, a interpretação do Ministro, haja vista a reviravolta hermenêutico-pragmática na Filosofia da Linguagem (OMMATI, 2008).

2.1 O Discurso do Ódio e a luta por reconhecimento

O Discurso do Ódio ou os discursos preconceituosos geram uma espécie de reconhecimento recusado que, segundo Honneth (2003), são geradoras do impulso para a resistência social e para uma luta por reconhecimento. Essa negação de direitos, causada pelo Discurso do Ódio, conduz à perda de autorrespeito, à perda da capacidade de se referir a si mesmo como um igual.

É dessa forma que as lutas por reconhecimento são tentativas de colocar fim a padrões sociais degradantes. A sua tese é a de que não se apreende a gramática moral desses conflitos se se deixa de ver que as pretensões por reconhecimento só podem ser satisfeitas mediante uma maior inclusão.

Habermas (2003) observa que o Estado Democrático de Direito é entendido como uma associação de pessoas livres e iguais, estruturada por relações de reconhecimento mútuo em que cada indivíduo espera ser respeitado por todos como livre e igual.

Ocorre, no entanto, que esse cenário é simplesmente inviabilizado pelo *hate speech*, que está muito mais próximo de um ataque do que de um debate de opiniões, pois “diante de uma manifestação de ódio, há dois comportamentos prováveis da vítima: revidar com a mesma violência, ou retirar-se da discussão, amedrontada e humilhada” (SARMENTO, 2006, p. 236), e nenhum deles contribui minimamente para uma sociedade democrática. É o “efeito silenciador” do discurso (FISS, 2005).

Ignora-se, ainda, os efeitos que tal discurso pode ter sobre outros indivíduos. Muitas vezes, aquele discurso tímido, sem voz ou silencioso pode acabar se tornando mais alto e findar por atrair um maior número de adeptos que percebiam ali uma forma de serem apreciados entre os amigos. Afinal, o ódio e o racismo não são inatos, mas aprendidos (VAN DIJK, 2008, p. 15). Há quem diga (DHARMAPALA; MCADAMS, 2008) que os atos praticados pelos ofensores no Discurso do Ódio são movidos pelo desejo de fama e reconhecimento entre aqueles que compartilham da mesma ideologia.

Esta teoria descreve que a opinião dos outros é uma motivação intrínseca no cometimento do crime. Além disso, acredita-se que o discurso e o comportamento possuam uma conexão inevitável. Assim, a necessidade de estima entre aqueles que partilham do mesmo pensamento leva à renovação do Discurso do Ódio que frequentemente afeta a própria conduta do indivíduo. Dharmapala & MacAdams (2008) começam seu artigo “*Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior*” descrevendo diversas situações ocorridas nos Estados Unidos em que determinados indivíduos acordaram um dia e resolveram “sair matando” pessoas de grupos desprotegidos.

Morgan (2008) define pelo menos três maneiras através das quais o Discurso do Ódio pode causar danos à segurança de outras pessoas. A primeira forma é o dano específico e direto às vítimas dos grupos difamados. A segunda ocorre quando o Discurso deixa de ser meramente controvertido e, em determinados contextos, funciona como combustível levando à violência e à quebra da paz. Por fim, a terceira forma de ferir a segurança pública ocorre frente aos custos sociais indiretos que não a violência, como por exemplo, a cultura, o pensamento nacional e a forma de julgar as outras pessoas.

José Tiago Reis Filho, em “Negritude e Sofrimento Psíquico”, relata brevemente a história de sua paciente negra e de seu sofrimento psíquico:

Inicialmente, descrevia-me seus ataques, que se davam em casa, geralmente à noite, na solidão do seu quarto ou no banheiro. Depois, associou-os à questão racial, relembrando algumas cenas: as muitas vezes em que foi xingada de macaca na escola ou na rua. Certa vez deixaram uma banana em sua carteira, fazendo alusão ao apelido. As inúmeras referências ao ‘cecê’, como sendo um cheiro típico das pessoas negras, os estágios e empregos que perdeu, ou deixou de buscar: em um deles, enviou o currículo, foi chamada para uma entrevista e, quando a viram, disseram já ter preenchido a vaga, não lhe dando a chance de se apresentar. Cresceu tendo vergonha e rejeitando o próprio corpo, com todas as marcas de negritude que este porta: a cor preta, os cabelos crespos, os lábios grossos, as ancas largas. É sobre este corpo que a pulsão fará uma descarga agressiva: mutilar, arrancar os cabelos até a raiz sangrar, doer (REIS FILHO, 2006, p. 151).

Essas vítimas são silenciadas e a sua credibilidade é desgastada. “Algumas largam seus empregos, outras deixam seus estudos e a universidade. Algumas sofrem de doença de *stress* pós-traumático, outras cometem suicídio” (MAHONEY, 1996, p. 789). Como a própria Suprema Corte do Canadá descreveu, o Discurso do Ódio não é somente ofensivo, mas constitui um sério ataque à saúde psicológica e emocional⁷ das pessoas, que passam a se sentir invisíveis. É o que Solórzano, Ceja & Yosso (2000) chamam de microagressões.

É verdade que as palavras não perfuram, não cortam, nem explodem, portanto, nem ferem nem matam, mas, como no texto de Cecília Meirelles (1902 – Rio de Janeiro - 1964), datado de 1983, elas podem muito bem significar “estrelas de chumbo, rochedos de chumbo, a cegueira da alma, o peso do mundo”.

Deve-se esclarecer, no entanto, que o ódio não se resume meramente a incitação moral e emocional, pelo contrário, ele é a própria prática discursiva do desrespeito. Assim foi construído o mito ariano, uma representação simbólica de valores pessoais e sociais que se inseriram em níveis consciente e inconsciente.

Poliakov (1974) demonstra como este mito fora introduzido na sociedade alemã através de relatos da Arte, da Ciência e da Literatura. Foi a partir desse discurso que foi se criando uma realidade subjetiva e objetiva, na qual é flagrante a prática do desrespeito, de negação de direitos, do não reconhecimento do semita como um igual. O mito ariano foi fundamentado em bases filosóficas e científicas que corroboraram para sua fixação no inconsciente da população européia. É assim que tal

⁷ R vs. Zundel. 95 DLR (4th) 202, 228.

doutrina passa das “mãos dos cientistas às dos demagogos, para tornar-se finalmente a doutrina oficial do III Reich, quando homens, decretados não-arianos, foram oferecidos em holocausto aos deuses da raça.” (1974, p. 327).

Em, “The Language of the Third Reich”, Klemperer (2002) faz uma análise sobre a construção da mentalidade nazista, que apresenta o poder manipulatório da linguagem do Terceiro Reich, bem como sua estrutura, de maneira sistemática e completa.

A linguagem do Terceiro Reich, conforme as observações de Klemperer, era pobre, repetitiva, pautada em fé e fanatismo. Este discurso abusava dos superlativos com foco na mecanização das palavras e das pessoas, visando a tornar a Alemanha uma nação de indivíduos que reagissem de maneira automática e manipulada às diretivas de um regime autoritário.

Seria correto afirmar, como faz o filósofo israelense Margalit (1996, p. 9), que a “falta de respeito e a humilhação ocorre justamente quando há recusa de formas específicas de vida pelas quais os seres humanos exprimem sua humanidade”. Seguindo esta linha, Sennett (2004, p. 18) demonstra que o Discurso do Ódio, portanto, cria a chamada escassez de respeito.

A falta de respeito, embora seja menos agressiva que o insulto direto, pode assumir uma forma igualmente ofensiva. Nenhum insulto é feito ao outro, mas ele tampouco recebe reconhecimento; ele não é visto — como um ser humano pleno, cuja presença tem importância.

Quando uma sociedade trata a grande maioria das pessoas desta forma, julgando apenas alguns poucos dignos de reconhecimento, é criada uma escassez de respeito, como se não houvesse o bastante desta preciosa substância para todos. Como muitas formas de escassez, esta é produzida pelo homem; ao contrário da comida, o respeito nada custa. Por que, então, haveria uma crise de oferta.

É nesse sentido que o Discurso do Ódio é completamente inaceitável e incompatível com uma visão inter-relacional dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade.

Assim foi o resultado do julgamento do HC 82-424-2/RS. O Supremo decidiu por votação de oito (8) a três (3) tipificar como racismo o crime cometido por Ellwanger. Voto vencido, o Ministro Carlos Ayres Britto, após ler todo o livro do paciente chegou à conclusão de que deixando de lado a má técnica e a leitura penosa sem nenhum deleite intelectual ou agrado literário (BRASIL, 2004, 197), o Autor faz uma pesquisa histórica sob a perspectiva revisionista da Segunda Guerra Mundial e do Holocausto.

Não há como aceitar, no entanto, o conceito de Ciência desenvolvido pelo Ministro Carlos Ayres Britto, que entende não ser racista o livro pelo fato de ter sido escrito com base em pesquisas e conter citações bibliográficas, tendo em vista que a metodologia não garante a cientificidade em si do Trabalho, mas sim um suporte da comunidade científica e dos próprios fatos como se aprende com Gadamer (2002), em Verdade e Método e Kuhn (2006), em A estrutura das revoluções científicas.

Outros dois votos interessantes de serem analisados são os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Ambos fazem uso da Doutrina de Robert Alexy, para quem os princípios são mandatos de otimização, ou seja, eles devem ser cumpridos, porém o grau ou a medida dessa satisfação

dependeria das possibilidades e das condições de cada caso, bem como a teoria da proporcionalidade, que se desdobra na adequação, na necessidade e na proporcionalidade estrito senso.⁸

Seguindo tal teoria, o Ministro Gilmar Mendes entendeu ser a restrição do direito à liberdade de expressão proporcional e justa, tendo prevalecido o princípio do Direito a não ser discriminado.

Utilizando da mesma proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio, por sua vez, entendeu que o Autor defendeu uma ideologia que pode causar, e comumente causa, repúdio a muitos, o que não deixa de ser a defesa de uma crença.

É sobre a utilização da jurisprudência dos valores utilizada nestes dois votos que Marcelo Cattoni (2006, p. 191-203) tece uma crítica. É que a adjudicação de direitos deve ser orientada por um sistema de normas e não de valores. Quando da utilização de um sistema baseado em normas, a decisão leva em consideração aquilo que deve ser feito. No caso de uma jurisprudência de valores, decide-se o que é preferível.

O que se percebe do voto do Ministro Gilmar Mendes é que ele ‘vestiu’ sua decisão da teoria da proporcionalidade, quando na verdade ele acaba por utilizar a teoria de adequação de Klaus Günther.⁹

O que não pode ocorrer, como pretende Alexy, é que o princípio da liberdade de expressão seja aplicado como um mandado de otimização, onde o princípio deve ser cumprido na maior medida possível, em outras palavras, o seu grau de satisfação deve ser otimizado. (ALEXY, 1993)

A decisão da maioria foi coerente com um Estado Democrático de Direito, com base em uma racionalidade comunicativa de incorporação da diferença. No entanto, quanto à forma e à utilização da jurisprudência dos valores, fica a crítica.

O que não se percebeu, no entanto, nos votos vencidos, é que o Discurso do Ódio possui em sua essência uma noção de desigualdade impossível de ser aceita, noção que parte do pressuposto de que os judeus e os negros são sujeitos diversos de direitos e/ou sujeitos de direitos diversos.

É por isso que Boaventura de Souza Santos (2003, p. 56) acredita termos o direito a ser “iguais, quando a nossa diferença nos inferioriza, e direito a ser diferentes, quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

R. H. Tawney declara:

[...] criticar a desigualdade e desejar a igualdade não é, como às vezes se sugere, alimentar a ilusão romântica de que os homens são semelhantes em caráter e inteligência. É sustentar que, embora seus dotes naturais difiram profundamente,

⁸ Sobre o tema ver:

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing, and rationality. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, jun. 2003.

_____. Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro, dez. 1998.

_____. *Derecho y razón práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993^a.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993b.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Tradução Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁹ Sobre o autor, ver: GÜNTHER, K. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Tradução John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

GÜNTHER, Klaus. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. Doxa, Alicante*, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

é característica de uma sociedade civilizada objetivar eliminar tais desigualdades em sua origem, não nas diferenças individuais, mas na organização social [...] (2004, p. 296).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A igualdade é tomada como uma acepção aberta às diferenças, da igualdade com respeito à diversidade. Somente assim se poderá considerar o “outro” como parceiro igualmente digno em um diálogo moral, jurídico e político. Neste sentido, a noção de igualdade constitucional somente deve ser percebida como uma incorporação da diferença e o papel da adjudicação de direitos fundamentais é precisamente operar de modo contínuo o respeito à pluralidade e à manutenção de sua existência.

Não se deve reduzir, portanto, os princípios a uma diretriz excludente, o que permite um livre exercício do pluralismo de concepções inerentes à própria ideia de constitucionalismo. É necessário um processo de inclusão que considere a diferença e que aplique a ela um tratamento contra-fático, ou seja, que respeite como iguais essas visões exatamente por serem diferentes.

Daí a enorme importância de se promover uma abordagem equiprimordial da proteção à esfera privada e à possibilidade de atuação pública do cidadão, de modo a permitir a garantia de desenvolvimento de suas convicções acerca do Mundo e acerca do Bem, permitindo assim, uma livre formação da identidade individual desse cidadão, reconhecendo-o, ao mesmo tempo, como um igual agente moral, apto a atuar publicamente.

Desta forma, a pretensão de permissão do *hate speech* viola os princípios constitucionais da liberdade e da igualdade, entendendo-os em seus sentidos excludentes, ao pretender um discurso discriminatório que fere o âmago da constituição de um indivíduo, sua própria autocompreensão.

A experiência de rebaixamento, humilhação e degradação constitui recusa ao reconhecimento recíproco, causando um mar de angústias. Assim, não há como negar que o Discurso do Ódio deve ser entendido como violador da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima.

Ele não compreende o outro como um semelhante diferente, mas acaba por permitir uma inferiorização e um desrespeito à dignidade do outro atingido, destituindo-o de seu *status* de cidadão.

A ideia, portanto, de uma acepção intersubjetiva da consciência, na qual só é possível entender a si mesmo como livre e igual quando se conduzir a um entendimento de igual consideração para a efetivação de uma postura de respeito de um outro generalizado, é completamente destruída por um discurso que entende o outro como desmerecedor de iguais direitos.

O exercício democrático pressupõe tratar a todos como iguais independentemente de suas diferenças de gênero, raça, religião ou opção sexual. É nesta perspectiva que o direito de igualdade incorpora a diferença, devendo ser entendido como o direito de ser tratado como um igual e não como o direito a um igual tratamento.

Desse modo, somente através do reconhecimento de direitos individuais, por meio da proibição do Discurso do Ódio, poder-se-á gerar um autorrespeito, uma auto noção do sujeito, para que todos se reconheçam livres e iguais. Iguais, não como quiseram os “porcos” e os “cachorros” no livro *A Revolução dos Bichos*, de Orwell (2007), onde “todos os bichos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros”; ao contrário, nesta sociedade que se pretende emancipada e plural, todos os homens são

iguais, exatamente iguais uns aos outros, justamente por serem completamente diferentes.

É assim que, recorrendo a versos de Carlos Drummond de Andrade, em “Verdade Dividida”, conforme meu capricho, minha ilusão, minha miopia, opto pela metade da verdade que me parece mais bela: aquela que afirma que todos os indivíduos são inerentemente iguais, merecedores de tratamento como iguais, ainda que absolutamente diferentes. Verdade esta que não permite o Discurso do Ódio em um Estado Democrático de Direito, mas sim o discurso da igualdade e da liberdade, através da luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

_____. Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, Carlos Drummond de. Igual-Desigual. In: _____. **A paixão medida**. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 77.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Crime de racismo e anti-semitismo**: habeas corpus n.º 82.424/RS. Brasília, DF, 2004, p. 63

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, p.1, jan-mar 2007.

CALLAMARD, Agnes. **Expert meeting on the links between articles 19 and 20 of the ICCPR: Freedom of Expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence**. Disponível em: www2.ohchr.org/english/issues/opinion/articles1920_iccpr/docs/experts_papers/Callamard.doc. Acesso em: 16 jun 2008

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. **Tolerância e seus limites**: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Editora UNESP, 2003;

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DHARMAPALA, Dhammika; MCADAMS, Richard H. Words that kill? An economic model of the influence of speech on behavior (with particular reference to hate speech). **Journal of Legal Studies, Forthcoming**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=601368>. Acesso em: 17 ago. 2008.

FARIAS, Edilson. **Liberdade de expressão e comunicação**: teoria e proteção constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 18.

GADAMER, Hans-Georg; FRUCHON, Pierre (Org.). **O problema da consciência histórica**. Tradução Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 10.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. Tolerância e exclusão: um impasse para a democracia contemporânea. In: BITTAR, Eduardo C. B.; SOARES, Fabiana de. M. (Org.). **Temas de Filosofia do Direito**: novos cenários, velhas questões. Barueri: Manole, 2004. p. 221-236.

GLUCKSMANN, André. **O discurso do ódio**. Tradução Edgard de Assis Carvalho, Mariza Perassi Bosco. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007, p. 49-50.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

GÜNTHER, Klaus. **The sense of appropriateness**. Application discourses in morality and law. Tradução John Farrell. Albany: SUNY Press, 1993.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Presentación y traducción de Juan Carlos Velasco Arroyo. **Doxa**, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.

KLEMPERER, Victor. **The Language of the Third Reich**: a philologist's notebook. London: Continuum, 2002.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAWRENCE, Frederick M. The hate crimes/hate speech paradox: Punishing bias crimes and protecting racist speech. **Notre Dame Law Review**, [S.l.], v. 68, p. 673-721, 1993.

MAHONEY, Kathleen E. Hate speech: affirmation or contradiction of freedom of expression. **Illinois Law Review**, n.3, p. 789-808, 1996.

MARGALIT, A. **The decent society**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996, p. 9.

MEIRELES, Cecília. Palavras. In: _____. **Mar absoluto-retrato natural**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 18 nov. 2008.

MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio**. São Paulo: Editora RT, 2009.

MORGAN, Glyn. **Mill's liberalism, security, and group defamation**. Harvard University. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1088405>>. Acesso em: 18 fev. 2008.

MINOW, Martha. Tolerance in a Age of Terror. **Southern California Interdisciplinary Law Journal**, Los Angeles, v.16, n. 3, 2007.

OLIVEIRA, Aurenéa Maria de. Preconceito, estigma e intolerância religiosa: a prática da tolerância em sociedades plurais e em Estados multiculturais. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE**, Recife, v. 13, n. 1, p. 219-244, 2007.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A ponderação de interesses e de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: uma crítica aos novos pressupostos hermenêuticos adotados na decisão do HC nº 82.424-2. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 191-203.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 183.

OMMATI, José Emílio Medauar. **A igualdade no paradigma do estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 2004. p. 45

OMMATI, José Emílio Medauar. O sentido do termo racismo empregado pela Constituição Federal de 1988: Uma análise a partir do voto do ministro Moreira Alves no HC 82.424/RS. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Fortaleza, v. 8, p. 542-587, 2008.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**: um conto de fadas. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

POLIAKOV, Léon. **O mito ariano**: ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos. São Paulo: Perspectiva, 1974.

POPPER, Sir Karl R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998.

REIS FILHO, José Tiago. Negritude e sofrimento psíquico. **Pulsional - Revista de psicanálise**, São Paulo, ano XIX, n. 185, p. 151, mar. 2006.

ROSENFELD, Michel. **Hate speech in constitutional jurisprudence**: a comparative analysis. **Cardozo Law Review**, New York, 24, n. 4, p. 2, abr. 2003.

ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. **Cardozo Law Review**, New York, p. 1049-1109, Jan.1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SENNETT, Richard. **Respeito**: a formação do caráter em um mundo desigual. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SOLÓRZANO, Daniel; CEJA, Miguel; YOSSO, Tara. Critical Race Theory, Racial Microaggressions, and Campus Racial Climate: The Experiences of African American College Students. **Journal of Negro Education**, v.69, n. 1/2, inverno 2000. Disponível em: http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3626/is_200001/ai_n8894484/?tag=content;col1. Acesso em: 19 set. 2008.

TAWNEY. R. H. **Equality**. Londres: Alien &Unwin, 1931,

THWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials. **Journal of hate studies**, Spokane, WA, v.1, p.167, 2001-2002.

VAN DIJK, Teun A. (Org.). **Racismo e discurso na América Latina**. São Paulo: Contexto, 2008.

N. C. P. B. da R.

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL À AÇÃO REGRESSIVA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL CONTRA EMPRESA

*CONSTITUTIONAL PROTECTION OF THE WORK ENVIRONMENT AND JURISDICTIONAL
JURISDICTION TO THE REGRESSION ACTION OF THE INSS AGAINST COMPANY*

Océlio de Jesus Carneiro de Moraes¹

RESUMO

A proteção que uma Constituição destina ao seu meio ambiente do trabalho, sob a perspectiva das interdependências do sistema social envolvente é, em última análise, a defesa que ela define em caráter jurídico aos seus trabalhadores, bem como é a ordem que impõe às empresas quanto às obrigações relativas à eliminação ou controle total dos riscos laborais. Compreender essa dinâmica constitucional ao meio ambiente do trabalho e ao trabalhador – a partir de uma abordagem descritiva e explicativa das normas constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudência – é a finalidade doutrinária deste artigo, cujo objetivo processual é saber se a Justiça do Trabalho possui competência material às ações regressivas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) contra empresas, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho.

Palavras-chave: Trabalho seguro. Sociedade de riscos. Proteção constitucional. Ação regressiva. Competência.

ABSTRACT

The protection that a constitution assigns to its environment of work, from the perspective of the interdependencies of the surrounding social system, is, ultimately, the defense that it defines in legal terms to its workers, as well as the order which it imposes on undertakings as regards the obligations relating to the disposal or full control of occupational hazards. Understanding this constitutional dynamic to the work environment and to the worker – on the basis of a descriptive and explanatory approach to constitutional, infra-constitutional and case-law – is the doctrinal purpose of this article, whose procedural objective is to know if the Labor Court has material competence to the regressive actions of the National Institute of Social Security (INSS) against companies, in cases of negligence regarding the standard norms of safety and hygiene of the work.

¹ Pós-doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae Centro de Direitos Humanos (Human Rights Centre) da Faculdade de Direito de Coimbra, com pesquisa central em em Direitos Humanos Fundamentais e Justiça Constitucional; Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com tese em Jurisdição. Trabalho e Previdência Social; Mestre em Direito Constitucional pela UFPA, com dissertação sobre a proteção jurídica aos direitos da personalidade e crimes de imprensa Juiz Federal do Trabalho, desde 1996 (aprovado em 1º lugar), titular da 11ª Vara (TRT 8 R), Professor do programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da UNAMA; diretor geral da Escola Associativa dos Magistrados do Trabalho do TRT 8ª região; autor de vários livros e artigos jurídicos. E-mail: carneirodemoraes.oj@gmail.com

Keywords: *Safe job. Risk society. Constitutional protection. Regressive action. Competence.*

1. INTRODUÇÃO

O problema de estudo deste artigo é saber o alcance da proteção constitucional brasileira ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro e, a par disso, o objetivo principal é investigar a competência material da Justiça do Trabalho ao julgamento das ações regressivas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em causas acidentárias contra empresas, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.

Nessa perspectiva, a temática é constitucional e jurisdicional, à medida em que a identificação da proteção constitucional específica ao meio ambiente do trabalho enseja a definição do regime de competência jurisdicional para o julgamento das causas acidentárias e a sua repercussão previdenciária no âmbito dos contratos de trabalho.

A metodologia adequada para esta pesquisa, quanto à abordagem, é a descritiva e explicativa das normas constitucionais, infraconstitucionais e jurisprudência atuais, tendo em conta o objetivo do estudo.

O problema de estudo é atual e relevante para os estudos acadêmicos, causas judiciais e à organização social em geral, pois as transformações das relações de trabalho possuem interdependência com o meio ambiente do trabalho e com a sua proteção constitucional, com o modo exercício de trabalho humano e com as repercussões à saúde do trabalhador. Esta é, desse modo, a justificativa deste artigo, considerando-se ainda que o meio ambiente do trabalho saudável e seguro é o principal objeto da proteção jurídico-constitucional como garantia ao trabalhador.

O artigo está dividido em três eixos: a) aspectos gerais da proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho ante os riscos sociais. b) a proteção constitucional específica ao meio ambiente do trabalho e a repercussão previdenciária. c) ação regressiva decorrente de acidente do trabalho: ação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS contra a empresa, cabimento, competência e jurisprudência atual.

2. REFERÊNCIAL TEÓRICO

2.1. Aspectos gerais da proteção constitucional ao meio ambiente do trabalho ante os riscos sociais

A compreensão da proteção constitucional brasileira ao meio ambiente do trabalho está relacionada a risco social², porque este é parte do complexo “sistema social abrangente”³, assim definido por Luhmann para explicar a “estrutura normativa do sistema social da própria sociedade”⁴ baseada no Estado de Direito..

² BALERA leciona que “na modernidade, o risco se sujeita aos rigores das leis da lei das probabilidades.....” Cf. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 153. o autor acrescenta que “... os traços fundamentais da modernidade são o discurso científico, o capitalismo e a ideia de estado-nação”, este conceito relaciona à “Paz de Westphalia (1658)”, desenvolvido com a “era das revoluções” e, aquele, Op. Cit. 2010.p. 153. BRÜSEKE ensina que, num sentido restrito, “risco quer alertar para as consequências futuras negativas de uma variedade praticamente ilimitada de fenômenos e processos”. “quer alertar para a emergência de futuros eventos danosos para o Homem, sejam eles futuros de uma ação individual, sejam resultados não-intencionados de uma ação coletiva, sejam ainda simplesmente fenômenos naturais com efeitos negativos para a sociedade”. Cit. Risco e Contingência. Societec e Prtints. Florianópolis, SC, v. I, n. 2, p. 35-48, Jul-Dez/2006.

³ LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 80, 1985. p. 53. Sociologia do Direito I, 1985. p.45-47.

⁴ LUHMANN. Op. Cit. Sociologia do Direito II, 1985.p. 52.

O Estado de Direito é, na lição de Luhmann, “O Estado que desenvolve-se no sentido do Estado protetor de direitos”⁵.

Nessa perspectiva, o Estado de Direito pressupõe um Estado jurídico, um Estado constitucional, caracterizado como Estado garantista e efetivador de direitos.

A questão da proteção ao meio ambiente do trabalho por uma Constituição insere a matéria no âmbito do direito público constitucional e que, como corolário, reclama proteção estatal como um direito difuso da própria sociedade.

A ideia de Estado protetor de direitos serve — em face das relações de trabalho pós—-modernas — para também compreendê-las no universo do risco social, à medida que, ainda na perspectiva luhmanniana, “o homem vive em num mundo constituído sensorialmente [...] com uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, percepção, assimilação de informações”, [que podem resultar na] “‘potenciação do risco”⁶.

Na prática, a potencialização do risco significa que as medidas individuais e coletivas de segurança e Medicina do Trabalho na pós-modernidade devem levar em conta as características da sociedade tecnológica de risco: a contingência do perigo, a probabilidade do acidente, a complexidade do âmbito das expectativas humanas imediatas, a insegurança quanto ao futuro incerto, o surgimento de novas doenças do trabalho e doenças profissionais.

No caso brasileiro, a ordem jurídica constitucional instalada em 5 de outubro de 1988 definiu o perfil do Estado do bem-estar e da justiça sociais ao enfrentamento dos riscos sociais, por meio de ações públicas positivas, incluindo-se as decisões judiciais aos casos ameaça e de lesão a direito do trabalhador e ao meio ambiente do trabalho.

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB de 1988) densificou o compromisso social já assumidos na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de Julho de 1934, quando adotou em seu preâmbulo os valores da “justiça e o bem-estar social”, dentre outros, para “organizar um regime democrático”.

Esses mesmos valores, mas como objetivos maiores da ordem social, estão consagrados no Artigo 193 da CRFB de 1988, quando declara que “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”.

A proteção ao meio ambiente do trabalho saudável inclui-se, dessa forma e como perspectiva finalística da Constituição, dentre os objetivos do bem-estar e a justiça sociais.

Concretamente, o meio ambiente do trabalho seguro é um os objetivos do Estado social e, por isso, é definido normativamente, como direito social fundamental na CRFB de 1988, nos termos dos artigos 5º (Caput), 6º (Caput), e 7º, inciso XXII.

Assim definido como Direito Fundamental, o meio ambiente do trabalho recebe a proteção constitucional sob dois aspectos:

O primeiro aspecto é a garantia de que, juridicamente, trabalhadores brasileiros e estrangeiros aqui residentes têm igual garantia quanto a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança.

Essa proteção jurídica atende ao espírito universalista da Constituição brasileira de 1988, cuja República Federativa comprometeu-se garantir por meio de acordos ou tratados bilaterais, trilaterais

⁵ LUHMANN. Sociologia do Direito II, 1985.p. 52-53.

⁶ LUHMANN. Sociologia do Direito I, 1985.p.45.

ou multilaterais sobre segurança do trabalho e sobre os direitos recíprocos de seguridade social⁷ ou por meio das ratificações das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho, que tratam do trabalho⁸.

A declaração de inviolabilidade à segurança não é restrita à noção kelseniana⁹, mas – numa perspectiva moderna ou pós-moderna de riscos sociais – é ampla e abrange todos os aspectos das relações humanas, por exemplo, no âmbito das relações de trabalho: a garantia ao trabalho seguro e decente, o que implica a neutralização e eliminação “dos riscos inerentes aos trabalhadores urbanos e rurais”¹⁰.

O segundo aspecto importante está relacionado à natureza jurídica das normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais na ordem jurídica brasileira. São normas definidoras de Direitos Fundamentais nos Artigos 6º e 7º da CRFB de 1988.

Ingressam com natureza de Direitos Fundamentais, e com equivalência de emenda constitucional, os acordos e tratados internacionais, as convenções na ordem constitucional brasileira, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Isso porque dizem respeito (em sentido amplo) aos direitos humanos, conforme o Artigo 5º, § 3º, CRFB/88.

Desse modo, a qualificação do meio ambiente do trabalho saudável e seguro como direito social exige o conceito de risco, à medida em que o Estado brasileiro se compromete com a “ordem interna e internacional” à eliminação dos riscos sociais e do trabalho.

Portanto, a eliminação dos riscos inerentes aos trabalhadores urbanos e rurais, para assegurar o trabalho seguro e decente, é afeta ao meio ambiente do trabalho como obrigação de ordem pública em face do Estado e das empresas.

Assim, a expressa vontade da CRFB de 1988, em face dessas normas de eficácia plena e de aplicabilidade imediata, relativas ao meio ambiente do trabalho, está vinculada à proteção constitucional específica ao Direito Fundamental ao meio ambiente do trabalho seguro e à repercussão previdenciária.

⁷ Tendo como órgão gestor o INSS, no Brasil os acordos internacionais objetivam “garantir os direitos de seguridade social previstos nas legislações dos dois países aos respectivos trabalhadores e dependentes legais, residentes ou em trânsito no país”, sujeitos ao Regime de Previdência Social. Dentre os acordos internacionais vigentes, citam-se: a) IBEROAMERICANO (A Convenção já está em vigor para os seguintes países: Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Espanha, Paraguai e Uruguai) – atualizado em novembro de 2011; b) MERCOSUL, celebrado em 1997 entre Argentina, Paraguai e Uruguai, é um acordo multilateral de seguridade social. Os Acordos de Previdência Social garantem os seguintes benefícios relativamente aos eventos: incapacidade para o trabalho (permanente ou temporária); acidente do trabalho e doença profissional; tempo de serviço; velhice; morte; reabilitação profissional. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/>. Acesso em: 15 out. 2017.

⁸ Convenção 161 (sobre Serviço e saúde do Trabalho) de 1985 e ratificada em 1990 pelo Brasil. Convenção 164 (sobre Proteção à Saúde e Assistência Médica aos Trabalhadores Marítimos) de 1967, ratificada pelo Brasil em 1997; Convenção 167 (Sobre segurança e saúde na construção), de 1998, ratificada em 2006; Convenção 168 (Proteção ao emprego e proteção contra o desemprego) de 1983, ratificada em 1993; 170 (Segurança no trabalho com produtos químicos), de 1990, ratificada em 1996; convenção 174 (Sobre prevenção de acidentes industriais maiores) de 1993, ratificada em 2001; convenção 175 (sobre segurança e saúde nas minas) de 1985, ratificada em 2001; convenção 182 (sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua erradicação), de 1999, ratificada em 2000. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Escritório no Brasil.

⁹ Aquela que apresenta o direito como norma pura ou ordem normativa de coação. KLSSEN, Hans. Teoria Pura do Direito, São Paulo: wmfmartinsfontes, 2008:48.

¹⁰ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 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.

2.2. Proteção constitucional específica ao meio ambiente do trabalho e a repercussão previdenciária.

A CRFB de 1988 consagra proteção específica ao meio ambiente do trabalho em consideração aos riscos sociais, por exemplo, nos incisos XXII, XXVIII e XXXIII do Artigo 7º, qualificados como Direitos Sociais Fundamentais.

No inciso XXII a vontade expressa da Constituição é a redução de todos os riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Mas a vontade da Constituição, aqui, considera a projeção de uma situação fática **já constituída**, à medida em que seu objetivo é “reduzir os riscos inerentes ao trabalho”, enquanto a vontade deveria ser – pela força da norma-princípio fundamental – a neutralização dos riscos do trabalho.

Portanto, a vontade constitucional declarada no inciso XXII, Artigo 7º, sob o ponto de vista da adequação normativa, **ainda é tímida** porque concebe um sistema protetivo ao meio ambiente do trabalho que, por outras palavras, apenas “corre atrás do prejuízo”.

Isto é, **enquanto e quando** deveria maximizar as medidas preventivas de saúde, higiene e segurança do trabalho, seu objetivo é *apenas* reduzir tais riscos.

Mas é notável a vontade da Constituição declarada no inciso XXXIII, Artigo 7º, quando enuncia a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”.

Contudo, para essa natureza de trabalho, as medidas individuais e coletivas de saúde, higiene e segurança do trabalho devem ser no sentido da eliminação ou a neutralização da insalubridade “com a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância”; e “com a utilização de equipamentos de proteção individual ao trabalhador, que diminuam a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância”¹¹.

Já o inciso XXVIII, Artigo 7º garante ao trabalhador seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador.

Trata-se de norma protetiva em face dos riscos de acidente de trabalho, doenças do trabalho ou doenças profissionais adquiridas ou agravadas em razão da natureza, do modo ou método em que são exercidas as atividades laborais, ou, ainda, resultantes do próprio meio ambiente trabalho insalubre, perigoso ou penoso que exponha o trabalhador aos riscos.

No âmbito da CLT, a vontade legislativa quanto à proteção ao meio ambiente de trabalho está assim regulamentada:

Art. 157 (- cabe às empresas: (redação dada pela lei 6.514, de 22.12.1977). I - **cumprir e fazer cumprir** as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente. (Grifo Nosso).

As obrigações com caráter de ordem pública – “cumprir e fazer cumprir, instruir as normas de segurança e medicina do trabalho” – repercutem diretamente em duas questões:

¹¹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.

→ o trabalho seguro e a proteção previdenciária;
 → e a responsabilidade objetiva e subjetiva do empregador quanto a obrigação de indenizar o trabalhador e de ressarcir o próprio INSS em caso de acidente de trabalho.

No que diz respeito à proteção normativa constitucional ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro (Artigo 7º) e a sua repercussão securitária, a Constituição **promete** a cobertura por meio das prestações e benefícios previdenciários, mas como aspectos reparatórios (o que não é bom) e não preventivos (o que seria bom).

Por isso que, diante dos riscos sociais e laborais inerentes à sociedade tecnológica, a organização, a manutenção e a execução da inspeção do trabalho **não pode** prescindir das peculiaridades das interdependências sociais.

As interdependências sociais **das e nas** relações de trabalho são também **consideradas no âmbito decisório** das questões econômicas, políticas, legislativas e até judiciárias.

Significa que apenas a proteção normativa não é suficiente para efetivar a vontade garantista da Constituição quanto aos direitos sociais fundamentais, daí a previsão constitucional de acesos à Justiça como meio de prevenção de lesão ou de reparação a direito.

Nesse sentido, o direito de ação (Artigo 5º, X, CRFB de 1988) para indenização pelo dano material ou moral decorrente do acidente do trabalho e a ação regressiva do INSS contra o empregador.

2.3. Ação regressiva do INSS contra empresa: competência jurisdicional

E quando se trata de ação regressiva decorrente de acidente do trabalho, a competência é definida pela regra mais que elementar, a causa de pedir, que apresente: 1) um pressuposto ontológico, o contrato de trabalho ou uma relação de trabalho; 2) um pressuposto legal, o descumprimento (ato ilícito culposo, ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência), ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência

São esses pressupostos que debatem, na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o cabimento e a competência da ação regressiva acidentária do INSS em face do empregador. TTT

A doutrina¹² é dividida, não quanto ao cabimento, mas quanto à competência do órgão jurisdicional para processar e julgar a ação regressiva do INSS em face do empregador.

Uma corrente¹³ atribui à Justiça estadual a competência às ações regressivas, interpretando que a parte final do artigo 109, I, da CF/88, combinado com o artigo 129, II, da Lei 8.213/91, sustentaria essa competência.

O artigo 129, II, da Lei 8.213/91, dispõe que "Artigo 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados : II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal".

¹² Isso ocorre porque a ação acidentária possui uma natureza jurídica complexa, como aponta o Procurador Federal Fernando Maciel, que defende a natureza jurídica complexa das lides regressivas acidentárias, à medida que a ação regressiva acidentária pressupõe uma análise multidisciplinar de diversas questões afetas ao Direito Civil, do Trabalho e Ambiental. Confira a respeito o artigo A AÇÃO REGRESSIVA ACIDENTÁRIA DO INSS, SUA NATUREZA JURÍDICA E OS TRIBUNAIS, de Maria Auxiliadora Castro e Camargo, procuradora federal. De outro lado, Reginaldo Melha do, juiz do trabalho, sustenta a competência da Justiça do Trabalho, apontando as diferentes qualificações jurídicas inerentes ao acidente do trabalho e às ações regressivas do INSS.

¹³ Veja-se, nesse sentido, CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de direito previdenciário. 14. ed. Florianópolis, SC: Conceito Editoria.

Mas, a parte final do artigo 109 da CRFB de 1988¹⁴, exclui da competência da Justiça Federal comum ao julgamento das ações de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça do Trabalho”.

Ocorre que a ação regressiva do INSS, na topologia constitucional, não está inserida no conceito de “ações acidentárias”, de que trata o artigo 109, I, da CF/88. Mas, é uma espécie de ação que tem como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

E essa delimitação legal, quanto à **causa de pedir imediata**, está no artigo 120, da Lei 8.213/91, quando prever o cabimento do ajuizamento da ação regressiva do INSS contra a empresa “nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva”. Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Assim sendo, interpretamos e defendemos que **não há recepção** na CRFB de 1988 e nem na Lei 8.213/91 quanto à competência da Justiça estadual ao processamento e julgamento da ação regressiva do INSS contra a empresa, nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.

Outra corrente, que é mais expressiva, interpreta que compete à Justiça Federal comum o julgamento da ação regressiva.

E baseia-se notadamente na decisão em Conflito de Competência nº 59.970, na qual o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela competência da Justiça Federal comum, justificando que se trata de **ação de ressarcimento**, em face do empregador, ajuizada por uma autarquia federal (o INSS), motivo pelo qual aplicável ao caso seria a regra geral do artigo 109 da CRFB de 1988.

A regra geral no artigo 109, I, é a seguinte: “Artigo 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes [...]”.

A doutrina também se manifesta no sentido da competência da Justiça Federal comum, porque

- a) a aplicação do art. 129, II, da Lei nº 8.213/91 deve ser afastada, porque se funda na alimentariedade dos créditos envolvidos na ação acidentária e na hipossuficiência do trabalhador-acidentado, fundamentos que não se fazem presentes na ação regressiva;
- b) não se identificam, em tese, nenhum dos elementos (partes, causa de pedir e pedido) da ação acidentária com os da ação regressiva;
- c) como exceção que é, a competência para as “causas de acidente do trabalho”, deve ser interpretada restritivamente;
- d) o legislador constituinte não poderia ter pretendido englobar a ação regressiva como lide acidentária, já que aquela não era ainda da tradição de nosso direito.¹⁵

De outro lado, consideramos que a questão **precisa ser melhor repensada** para adequar-se ao verdadeiro espírito da norma constitucional e à própria jurisprudência sumulada do Supremo Tribunal Federal.

E o ponto de partida deve ser a observância **elementar da regra de competência**, que é a

causa de pedir remota e não a natureza jurídica da ação (regressiva de ressarcimento).

O segundo ponto fundamental é interpretação e aplicação da norma adequada ao espírito da norma constitucional.

No primeiro caso – a definição da competência pela causa de pedir remota – o pressuposto da ação regressiva é a “negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva”, que gerou o acidente do trabalho.

Esse critério **não conflita** com o artigo 109, I, da CF/988, porque a autarquia federal, ao propor a ação regressiva, o faz com a causa de pedir definida no artigo 120 da Lei 8. 213/91: “a negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva”.

Portanto, a negligência do empregador é o fato gerador do acidente de trabalho no âmbito de um contrato de trabalho ou de uma relação de trabalho.

De outro lado, a primeira parte do inciso I, Artigo 109, da CF/88 **somente** define a competência da Justiça Federal comum **para outras demandas** que não decorrentes da violação às normas padrão de medicina e segurança de trabalho. Logo, o Artigo 109, I, da CF/88 não alberga competência à Justiça Federal comum ao julgamento da ação regressiva.

E quando faticamente bem compreendido e bem situado que, na origem da ação regressiva, existiu um contrato de trabalho e ou uma relação de trabalho – ambiente no qual ocorreu o acidente do trabalho por negligência do empregador quanto ao cumprimento das normas padrões de segurança e higiene do trabalho – encontramos o fundamento constitucional para a competência da Justiça Federal do Trabalho à referida ação:

Esta no Artigo 114, I (Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho), combinado com o inciso IX (outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei).

Aqui, a ação regressiva insere-se sem nenhuma interpretação forçada nessa previsão constitucional: “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho”, porque o acidente do trabalho – cuja competência ao julgamento da ação para indenização por danos morais e patrimoniais também é da Justiça do Trabalho, conforme a súmula vinculante nº 22 do STF – ocorreu pela negligência do empregador quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.

É nesse sentido a súmula vinculante nº 22 que disciplina que

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Com efeito, a **condenação do empregador** em sede de ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho é **pressuposto imediato da ação regressiva**, enquanto o outro pressuposto (causa de pedir remota) é a relação de trabalho ou o contrato de trabalho,

em cujo âmbito restou comprovada a negligência do empregador quanto a observância das normas de segurança e medicina do trabalho.

E quando o inciso IX¹⁶, Artigo 114, refere competência “na forma da lei”, vamos encontrar no Artigo 157 da CLT¹⁷ que a matéria é específica da competência da Justiça do Trabalho, uma vez que “cabe às empresas **cumprir e fazer cumprir** as normas de segurança e medicina do trabalho”.

Aliás, isso é logicamente decorrente do disposto no Artigo 18, § 1º, Lei 8.213/91, visto que “A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”.

Portanto, afigura-se justificada a vontade legislativa previdenciária em que imputar a responsabilidade objetiva do empregador, em caso de acidente de trabalho, de indenizar o dano causado por dolo ou culpa, à luz dos Artigos 186¹⁸ e 927¹⁹ do Código Civil Brasileiro, e à imputação penal, à luz do Artigo 19, parágrafos 1º e 2º da Lei nº 8.213/91.

E precisamente por tratar-se de norma de ordem pública, relativa à segurança e medicina do trabalho, que o Supremo Tribunal Federal (STF) sumulou a matéria, atribuindo à Justiça do Trabalho a competência para ações que apresentem como causa de pedir o descumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho.

Veja-se o integral teor da Súmula 736, do STF: “Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

No julgamento do “CJ 6.959 - RTJ 134/96”, com relatoria do ministro . Sepúlveda Pertence, o Supremo decidiu que, para a definição da competência da Justiça do Trabalho “não importa, para a fixação da competência da Justiça do Trabalho, que o deslinde da controvérsia dependa de questões de direito civil”.

Esse é o espírito teleológico condensado da atual redação do Parágrafo único²¹ do Artigo 8º da CLT, quando admite o Direito comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho – regra mantida pela Lei nº 13.467 da CLT, que altera a legislação às novas relações de trabalho.

Nessa mesma temática material-processual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu de forma diversa no julgamento do conflito negativo de competência entre a Justiça Federal Comum e Justiça Federal do Trabalho: “O litígio não tem por objeto a relação de trabalho em si, mas sim o direito regressivo da autarquia previdenciária, que é regido pela legislação civil”²².

Interpretou, assim, pelo viés da corrente da responsabilidade civil para definir a competência material ao julgamento das ações indenizatórias e regressivas.

¹⁶ CRFB de 1988, Art. 114: IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

¹⁷ CLT: Art. 157 - Cabe às empresas: I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente.

¹⁸ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²⁰ § 2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

²¹ CLT, Art. 8º, Parágrafo único. O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

²² Jurisprudência. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 59.970/RS, Min. Castro Filho, DJ. 19.10.2006.

Mas, quando se trata de “ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”, não prevalece, considerando então a Súmula 736 e a decisão CJ 6.959 - RTJ 134/96, ambos do Supremo. É o caso lógico das ações regressivas contra empresa, nas hipóteses do Artigo 120 da Lei 8. 213 de 1991.

A previsão legal da ação regressiva é, conforme o Artigo 120 da Lei 8. 213/91 e o Artigo. 341 do Decreto nº 3048/99²³, “a negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva.”

É exatamente esse pressuposto imediato o objeto da Súmula 736, do STF, delimitador da competência da Justiça do Trabalho à ação regressiva do INSS em face do empregador, em caso de “descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores”.

3 CONCLUSÃO

Portanto, a proteção constitucional específica ao meio ambiente do trabalho ainda precisa observar uma visão conjunta sobre as diferentes possibilidades de controle e de garantia estatal:

a) **quanto** à positivação mais avançada possível de normas regulamentadoras relativas à medicina e segurança do trabalho,

b) **quanto** à catalogação das novas doenças do trabalho e doenças profissionais adquiridas ou desenvolvidas no meio ambiente do trabalho,

c) **quanto** às medidas oficiais fiscalizadoras e controladoras permanentes eficazes relativas aos exames médicos admissional, periódicos e demissional pelas empresas,

d) **quanto** à própria rede de assistência, prestações e benefícios previdenciários;

e) **quanto** ao aperfeiçoamento das medidas relativas à neutralização e eliminação dos riscos inerentes ao trabalho.

Isso significa que a vontade normativa da Constituição, consciente de seu alcance, de seus limites formais e objetivos materiais, “deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível”²⁴, visto que, apesar das funções vinculantes dos direitos sociais fundamentais, na prática, “a força normativa [digo, a vontade] da Constituição não está assegurada de plano [em seu campo fático], configurando missão que, somente em determinadas condições, podem ser realizadas de forma excelente”²⁵.

Uma dessas condições, por exemplo, é a responsabilização objetiva do empregador se, e quando, não cumprir as obrigações inerentes às medidas preventivas de higiene, saúde e segurança de trabalho, conforme disposto nos Artigos 154²⁶ e 157 da CLT ou quando o empregador se omite em fazer o seguro individual e ou coletivo contra acidente de trabalho, previsto no inciso XXVIII²⁷, Artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

²³ Artigo 341. Nos casos de negligência quanto às normas de segurança e saúde do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a previdência social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

²⁴ HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991: 26,

²⁵ Idem, Ibidem.

²⁶ CLT: Art. 164 - Cada CIPA será composta de representantes da empresa e dos empregados, de acordo com os critérios que vierem a ser adotados na regulamentação de que trata o parágrafo único do artigo anterior.

²⁷ CRFB de 1988: Artigo 7º, XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Quatro questões são possíveis de consolidações finais nesse Trabalho:

→1) a vontade normativa da Constituição Federal de 1988, quando se trata de proteção ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro, ainda é atrelada por certa medida a uma certa timidez legislativa;

→2) a proteção constitucional quanto às repercussões previdenciárias, em face dos riscos inerentes ao meio ambiente do trabalho, precisa adequar-se ao enfrentamento dos novos riscos inerentes ao trabalho da sociedade de risco tecnológica;

→3) a vontade declarada da Constituição quanto à responsabilização do empregador, quando não preserva o meio ambiente de trabalho saudável e seguro, é objetiva;

→4) a ação regressiva do INSS contra a empresa tem por causa de pedir remota “os casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva”; conforme o Artigo 120 da Lei 8. 213/91 e o Artigo 341 . do Decreto 3048/99;

→5) A Súmula 736 do STF sustenta a competência material da Justiça do Trabalho para julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

Neste caso, inserem-se as ações regressivas do INSS contra empresas, previstas no Artigo 120 da Lei nº 213/91 e no Artigo 341 do Decreto nº 3048/99.

REFERÊNCIAS

ALVES, Hélio Gustavo; TEIXEIRA, Ederson Ricardo. **Competência das ações previdenciárias e a jurisprudência predominante**. São Paulo: Quartier Latin. 2007.

ASSIS, Armando de Oliveira. Em busca de uma concepção moderna do risco social. Revista dos industriários, n. 18, dez. 1950. Republicado na **Revista de Direito Social**, n. 14, abr./jun. 2004.

BALERA, Wagner. **Noções preliminares de direito previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. **Competência jurisdicional na previdência privada**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BRASIL. Legislação. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 6 de Julho de 1934. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 15 out 2017.

_____. Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Legislação. Consolidação das Leis do Trabalho. Presidência da República, Casa civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Legislação. Lei nº 8.212, de 24 de Julho de 1991. Presidência da República, Casa civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm. Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Legislação. Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Presidência da República, Casa civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. , Acesso em: 15 jul. 2017.

_____. Legislação. Decreto nº 3048, de 6 de Maio de 1999. Presidência da República, Casa civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Organização Internacional do Trabalho (oit), escritório no Brasil. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em: 13 out. 2017.

_____. Ministério da Previdência Social. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRÜSEKE, Franz Josef. Risco e contingência. Societec e Prtints. Florianópolis, SC, v. 1, n. 2, p. 35-48, jul./dez.2006.

CAMARGO, Maria Auxiliadora Castro. A ação regressiva acidentária do INSS, sua natureza jurídica e os tribunais. Disponível em: [file:///C:/Users/oceliojc/Downloads/a_acao_regressiva_acidentaria_do_inss_sua_natureza_juridica_e_os_tribunais%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/oceliojc/Downloads/a_acao_regressiva_acidentaria_do_inss_sua_natureza_juridica_e_os_tribunais%20(1).pdf). Acesso em: 15 out. 2017.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 14.ed. Florianópolis, SC: Conceito Editoria, 2011 .

CONVENÇÕES da Organização internacional do Trabalho. Organização Internacional do Trabalho (OIT), Escritório no Brasil. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em: 15 out. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria do estado. São Paulo: Saraiva, 2009.

JURISPRUDÊNCIA. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Súmula nº 736. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=736.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Pesquisa de Jurisprudência. Súmula vinculante nº 22. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=22.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>. Acesso em: 15 out. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1985.

MELHADO, Reginaldo. Acidente do Trabalho, Guerra Civil e Unidade de convicção. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v.40, n. 70, p.61-77, jul./dez.2004.

_____. **Sociologia do direito II**. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1985.

MORAIS, Océlio de Jesus C.. **Competência da justiça do trabalho e a efetividade do direito social fundamental à previdência**. São Paulo: Ltr, 2014.

_____. **Inclusão previdenciária: uma questão de Justiça social**. São Paulo: Ltr, 2015.

PULINO, Daniel. Acidente do trabalho: ação regressiva contra as empresas negligentes quanto à segurança e à higiene do trabalho. **Ltr, Revista de Previdência Social**. São Paulo, ano XX, n. 182, p. 13, jan. 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: wmfmartinsfontes, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

N. C. P. B. da Rocha

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO HUMANO À LIBERDADE E O DIREITO PENAL: SOB A ÓTICA NORMATIVA E JURISPRUDENCIAL INTERNA E INTERNACIONAL.

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE HUMAN RIGHTS TO FREEDOM AND CRIMINAL LAW: UNDER THE NORMATIVE OPINION AND INTERNAL AND INTERNATIONAL JURISPRUDENTIAL

Edinilson Donisete Machado¹

Archimedes Dias Neto²

Mariane Miguel³

RESUMO

Na esmagadora maioria dos casos, o direito fundamental à liberdade é tratado pela comunidade jurídica com somente um viés, que é o contraponto da concretude desse direito com a coerção estatal na aplicação de medidas restritivas de liberdade, seja prisão-pena, sejam as prisões cautelares. Contudo, tal situação não vem a dar o real alcance do Direito Fundamental em questão, haja vista que esse direito (proteção) não visa apenas a garantir que o Estado tenha uma atitude omissiva em relação à persecução penal, vai muito mais além, ou seja, serve a garantir a inviolabilidade da liberdade do cidadão em todas suas interações sociais, o que resulta, além de uma horizontalidade do direito fundamental, em um mandamento para o Estado, de que tutele os direitos de todos, sendo que uma opção para essa tutela é o Direito Penal. O presente Trabalho faz uma análise da relação entre o Direito Penal e o direito à liberdade, sob a vertente do Direito Constitucional, e do Direito Internacional, passando pela base teórica geral, e pela análise normativa e jurisprudencial internacional.

Palavras-chave: Direitos. Humanos. Liberdade. Penal.

ABSTRACT

In the overwhelming majority of cases, the fundamental right of liberty is treated by the legal community with only one bias, which is the counterpoint of the concreteness of this right with state coercion in the application of measures restricting freedom, whether imprisonment-punishment, or precautionary prisons. However, this situation does not give the real scope of the Fundamental Law in question, since this right (protection) is not only to ensure that the State has a negligible attitude towards criminal prosecution, goes much further, that is, it serves to guarantee the inviolability of

¹ Doutor em Direito, professor dos Programas em Mestrado e Doutorado da UENP e UNIVEM, e da graduação em Direito, líder de pesquisa do Grupo Gramática dos Direitos Fundamentais do CNPQ.

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

³ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Graduada em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Júlio de Mesquita Filho – UNESP Marília.

the citizen's freedom in all its social interactions, which results, in addition to a horizontality of the fundamental right, in a mandate for the State, to protect the rights of all, being an option for this protection that is Criminal Law. This paper analyzes the relationship between Criminal Law and the right to liberty, under the strand of Constitutional Law and International Law, passing through the general theoretical basis, and international normative and jurisprudential analysis.

Keywords: Human. Rights. Liberty. Criminal.

1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade, quando analisado pela comunidade jurídica em geral é visto, na maioria dos casos, sob um só ponto de vista: o contraponto à coerção estatal quando esta é realizada por meio de medidas restritivas de liberdade; ou seja, toma-se como premissa (sem análise da veracidade da mesma) a hipótese de que esse direito fundamental se restringe à proteção do indivíduo contra a aplicação da lei penal pelo Estado.

Nessa linha, com base em tal premissa, costuma-se concluir que há uma relação direta entre a maior efetividade do direito à liberdade e a menor função punitiva do Estado, de maneira que quanto menos o Estado atuar com medidas restritivas de liberdade, mais se dará efetividade ao Direito Fundamental em questão.

Tal afirmação é correta e sem maior aprofundamento se considerado apenas o caso em si próprio, ou seja, se a análise se limitar ao caso concreto, onde a ausência de coerção estatal (via restrição de liberdade) sem dúvida levaria à maior efetividade do direito à liberdade.

Contudo, quando se busca a proteção de um direito, há que se ter em conta a impossibilidade de proteção integral de todos os direitos de todos os indivíduos, pois haverá colisões entre tais direitos, de maneira que a concretude dos direitos não se esgota na petrificação da proteção de direitos de pessoas individualmente consideradas, surgindo a necessidade de que o Estado busque soluções aptas a dar maior efetividade possível ao direito de todos.

Dessa forma é que existe o Direito Penal, que não tem como objetivo *violar* o Direito à Liberdade dos indivíduos, e sim usar essa restrição (à liberdade) para que se garanta os direitos das outras pessoas⁴, que o Estado tem a obrigação de garantir. Dentro de tais direitos encontra-se, inclusive (e sobre tudo), o Direito à Liberdade dos demais.

Portanto, não se pode afirmar que a aplicação de uma medida restritiva de liberdade sempre resulta em uma menor concretude ao Direito Fundamental à liberdade, pois, conforme mencionado, o Direito Penal tem como objetivo inclusive a proteção ao próprio Direito Fundamental à liberdade, de maneira que ao cercear a liberdade de um pode⁵ estar garantindo a liberdade de inúmeros outros.

Assim, para que se diga que a persecução penal⁶ fere a concretude do direito à liberdade é imprescindível que se desconstrua a eventual efetividade que o Direito Penal pode ter quando se busca a garantia do próprio direito à liberdade.

Salienta-se que o presente Trabalho não visa a verificar se a persecução penal garante (ou não

⁴ Direitos esses que vêm a ser denominados como “Bens Jurídicos” pelo Direito Penal.

⁵ Utiliza-se o verbo “pode” para destacar que não está aqui se afirmando que necessariamente a aplicação de uma medida restritiva de liberdade garantirá maior concretude ao Direito Fundamental à liberdade, e sim que ao existir essa hipótese não há como afirmar o contrário sem desconstruí-la, conforme será adiante tratado.

⁶ Para os fins do presente Trabalho, daqui em diante utiliza-se o termo “persecução penal” significando a aplicação de medidas restritivas de liberdade.

garante) a liberdade dos indivíduos, mas sim analisar a veracidade da premissa de que sempre haverá uma potencial violação de tal direito quando houver restrição de liberdade via processo penal.

Justifica-se, ainda, que o direito em questão não será trabalhado apenas sob o enfoque do direito interno, mas como também o tratamento internacional dado a ele, adentrando assim na seara dos Direitos Humanos⁷, que conforme adiante se verá, nada mais é que outro âmbito de proteção do mesmo direito ou garantia.

A presente pesquisa será realizada sob o método hipotético-dedutivo, e tem como objetivo geral analisar a correção da afirmação de que quanto mais “fraca” for a persecução penal maior concretude se dará ao Direito Fundamental à liberdade. Por sua vez, a hipótese de pesquisa é que tal assertiva é incorreta.

Melhor dizendo, a hipótese aqui tratada não cuida de afirmar que quanto mais forte for a persecução penal, mais preservado estará o direito à liberdade; mas sim, e somente, que não há como relacionar necessariamente uma aplicação mais amena do Direito Penal com uma maior garantia à inviolabilidade da liberdade.

Isso se fará com um estudo inicial dos Direitos Fundamentais em geral, por vezes aprofundando no direito à liberdade, mas não se distanciando dos caracteres e da gramática comum a todos os Direitos Fundamentais, analisando preponderantemente o fato de haver colisão entre os direitos, e a possibilidade de ponderação apriorística de um direito face a outro.

Seguindo, analisar-se-á o direito à liberdade propriamente dito, e adentrando na seara normativa do direito, sua previsão na Constituição, oportunidade em que se descerá à minúcia do direito à presunção de inocência, e a possibilidade de prisão quando proferida sentença condenatória em segunda instância, tema de grande valia e efervescência no debate do Direito Constitucional atual.

Ainda nesse ponto, há que ser destacado o significado que o Supremo Tribunal Federal dá a esse princípio, o que será feito em uma análise técnica do dispositivo constitucional e da decisão proferida recentemente onde fora afirmada a tese de que a execução da pena poderá ser iniciada quando proferida decisão condenatória em segunda instância.

Por conseguinte, será realizada uma pesquisa do Direito à Liberdade no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁸, verificando o conteúdo da normatização desse Direito na seara internacional, bem como seu entendimento jurisprudencial em uma análise das decisões paradigmáticas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, utilizando-se do acima proposto, extrairá o conteúdo do direito à liberdade em sua normatização interna e internacional, e a sua relação com o poder punitivo estatal, também em ambos planos, a fim de poder concluir pela correção ou não da hipótese proposta.

Portanto, tem-se como objetivos específicos: averiguar os caracteres gerais dos Direitos Fundamentais e possibilidade de valoração apriorística dos Direitos em colisão; verificar o Direito à liberdade em espécie na normativa interna e internacional, e por fim, analisar a relação do direito à liberdade com a persecução penal.

⁷ Considerando aqui como uma espécie, ao lado dos Direitos Fundamentais, do gênero dos direitos básicos de proteção à pessoa humana; diferindo dos “fundamentais” na sua fonte de expressão, ou seja, seriam “fundamentais” os oriundos do ordenamento jurídico interno (Constituição Federal), e “Humanos” os oriundos do Direito Internacional Público, ou seja, dos tratados dos quais o Brasil é parte. Situação que, contudo, será melhor explicitada adiante.

⁸ A terminologia do ramo do Direito em questão será melhor tratada oportunamente, quando da análise aqui proposta nesse item.

2 CARACTERES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SOLUÇÃO APRIORÍSTICA EM COLISÕES

O direito à liberdade é um Direito Fundamental. Tal assertiva será mais explicitada adiante quando será tratado desse direito em espécie; contudo, antes disso cumpre indicar os caracteres gerais dessa categoria de direitos.

Em um primeiro momento salienta-se que aqui será feita uma opção terminológica que diferencia o que vem a ser “Direitos Fundamentais” e “Direitos Humanos”, de maneira que se considerará como Direitos Fundamentais os oriundos de norma interna, e Direitos Humanos os oriundos da normativa internacional (tratados de Direitos Humanos⁹).

Nesse sentido, é nítida a explicitação de Sarlet:

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional [...].¹⁰

Adota-se tal postura sem negar a celeuma que envolve tais expressões, inclusive que “[...] os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos.”¹¹ Pois bem, utilizar-se-á essas expressões para conferir praticidade ao tratar do tema em questão.

Superada tal explicação, reafirma-se que em especial nesse Capítulo serão tratados os Direitos Fundamentais, notadamente a celeuma da colisão entre Direitos Fundamentais. Nesse ponto, destaca-se que deve ser levada em consideração a existência de mais de uma espécie de colisão, uma vez que podem haver colisões entre direitos fundamentais diversos, bem como entre direitos fundamentais da mesma natureza, porém de titularidade diferente.

Ainda, há que se ter em conta que tal colisão merece tratamento em duas dimensões: da relação Estado e indivíduo, e da relação indivíduo e indivíduo, esta última chamada de eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Começando a analisar esse viés dos Direitos Fundamentais, Sarlet¹² aduz que:

Para além de vincularem todos os poderes públicos, os direitos fundamentais exercem sua eficácia vinculante também na esfera jurídico-privada, isto é, no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Esta temática, por sua vez, tem sido versada principalmente sob os títulos eficácia privada, externa (ou eficácia em relação a terceiros) ou horizontal dos direitos fundamentais [...].

Assim, os Direitos Fundamentais ultrapassam a característica principal do constitucionalismo (limites ao arbítrio estatal), e chegam à normatização exigente de respeito aos direitos entre os próprios particulares, transbordando o viés “vertical” (Estado-particular), para uma exigência de respeito mútuo, ou ainda, em outros termos:

⁹ Utiliza-se o termo “tratado” para abranger todo acordo internacional regido pelo Direito Internacional Público, “qualquer que seja sua denominação específica”, de acordo com a disposição do art.2, item I, alínea “a” da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (BRASIL, 2009).

¹⁰ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.29

¹¹ _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.29.

¹² _____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.392.

Embora não se possa ignorar, no atual estágio, essa figura de um Estado dominador que necessita ser domado, passou-se (no Brasil mais recentemente) a falar de uma eficácia (extensão) horizontal (privada) dos direitos fundamentais, ou seja, de que não apenas o Estado estaria vinculado às declarações de direitos, mas igualmente entre particulares.¹³

Portanto, pode-se concluir que os indivíduos são obrigados a respeitar o direito fundamental do outro. A importância desse fato sobressai no presente Trabalho no ponto em que a violação de um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal é via de consequência uma violação a Direito Fundamental alheio, considerando, inclusive, que a “finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade [...]”¹⁴

Extraí-se disso, logo, que considerar somente a relação estado-particular para analisar a efetividade de um Direito Fundamental é cair em um enorme desfalque na universalidade de eficácia e eficiência desse direito. Entretanto, aqui será dado maior enfoque na *eficácia vertical* dos Direitos Fundamentais, pois a aplicação da lei penal é de monopólio estatal.

Nesse sentido, retornando ao cerne do objeto proposto, há que se ressaltar que o direito fundamental de uma pessoa no caso concreto não se encontra em um ambiente solitário, e sim em um emaranhado de relações sociais, onde as fronteiras e limites de violação de um direito fundamental muitas vezes é tênue.

Portanto, quando está a se tratar de uma aplicação de medida restritiva de liberdade, há que se ter em conta que não é somente um direito fundamental envolvido; ou seja, o que está “em jogo” não é somente a liberdade do agressor penal¹⁵, e sim, e sobre tudo, o direito fundamental do sujeito passivo do delito, e também de toda a sociedade que resta vitimada a cada crime cometido.

Cuida-se, assim, não somente de uma simples análise apriorística de eventual violação do direito do acusado¹⁶, e sim de uma relação de inúmeras colisões entre direitos fundamentais.

Referindo-se a colisões de direitos fundamentais, Sarlet expõe sua visão, que se mostra imprescindível sua citação, ainda que o faça com um trecho relativamente extenso:

Eventuais (e até mesmo inevitáveis) colisões, a exemplo das que podem ocorrer, inclusive, entre os próprios direitos integrantes do catálogo, devem ser resolvidas pela aplicação das regras próprias, sem que se possa partir da premissa de uma solução sempre favorável à prevalência de um ou outro, no sentido de uma solução apriorística e aplicável a todas as hipóteses. A doutrina e jurisprudência nacional têm adotado habitualmente o critério da opção mais benéfica à pessoa (princípio do *in favor persona*). Alguns falam até mesmo da solução mais favorável à vítima, exegese esta que entendemos questionável, já que, cuidando-se de um conflito entre posições fundamentais de pessoas diversas, em muitos casos, teremos “vítimas” – isto é, pessoas atingidas em seu direito pela conduta de terceiro – em ambos os polos da relação.¹⁷

O autor, ainda que não tratando especificamente da aplicação dos direitos fundamentais na seara penal, deixa nítida sua discordância com uma tomada de posição apriorística, ou seja, que antes da análise concreta já se tenha a premissa que um dos direitos envolvidos tenha valor superior ao outro.

Desse modo, há que se ter em conta, sempre, que em uma persecução penal, não se está discutindo uma relação simples entre Estado e indivíduo, e sim algo complexo, onde embora o acusado seja naquela seara uma pretensa vítima de violação a direito fundamental, há também “pessoas atingidas em seu direito pela conduta de terceiro”, ou seja, sua conduta anterior.

Portanto, Direitos Fundamentais não podem ser considerados absolutos em si mesmos, e não pode ser valorado abstratamente afogando a eficácia de quaisquer outros direitos que porventura venham colidir com o mesmo. Nessa linha, passa-se à análise do Direito à liberdade em espécie, em sua positivação interna e internacional, a fim de explicar o seu limite de alcance e colisão com outros direitos.

3 DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE: CARACTERES GERAIS E PRISÃO APÓS DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

O direito fundamental à liberdade, no ordenamento jurídico brasileiro, é previsto no *caput* art. 5º da Constituição Federal, inaugurando o Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, e mais precisamente no capítulo I, que trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”¹⁸

Portanto, trata-se de um direito do gênero Direito Fundamental e espécie Direito individual e coletivo.

Dentro desse artigo, e mais especificamente no inciso LVII há um aprofundamento de tal direito, vindo a trazer o que é consolidado como princípio da presunção da inocência: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹⁹

De um lado, há no *caput* do artigo 5º uma menção genérica do resguardo à liberdade, esta que deve ser entendida de maneira ampla, pois simboliza não somente uma proibição ao cerceamento de liberdade física, mas uma grande conquista na evolução dos direitos fundamentais. Inclusive, tal “liberdade” constante no *caput* muitas vezes é adjetivada como “liberdades públicas”, “liberdades civis”, etc.

De outro lado, há a consagração do princípio da presunção de inocência, que tem conteúdo mais restrito, e alcance especificamente no campo do Direito Penal, consistindo em um mandamento para que o Estado respeite direitos dos indivíduos na persecução penal.

Pois bem, tais dispositivos viriam a proteger o indivíduo face a uma persecução penal por parte do Estado, sendo que nesse ponto em muito se destaca a discussão acerca da constitucionalidade da prisão da pessoa condenada em segunda instância, ainda que pendente recurso extraordinário²⁰.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, neste tema, proferiu importante decisão, no Habeas Corpus 126.292/SP, no qual mudou sua jurisprudência e fez constar a possibilidade de prisão do condenado em segunda instância.

A discussão acerca de tal dispositivo fez nascer alegações em lugar comum de que o Supremo Tribunal Federal teria ferido a presunção de inocência. Contudo, consta na ementa do julgamento:

[...] 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de

¹⁸ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

¹⁹ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁰ Considerando o recurso “extraordinário” em sentido amplo, ou seja, tanto o recurso extraordinário propriamente dito, quanto o recurso especial, endereçados, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção da inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. [...]²¹

Assim sendo, entendeu-se que a presunção de inocência manter-se-ia intacta, havendo a possibilidade de recolher o condenado à prisão, ainda que existisse recurso extraordinário pendente de apreciação, e, tecnicamente, portanto, não havido o trânsito em julgado.

Portanto, salienta-se que não houve um juízo de antecipação ou violação da presunção de inocência²², e sim apenas a afirmação da possibilidade de recolhimento à prisão. Nesse sentido, há que se analisar minuciosamente o preceito constitucional do princípio da presunção da inocência, que não proíbe a prisão antes do trânsito em julgado, mas tão somente (proíbe) que se considere alguém culpado; de modo que a decisão então proferida não tem o condão de fazer um ataque a um texto literal da Constituição Federal.

De outro lado, pode haver controvérsia em relação ao conteúdo normativo do dispositivo constitucional, podendo ser suscitada interpretação que considere que ninguém poderá ser preso senão considerado culpado, e, portanto, não ser preso antes do trânsito em julgado da sentença.

Contudo, ainda que possa existir essa interpretação, a mesma não consta da literalidade do dispositivo. Acima disso está o fato de que, em hipótese nenhuma poderá haver uma conclusão apriorística de que a Constituição Federal proíba a prisão antes do julgamento de recursos extraordinários.

No máximo, para que essa afirmação tenha cabimento, deverá ser comprovada a premissa de que “ser considerado culpado” seja sinônimo de “ser preso”, ou que haja uma relação necessária entre ambas situações, o que se mostra inexistir em um primeiro momento, porquanto se assim fosse, descabidas seriam as prisões cautelares (praticadas antes do réu²³ ser considerado culpado).

Os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de maneira ampla, e exceções a eles somente devem ser extraídas da Constituição quando dispostas expressamente na própria Constituição.

Desse modo, não se pode descuidar na interpretação dos Direitos Fundamentais, fazendo-se necessária precisão cirúrgica na técnica jurídica de interpretação, sob pena de, pela via indireta, cair em situações de grande afronta aos próprios direitos. Nesse sentido, caso se entenda que o dispositivo citado proíbe a prisão depois de decisão de segunda instância, se estaria em uma celeuma, pois via de consequência cairia em duas hipóteses: i) estaria afirmando que as prisões cautelares também são incabidas, ou ii) estaria relativizando os direitos fundamentais ao se fazer uma interpretação extensiva de exceção à proteção de direito fundamental. Veja-se:

O inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal expressamente diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 126.292/SP. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <http://tinyurl.com/mm9prhs> > Acesso em: 25 jun. 2017.

²² Ainda que no acórdão conste trecho que possa dar a esse entendimento, tal fato não constou na ementa do julgado.

²³ Podendo, ainda, nem “réu” ser, e a prisão ser efetuada sem que exista procedimento algum, em um flagrante delito, por exemplo.

à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; [...]²⁴

Portanto, conforme já mencionado, não há previsão de proibição da *prisão* antes do trânsito em julgado. Da mesma forma, e de maior importância aqui, não há a exceção que permita *as prisões cautelares*.

Ao considerar que a expressão “considerado culpado” é sinônimo de “preso”, estaria transformado o inciso na seguinte expressão “ninguém será preso até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, desse modo, levaria a entender, portanto, que não poderia existir prisão cautelar.

Do contrário, tomando expressões sinônimas e entendendo pela possibilidade das cautelares, estaria a extrair uma exceção a um Direito Fundamental que não estaria expressamente no dispositivo proibitivo. Portanto, estaria a relativizar situação inteiramente delineada na própria Constituição.

Poder-se-ia afirmar que posteriormente a própria Constituição trata de mencionar as prisões cautelares, e que isso poderia justificar a existência das mesmas apesar da proibição que seria expressa no caso hipotético suscitado.

Contudo, quando há uma exceção em direito fundamental, a Constituição trata de trazer a mesma expressamente, como se pode observar no caso da desapropriação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]
XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição; [...]²⁵

Como visto, a própria Constituição excetuou o dispositivo, dizendo expressamente “ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Portanto, o dispositivo da presunção da inocência deveria trazer expressamente a exceção das prisões cautelares, e, não trazendo, estaria impossibilitando elas, ou ainda, seria impossível de se entender que o dispositivo estaria a tratar de prisões.

Dessa forma, mostra-se totalmente incongruente interpretar o dispositivo como proibitivo de *prisão*, porquanto assim fazendo estaria a retirar o instituto da prisão processual do sistema, ou de relativizar todos os Direitos Fundamentais, haja vista estar mudando a gramática de interpretação para aceitar exceções não expressas.

De outro lado, tomando como premissa o fato acima exposto, a Constituição propriamente dita não tratou de proibir a execução da pena quando ainda pendente o recurso extraordinário, visto que tal proibição poderia constar na legislação infraconstitucional.

²⁴ BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁵ Ibid..

Desse modo, o Código de Processo Penal tratou de fazer essa proibição, elencando as possibilidades de prisão:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.²⁶

Portanto, há a menção em legislação infraconstitucional, de rol taxativo das hipóteses de prisão, que exigem, para a prisão-pena, o trânsito em julgado do processo.

A interpretação a todos esses dispositivos, e a decisão acima citada serão oportunamente revistas (para confirmar ou reverter novamente a jurisprudência) quando do julgamento de mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43 e nº 44; onde é pleiteado que se declare constitucional referido dispositivo do Código de Processo Penal, ainda que no *habeas corpus* mencionado tenha sido informado que tal dispositivo não influenciaria na decisão. Na oportunidade de julgamento de pedido cautelar, tal pleito foi negado, por ora mantendo-se o entendimento.

Entretanto, a legalidade ou não da prisão com base nesse artigo do Código de Processo Penal foge à questão da constitucionalidade, cuidando-se de questão de legalidade.

Em face disso tudo, pode-se extrair que a prisão de condenado em segunda instância não é taxativamente repudiada pela Constituição Federal, ainda que de alguma maneira possa se concluir nesse sentido pela legislação infraconstitucional.

Ainda, a título de argumentação, tem-se que em se impossibilitando o recolhimento à prisão após o julgamento em segunda instância, estaria a se criar uma situação juridicamente confusa.

Quando está a se tratar do “trânsito em julgado” de matéria penal, há que se ter em conta algumas ponderações. Tecnicamente o trânsito somente ocorreria quando do julgamento dos recursos extraordinários.

Porém, embora em um primeiro momento pareça um equívoco grosseiro, na prática o trânsito em julgado da culpabilidade dá-se já na segunda instância:

Com efeito, em sede de recurso extraordinário, como primeira premissa, não mais se discute *culpa* ou *inocência* do agente já condenado pelas instâncias competentes, mas sim eventual afronta à Constituição nas situações bastante restritas nela previstas.²⁷

Ao se falar em recurso extraordinário, há que se ter em conta a mudança efetuada pela Emenda Constitucional nº 45, que veio a estipular um requisito para o seu cabimento, a “repercussão geral”.

Portanto, para que tenha cabimento tal recurso, deverá ser demonstrado que a tese a que se busca guarida transborda os limites da demanda, vindo a trazer consequências a toda a sociedade, não constituindo, assim, propriamente um recurso subjetivo, e sim uma irresignação a questões objetivas, discussões abstratas.

Tal fato faz com que pessoas em situações idênticas, umas teriam e outras não o direito ao recurso em questão, tudo a depender se tal temática traria uma discussão com *repercussão geral*.

²⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁷ CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. **Garantismo penal integral**. São Paulo: Atlas, 2015. p.65.

Assim sendo, seria incongruente que se considerasse tal recurso como “direito subjetivo” de todos, e assim, uma “terceira instância” de apreciação da questão penal, haja vista que essa não é a natureza jurídica do instrumento em questão.

Logo, o entendimento em questão, sob a falsa justificativa de resguardar o direito à liberdade, estaria em extrema afronta ao direito à igualdade, salientando que tal afronta desrespeitaria, inclusive, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que assim dispõe, em seu Parágrafo 2 do Artigo 8: “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]”²⁸

Tal dispositivo vem enumerar as garantias judiciais da pessoa humana no processo penal, e, frise-se, determina que tais garantias sejam dadas em plena igualdade.

Nesse sentido, se afirmar pela possibilidade de um recurso a apenas alguns indivíduos (os que demonstrassem repercussão geral), estaria a afrontar a exigência de plena igualdade, eis que tais indivíduos encontrar-se-iam em situação jurídica idêntica. A questão jurídica envolver ou não um motivo que transcende a demanda (requisito da repercussão geral) não é motivação para se afirmar que haveria situações jurídicas distintas, e, portanto, não justificaria o *discrimen*.

Reforçando, ainda, a importância da igualdade nessa seara, Zaffaroni enumera os aspectos mais relevantes, em que os Direitos Humanos constituem uma fonte de conhecimento do direito nacional, iniciando pelo direito à igualdade: “[...] a) o princípio de igualdade de todos perante a lei e a dignidade da pessoa de todo ser humano, desprendem-se dos arts. I e II da Declaração Universal: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direito [...]”²⁹

Assim, os autores enunciam a igualdade, que seria violada no caso do entendimento da impossibilidade de prisão após a condenação em segunda instância; ainda, demonstra a importância da normatização internacional, via Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dentre outras normas será analisada no tópico seguinte no que atine ao Direito à liberdade.

4 DIREITO À LIBERDADE NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

4.1 Análise normativa

Em um primeiro momento será exposta o conteúdo normativo de tal direito, sem deixar de, posteriormente, fazer uma análise nas decisões paradigmáticas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, com o escopo de maior tecnicidade, e almejando esclarecer a opção do título deste tópico, faz-se aqui uma breve diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, no mesmo sentido em que Sarlet trabalha:

²⁸ BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 33 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

²⁹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.129-130.

[...] cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões “direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado)³⁰

Trata-se, assim, de uma diferenciação oriunda da fonte do Direito, de maneira que as normas protetivas de caráter internacional refletem normas de *Direitos Humanos*. Porém, tal terminologia não restringe ao sentido almejado, uma vez que os Direitos Humanos podem significar um outro viés dos direitos protetivos, sendo que “as expressões direitos naturais e direitos humanos [...] não indicam os direitos positivados na Constituição, mas sim os direitos pré-positivos (direitos naturais) ou supr positivos (direitos humanos) [...]”³¹

Dessa forma, o verbete Direitos Humanos pode tanto significar que são oriundos de normas internacionais, quanto o seu caráter suprapositivo, razão pela qual, opta-se, aqui, por uma terminologia mais precisa, enaltecendo o seu primeiro significado: Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, tem-se que, ao explicitar o conteúdo dos “Direitos Humanos”, Sarlet afirma que “[...] aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”.³²

Como bem destacado, e de enorme clareza, Sarlet dá as razões para a diferenciação e inclusive utiliza um outro termo de grande importância: supranacional, que importa em um sentido mais preciso do que vem a ser as normas de Direitos Humanos, aprofundando o termo *internacional*, uma vez que este diz respeito a relações entre os Estados, e aquele proporciona um sentido mais restrito, de normas que estariam (e estão) caminhando à uma universalidade, à um caráter que transborda as meras obrigações interestatais.

Contudo, para que se adote de pronto a terminologia *supranacional* é necessário um maior amadurecimento dessas questões, e por outro lado o abandono da utilização da palavra *internacional* não cabe no presente momento, inclusive por que essa serve a demonstrar que tais normas são regidas pelo Direito Internacional Público.

Pois bem, já delineada a celeuma da terminologia e recorte temático, prossegue-se; e no que diz respeito às normas internacionais, temos que destacar os principais documentos de Direitos Humanos, tanto na órbita mundial quanto na órbita regional (sistema americano).

Nesse sentido teremos a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), a Declaração Americana de Direitos Humanos³³, a Convenção Americana de Direitos Humanos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)³⁴.

A DUDH, ao tutelar a liberdade traz em seu artigo III: “Todo ser humano tem direito à vida, à

³⁰ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.30.

³¹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014. p.40.

³² SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.29.

³³ Ambas declarações não são constituídas por tratado internacional, sendo que suas naturezas jurídicas geram discussões na doutrina, não cabendo aqui entrar na celeuma, somente destacando-as face a sua inegável importância na seara de proteção de Direitos Humanos.

³⁴ Além desses, porém com temática em específico, também cuidam da liberdade do cidadão: A Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes; e a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado.

liberdade e à segurança pessoal.”³⁵

Ainda no plano global, temos o PIDCP, adotado pela Assembleia Geral da ONU pela Resolução 2200A(XXI) de 1966³⁶, pacto este que dispõe em seu Artigo 9, item 1:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém será preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.³⁷

Por sua vez, a Declaração Americana estipula que: “Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.”³⁸

Ainda, por fim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu Artigo 7, dispõe: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. [...]”³⁹

Destaca-se que esses quatro documentos compõem a base da proteção internacional de Direitos Humanos, sendo que no sistema global, a DUDH e o PIDCP, ao lado do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC); compõem o que é chamado de “Carta Internacional de Direitos Humanos”⁴⁰, enquanto no sistema regional (americano), a Declaração e a Convenção, somadas ao Protocolo de San Salvador, compreendem a base do sistema americano de proteção de Direitos Humanos.

Salienta-se que o PIDESC e o Protocolo de San Salvador cuidam de direitos humanos de segunda dimensão, enquanto o PIDCP e o Pacto de San Jose da Costa Rica tratam de direitos humanos de primeira dimensão, seara esta a do direito à liberdade.

Pois bem, constata-se dos documentos citados que existem dois direitos que estão sempre ligados: o direito à liberdade e o direito à segurança pessoal.

Referidos direitos estão em pé de igualdade, portanto, para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo que não se pode tentar dar concretude a um, esquecendo do outro.

Entretanto, a concretização do direito à segurança pessoal é mais difícil de ser alcançada, pois não envolve apenas a relação do Estado-Indivíduo, mas a atuação do Estado frente a conflitos de direitos entre indivíduos, sendo que a maneira como se trata a questão da preservação do direito à segurança pessoal não é facilmente compreendida.

Acontece que o direito à segurança pessoal é mais difícil de concretizá-lo, pois, envolve não apenas a relação de um Estado com um indivíduo, e sim a atuação estatal frente a conflitos de direitos entre indivíduos; e a maneira como se trata isso para que se preserve o direito a segurança pessoal não tem como ser entendida facilmente.

Contudo, limitando-se à análise jurídica da questão, sem adentrar os aspectos sociológicos que pudessem trazer a conclusão da maneira correta de se assegurar a segurança pessoal dos indivíduos; pode-se tirar uma conclusão através dos tratados.

Cuida-se do viés punitivo que contém os tratados de Direitos Humanos, visando a resguardar a eficácia de demais direitos. Tal fato consubstancia-se em dois fatores: decisões de Cortes de proteção de direitos humanos que condenam o Estado por sua lacuna em punições; e mandados de

criminalização. No que atine à primeira face apresentada, tem-se como paradigmática⁴¹ a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH no caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs Brasil, onde constou da condenação ao Brasil pela falta de punição

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.⁴²

No que atine à segunda face, existem os “mandados de criminalização” oriundos de grande parte dos tratados de direitos humanos, que são mandamentos para que os estados-partes criminalizem a conduta internamente, ou seja, que deem à conduta ilícita uma resposta via sanção penal, que existe em grande parte dos tratados de Direitos Humanos

Portanto, denota-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui um viés punitivo.

Sem entrar no mérito se a punição via direito criminal é efetiva, não se pode negar que os direitos humanos a adotam, e a utilizam como meio para alcançar a proteção dos demais direitos.

Mostra-se, assim, que além de existir uma vinculação entre o direito à liberdade e o direito à segurança pessoal, que possuem mesma estatura de proteção; os Direitos Humanos adotam o Direito Penal buscando uma maior proteção aos demais direitos tutelados.

4.2 Análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

99

A análise das decisões aqui proposta será realizada utilizando material oriundo de convênio entre a Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo que:

[...] foram selecionadas, editadas, sistematizadas e traduzidas as sentenças paradigmáticas e mais relevantes da Corte de maneira a tornar acessível seus critérios jurisprudenciais a todos os brasileiros, sejam agentes do Estado, sejam vítimas de violações, e disponibilizando, assim, mais uma ferramenta de ampliação da efetividade da justiça que poderá ser aplicada de maneira que influencie nas normas, decisões, práticas e políticas públicas internas.⁴³

Dessa forma, o volume de tal material a ser utilizado será o do “Direito à Liberdade Pessoal”, que contém as decisões nos casos: i) Suárez Rosero Vs. Equador, ii) López Álvarez Vs. Honduras, iii) Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru, iv) Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, v) Bayarri Vs. Argentina, e vi) Barreto Leiva Vs. Venezuela

4.2.1 Caso Suárez Rosero Vs. Equador

⁴¹ No sentido de sua nitidez e importância para o deslinde do tema, e não no sentido de ser necessariamente uma decisão que figure como algum marco na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

⁴² MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. Vol. 1. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. p. 294.

⁴³ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. Vol. 5. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. p. 6.

Trata-se de caso onde a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pediu a condenação do Estado em razão deste ter efetuado a “prisão e detenção do Senhor Suárez Rosero em contravenção de uma lei pré-existente”⁴⁴, além de não ter franqueado ao mesmo sua apresentação oportuna perante autoridade judicial⁴⁵, somadas à outras violações a garantias judiciais.

Por conseguinte, a Corte condenou o Estado, que violou o direito à liberdade uma vez que a prisão não fora em flagrante e nem autorizada por autoridade judicial⁴⁶, bem como não fora apresentado oportunamente à autoridade competente, e nem lhe permitido o direito de recorrer à mesma.⁴⁷

4.2.2 Caso López Álvarez Vs. Honduras

Tal caso refere-se a pedido de condenação do Estado de Honduras, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o senhor Alfredo López Álvarez fora mantido preso de abril de 1997 a agosto de 2003, ainda que em janeiro deste ano tivesse sido proferida decisão que o absolvera. Tal prisão fora efetuada sob a suposta prática de crime de tráfico de entorpecentes⁴⁸. Contudo, nos anos de 1997 e 1998 foram realizadas duas análises do objeto apreendido, apresentando resultados diferentes, e apenas em uma delas fora constatada a presença de cocaína.⁴⁹

A prisão “*infraganti*” em si não foi ilegal conforme ordenamento interno daquele país, porém a manutenção da prisão preventiva sem que houvesse uma apreciação em concreto da legalidade feriu o direito à liberdade de López Álvarez, uma vez que tal prisão deve ser pautada nos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, além de que os recursos à autoridade competente não se fizeram eficazes para cessar a sua prisão preventiva.⁵⁰

4.2.3 Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru

O caso em questão refere-se a episódio resultante de chamada “Operação Mudança 1”, ocorrido no interior do Presídio Miguel Castro Castro, que ocasionou a morte de pelo menos 42 internos, o ferimento de 175, e tratamento cruel, desumano e degradante de outros 322.⁵¹

Entretanto, tal caso não envolveu propriamente o direito à liberdade, tendo ocorrido a violação, entre outros, dos direitos à vida e à integridade pessoal.

4.2.4 Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador.

Nesse processo, na CIDH, fora analisada violação do direito à liberdade dos senhores Chaparro

⁴⁴ Ibid., p.7.

⁴⁵ Ibid., p.7.

⁴⁶ Ibid., p.18

⁴⁷ Ibid., p.19.

⁴⁸ Ibid., p.27.

⁴⁹ Ibid., p.52.

⁵⁰ Ibid., p.51-55.

⁵¹ Ibid., p.99.

e Lapo, respectivamente patrão e empregado em uma fábrica de refrigeradores chamada *Plumavit*, que foram presos sob a alegação de que em uma apreensão realizada em aeroporto em Equador, foram encontradas drogas comportadas em refrigeradores fabricados na *Plumavit*. Em decorrência disso, embora tenha ocorrido perícia atestando que tais refrigeradores não eram de fabricação dessa fábrica, Chaparro e Lapo foram mantidos em prisão por mais de um ano.⁵²

Assim, a Corte declarou a violação do direito à liberdade de ambos⁵³ salientando que a prisão de Lapo ocorrera três dias antes da decisão judicial nesse sentido, e que Chaparro não fora nem informado sobre os motivos e razões de sua prisão.⁵⁴

4.2.5 Caso Bayarri Vs. Argentina

Trata-se de pedido de condenação, pela Comissão, da Argentina, por violação do direito à liberdade referente à episódio de privação de liberdade por quase 13 anos do senhor Bayarri com base em uma confissão obtida sob tortura, da suposta prática de reiterados sequestros extorsivos.⁵⁵

Por conseguinte, a Corte condenou o Estado face à violação do direito, uma vez que não fora expedida ordem de captura por autoridade competente⁵⁶, nem fora apresentado prontamente perante juiz competente⁵⁷, além de que, ainda, não fora julgado em um prazo razoável.⁵⁸

4.2.6 Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela

O presente caso, por derradeiro, refere-se a episódio no qual a Venezuela teria efetuado a prisão preventiva do senhor Barreto Leiva, sob a alegação do cometimento de crime contra o patrimônio público, prisão esta entendida como ilegal pela Comissão, que propôs a ação perante a Corte.⁵⁹

Com base nisso, a Corte considerou que referida prisão fora arbitrária, pois que feita com base apenas em sinais de culpabilidade, e não como garantia do processo penal, de maneira que a prisão feita em caráter preventivo simbolizaria a regra, e não a exceção, o que fora feito, inclusive, com base na legislação interna. Ainda, fora descumprido o prazo razoável para a prisão, porquanto a prisão preventiva ultrapassou, inclusive, o período da própria condenação posterior.⁶⁰

4.2.7 Conteúdo Geral das decisões

Conforme visto, portanto, as decisões da Corte Interamericana, assim como não cerceiam por total a atuação estatal via aplicação do Direito Penal, também não entra na celeuma do rigor da

⁵² Ibid., p.235-236.

⁵³ Ibid., p.279.

⁵⁴ Ibid., p.245-246.

⁵⁵ Ibid., p.285.

⁵⁶ Ibid., p.297.

⁵⁷ Ibid., p.298.

⁵⁸ Ibid., p.300.

⁵⁹ Ibid., p.327.

⁶⁰ Ibid., p.342-344.

aplicação desse Direito, não configurando como ilicitude a atuação estatal de forma mais rígida, e nem a correlacionando à uma suposta violação do Direito à Liberdade.

As decisões, sim, demonstram uma preocupação com a atuação estatal que extrapola direitos mínimos e viola a legislação interna, de maneira que se pode concluir que quando o Estado atua dentro dos limites mínimos dos Direitos Humanos, fazendo valer as garantias convencionais e constitucionais, o Estado estará atuando licitamente.

5 RELAÇÃO ENTRE A LIBERDADE E O PODER PUNITIVO ESTATAL

Reafirmando a necessidade de “ler” os institutos jurídicos considerando um todo harmônico, tem-se que tomar em consideração os direitos face às suas intersecções com colisões e normas internas e internacionais.

Nessa toada, de um lado, mostra-se incorreto tomar aprioristicamente a conclusão de que a ausência do poder punitivo estatal levaria a uma plena concretude do direito à liberdade. De outro lado, há que se tomar cuidado em afirmar que o Direito Penal é necessariamente uma fonte de solução e pacificação social, e que via de consequência garantiria, do mesmo modo, o direito à liberdade.

O que pode ser vislumbrado é que hipóteses não podem ser descartadas e ao ponderar a aplicação da lei penal com o direito à liberdade do cidadão, ou seja, nem sempre quando se opta por essa última estará sendo garantida a liberdade daquela sociedade.

Ainda, há que se ter em conta os objetivos dos Direitos Humanos e Fundamentais, e como tais direitos devem ‘servir’ a pessoa humana, efetivando seus valores intrínsecos, como a liberdade.

Nesse sentido, André de Carvalho Ramos traz a diferenciação conforme a estrutura do Direito, vinculando à obrigação (do Estado ou particular⁶¹) decorrente daquele direito, de maneira que existem: i) direito-pretensão, que gera um *dever*; ii) direito-liberdade, causando uma ausência de direito; iii) direito-poder, que exige sujeição; e iv) direito-imunidade, gerando incompetência.⁶²

Adiante, ao explicitar o “direito-pretensão”, Ramos⁶³ esclarece que esse “consiste na busca de algo, gerando a contrapartida de outrem no dever de prestar. Nesse sentido, determinada pessoa tem direito a algo, se outrem (Estado ou mesmo outro particular) tem o *dever* de realizar uma conduta que não viole esse direito.”

Assim, não há como negar que a liberdade contenha um viés de direito-pretensão, uma vez que o Estado não estará somente adstrito a não a desrespeitar, mas também a garantir, sobressaindo um dever de prestar atitudes que forneça liberdade a todos, o que pode ser feito através da persecução penal, cerceando e punindo atitudes que porventura venham a ferir bens jurídicos, e direta ou indiretamente, a própria liberdade.

O Direito Penal, portanto, reflete um objetivo do direito à liberdade, ultrapassando a barreira de ser mero meio de punição para significar a colocação em prática do dever estatal de guarda da liberdade de toda a sociedade, ainda que atuando com a restrição da liberdade de determinadas pessoas.

Por outro lado, e de proeminência no direito à liberdade, está o viés de direito--liberdade,

⁶¹ Quando a obrigação é de um particular está se enaltecendo o caráter horizontal dos Direitos Fundamentais.

⁶² RAMOS, A. d. C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. p.27.

⁶³ Ibid., p.27.

que como visto, gera a ausência de direito, em específico, a ausência de direito do Estado atuar indiscriminadamente na seara de restrição de liberdade, ainda que com o escopo de proteção de bens jurídicos.

Há que ser ponderado e repetido, ainda, que o Direito Penal não pode ser elevado à condição de única forma de solução de conflitos, restringindo as ações de pacificação social a um endurecimento no tratamento penal em resposta à opinião pública e à mídia, pois assim agindo, estariam as instituições a errar no diagnóstico e no remédio.⁶⁴

Portanto, a pessoa possui o direito-liberdade de não se ver violado em sua liberdade arbitrariamente, ao mesmo tempo em que possui o direito-pretensão de o Estado resguardar a liberdade sua e de toda a sociedade, neste ponto podendo utilizar-se da persecução penal.

Esclarecedor, também, é a doutrina de Canotilho⁶⁵, que elenca as funções dos Direitos Fundamentais, enumerando quatro delas: i) Função de defesa ou liberdade, ii) Função de prestação social, iii) função de proteção perante terceiros, e iv) função de não discriminação.

Nota-se que é possível traçar um paralelo com a doutrina de Ramos, de maneira que se pode identificar de maneira clara a função de defesa ou liberdade no direito aqui tratado, assim como antes explicitado sobre o viés direito-liberdade.

De outro lado, e aqui mais preciso ainda, estão as lições acerca da função de proteção perante terceiros, onde o ilustre doutrinador português Canoexpõe:

Muitos direitos impõem um *dever ao Estado* (poderes públicos) no sentido de este *proteger* perante *terceiros* os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos.⁶⁶

Portanto, o Estado está obrigado a não somente se abster de violar direitos, como também de os garantir, sendo que “de um direito resulta a dever do Estado adoptar medidas positivas destinadas a proteger o exercício dos direitos fundamentais perante actividades perturbadoras ou lesivas dos mesmos praticadas por terceiros”.⁶⁷

Ademais, demonstrando que a proteção às liberdades fundamentais não compreende apenas a proteção negativa (abstenção do Estado), mas também uma dimensão positiva, Alexy leciona:

Uma proteção *positiva* de uma liberdade frente ao Estado surge através da combinação de uma liberdade com um direito à uma ação positiva. O conceito de proteção positiva não apresenta nenhum problema quando se trata de coisas tais como a proteção frente a terceiros através de normas de direito penal. (tradução nossa)⁶⁸

O Autor faz fortalecer ainda mais, portanto, o dever de proteção positiva do Estado, salientando inclusive a proteção frente a terceiros realizadas pelo Direito Penal.

De outro lado, no que atine ao plano interno de proteção aos direitos fundamentais, notou-se que a Constituição Federal não tratou de garantir à liberdade um caráter de intocável, o que se protege

⁶⁴ LIMA, R.S.d.; BUENO, S.; MINGARDI, G. **Revista Direito GV: Estado, polícias e segurança pública no Brasil**. São Paulo, V. 12, N.1, p.65

⁶⁵ CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003. p.407.410.

⁶⁶ Ibid., p.409

⁶⁷ Ibid., p.409

⁶⁸ ALEXY, R. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. La Fortuna: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.226.

é o “direito à liberdade”, e não a “liberdade” pura e simples, senão vejamos.

A liberdade é tratada com temperamentos, e admite exceções e restrições. Quando se aplica o Direito Penal, está a se limitar (ou violar) a liberdade do indivíduo preso, porém não está a se violar o seu “direito à liberdade”, haja visto que esse é mais amplo e entendido em um sistema jurídico, onde o cidadão não tem direito à liberdade plena a ponto de impossibilitar que o Estado se torne impedido de atuar nessa sua esfera.

Em um aprofundamento maior, o princípio da presunção da inocência serviria a garantir a liberdade face à aplicação da lei penal. Contudo, o alcance desse dispositivo deve também ser temperado, porquanto serve somente para limitar o arbítrio estatal em punições e cerceamento de liberdade, garantindo, assim, que exista um devido processo legal.⁶⁹

Sem entrar no mérito da efetividade da repressão penal, o que pode ser extraído, aqui, é que eventuais restrições à liberdade não configuram, por si só, uma violação ao direito à liberdade da pessoa, eis que o Direito Penal serve como efetivador de Direitos Fundamentais.

6 CONCLUSÃO

Retomando-se à hipótese proposta, há que se destacar que o tema em questão é muito complexo, e envolve além do campo técnico-jurídico, o campo sociológico, de maneira que se torna muito difícil fazer afirmações categóricas.

Em face dessa complexidade é que se propôs no presente um campo bem restrito, qual seja, a desqualificação de uma premissa utilizada como lugar comum na atualidade, a fim de que se possa reabrir a discussão e encontrar rumos corretos para uma evolução do direito, e além disso, para uma maior efetividade no cumprimento dos deveres constitucionais, por parte do Estado.

Conforme já mencionado, e aqui se reafirma, não se busca consolidar uma aplicação irrestrita da lei penal, mas tão somente que haja uma discussão e que se verifique a correção de proposições hoje tomadas como verdadeiras e irretocáveis, que ao se buscar contrapor, enfrenta-se uma resistência muito forte.

Nesse sentido, há que se ter em conta que o Direito é uma ciência, e como tal, para sua compreensão não deve haver pré-compreensões petrificadas, tornadas imunes de verificação de sua correção pela pesquisa.

A hipótese do presente Trabalho, relembra-se, é a de que é incorreto dizer que há uma relação direta entre uma aplicação mais rígida do Direito Penal, e uma maior violação ao Direito à Liberdade.

Desse modo, conclui-se que tal hipótese mostrou-se correta, uma vez que não há como fazer essa afirmação, considerando que em abstrato pode se ter, inclusive, a situação inversa, em outras palavras, pode haver situação onde uma maior rigidez na persecução penal resultaria em um maior respeito no direito à liberdade.

Tudo isso sem esquecer o fato que a liberdade em questão não se limita ao indivíduo pretensamente criminoso, mas envolve todo o direito à liberdade daquela sociedade.

Referida conclusão não traz uma consequência prática direta, mas proporciona uma maior

⁶⁹ Atualmente está a se falar em devido processo legal substantivo, que seria além de um devido processo formal, uma garantia de que este seja efetivo, e as garantias processuais não sejam dadas apenas na forma, e sim em sua essência.

nitidez no trato da questão de ponderação de direitos, fazendo com que, desconstruída, *a priori*, a premissa indicada, permite-se que se realize uma maior reflexão acerca do tema.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. La Fortuna: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 33 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm> Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Relator: Ministro Teori Zavascki. 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://tinyurl.com/mm9prhs>> Acesso em: 25 jun. 2017.

CALABRICH, B.; FISCHER, D.; PELELLA, E. **Garantismo penal integral**. São Paulo: Atlas, 2015.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, R. **Curso de direito penal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LIMA, R.S.d.; BUENO, S.; MINGARDI, G. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 12, n.1, p. 49-85.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. V. 1. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

_____. **Jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos**. V. 5. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 25 jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm> Acesso em: 24 jul. 2017.

RAMOS, A. d. C. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2015.

TAVARES, A. R. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

TRINDADE, A. A. C. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. V.1. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

N.C.P. B. da Rocha

AS TECNOLOGIAS A SERVIÇO DAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS – MEDIAÇÃO ONLINE *TECHNOLOGIES AT THE SERVICE OF CONFLICT RESOLUTIONS - ONLINE MEDIATION*

Douglas Alexander Prado¹

RESUMO

O presente artigo apresenta reflexões acerca das tecnologias da informação e da comunicação empregadas na resolução de conflitos através dos sistemas de resolução de conflitos, em especial a mediação. Traz um breve histórico das Online Dispute Resolution (ODRs) bem como, a ampliação da utilização da mediação online influenciada pela Pandemia Global causada pela COVID-19. Por fim algumas reflexões sobre as vantagens e desvantagens da mediação *online* relacionadas com as tecnologias e os princípios da mediação. Para tal, vale-se do método dedutivo no âmbito sociojurídico, com a apresentação das seções: introdução, *online dispute resolution*; breve históricos dos odrs; o desenvolvimento dos odrs; a mediação *online*, vantagens e desvantagens da mediação *online*; considerações finais.

Palavras-chave: Tecnologias da Informação e da Comunicação; Online Dispute Resolution, Mediação, Mediação *online*.

Abstract

This article presents reflections on the information and communication technologies employed in the resolution of conflicts through conflict resolution systems, especially mediation. It brings a brief history of ODRs (Online Dispute Resolution) as well as, the expansion of the use of online mediation influenced by the Global Pandemic caused by COVID-19. Finally, some reflections on the advantages and disadvantages of online mediation related to the technologies and principles of mediation. To this end, the deductive method in the socio-juridical field is used, with the presentation of the sections: introduction, online dispute resolution; brief history of odrs; the development of odrs; online mediation, advantages and disadvantages of online mediation; final considerations.

Keywords: Information and Communication Technologies; Online Dispute Resolution, Mediation, Online Mediation.

¹ Mestrando em Sistemas de Resolução de Conflitos (UNLZ-AR), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Advogado; Negociador ADRcenter/JamsInternational/NWU. Árbitro e Mediador integrante de várias Câmaras Privadas de Mediação e Arbitragem. Superintendente do CONIMA no estado do Pará. Contato: geconflit@geconflit.com.br

1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que nosso modo de vida sofre influências cada vez mais incisivas e determinantes através das tecnologias de todos os tipos e modalidades. A chamada Quarta Revolução Industrial ou Revolução 4.0 trouxe de forma contumaz para a vida dos seres humanos alterações comportamentais e relacionais determinantes, fazendo criarmos dependência dessas tecnologias e estarmos conectados o tempo todo.

Estamos vivenciando um exponencial e veloz crescimento das ferramentas de Internet, digitais, virtuais, síncronas, assíncronas, inteligência artificial, aplicativos, algoritmos, 4G, 5G, *wi-fi*, *wireless*, nuvem etc. De uma forma ou de outra não há como viver na sociedade contemporânea sem, de alguma forma, estarmos conectados.

O termo Revolução 4.0 foi mencionado primeiramente na Alemanha no ano de 2011 e faz referência as inovações tecnológicas relacionadas a imediata tramitação de dados e informações para a produção industrial, acessibilidade em Rede a essas informações, digitalização dos sistemas e processos industriais, conexão constante com a Internet, virtualização dos procedimentos para acompanhamento em tempo real etc.

Os pilares conhecidos da Revolução 4.0 são: *a Internet das coisas* – que significa a conexão em Rede de objetos físicos com dispositivos eletrônicos embarcados e permitem a coleta e troca de dados. Esses sistemas são denominados de Cyber-físicos; *Big data Analytics* – que em resumo são estruturas de dados extensas e complexas que utilizam novas abordagens para a captura, análise e gerenciamento de informações e *segurança das informações* - provavelmente o maior desafio para o sucesso da revolução 4.0, com toda essa conectividade, também serão necessários sistemas que protejam os dados *que tramitam no ciber espaço* e deem confiabilidade aos sistemas e para os usuários.

Nesse sentido bem menciona Maria Victória Marun:

*“Se entiende por “Industria 4.0”, “Industria Inteligente” o “digitalización aplicada a la industria” a la cuarta revolución industrial, que se sustenta en la disponibilidad en tiempo real de toda información relevante al producto, proporcionada por una red accesible en toda cadena de valor, así como la capacidad para modificar el flujo de valor óptimo en cualquier momento. Todo ello se obtiene con la digitalización y la unión de todas las unidades productivas de una economía.”*²

Desse modo se torna cada dia mais difícil ignorar todas essas tecnologias em nossas vidas ou retornar a viver sem a utilização destas. Obviamente algum grupo ou sociedade no mundo deve viver ainda sem qualquer tipo de tecnologia ou de forma, ‘primitiva’, contudo a grande parte, senão a maioria da população mundial, está totalmente influenciada pela evolução tecnológica que nos atinge a cada segundo e que não nos permite, por vezes, escolher não utilizá-la e que, de igual forma, influenciou e influencia a forma de como irá gerenciar os conflitos pessoais, permitindo e estimulando o surgimento de outras formas de resolução de conflitos através dos meios digitais.

² ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

2 ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODRS)

Inicialmente — necessário se faz — esclarecer as terminologias empregadas, eis que o termo na Língua Inglesa *online dispute resolution* (ODR), é reconhecida em Língua Espanhola como RDL, ou *resolución* de disputas em línea, todavia é possível encontrar diversas traduções e versões.

Acompanhando a coerência do texto, bem como a maior abrangência do termo “Sistemas”, decidiu-se utilizar Sistemas de Resolução de Conflitos em Linha (SRCL), com o objetivo de facilitar a compreensão, bem como ampliar a gama de possibilidades de ferramentas de resolução de conflitos abrangidos pelos ODRs ou SRCL.

2.1 – Breve Histórico dos ODRs

Por volta dos anos de 1996 nos Estados Unidos da América do Norte com o intenso desenvolvimento da utilização de Internet e o fomento do comércio eletrônico, estudiosos sobre novas tecnologias começaram a explorar a articulação destas e os meios de resolver conflitos oriundos das relações comerciais eletrônicas, surgindo, naquele momento, a primeira ideia do que se denominaria ODR.

Percebeu-se, desta forma, que a Internet seria campo comunicacional adequado para resolver conflitos e com o passar dos anos, sob a tutela do professor americano Ethan Katsh, do Centro Nacional de Novas Tecnologias Aplicadas a Resolução de Conflitos da Universidade de Massachusetts – Estados Unidos, os estudos sobre as relações entre: tecnologia, informação, comunicação, conflitos e resolução de conflitos, se intensificaram e ampliaram promovendo diversos mecanismos, plataformas, sistemas, interligação entre os conflitos oriundos da Internet e sua resolução.

Assim sendo, com o aumento exponencial das transações eletrônicas e o consequente e inevitável surgimento de questões conflituosas em parcela dessas vendas e serviços oferecidos, tornou-se necessário o surgimento de ferramentas ou alguns sistemas de resolução de conflitos efetivos oriundos dessas transações eletrônicas com o objetivo claro de manter as vendas das plataformas constantes e, conjuntamente, ofertar aos clientes formas eficientes de resolver as questões.

Exemplos conhecidos são as plataformas *Ebay*, *PayPal*, Mercado Livre, *Amazon* e suas consequentes plataformas de resolução de disputas oriundas das transações realizadas.

Nesse sentido menciona Franco Conforti:

*“Si nos remontásemos años atrás a nivel internacional podríamos decir que el germen se encuentra en las transacciones económicas realizadas en internet el los primeros portales de venta de bienes y servicios como por ejemplo eBay, PayPal etc. Han sido estos portales los que ante la falta total de formas de resolver conflictos derivados de las compras y ventas que realizaban por internet han comenzado a trabajar sobre formas de resolver disputas que se planteaban”*³

³ CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

2.2 – O desenvolvimento dos ODRs

Ficava claro que os sistemas de resolução de conflitos tradicionais (conhecidos em Língua Inglesa como ADR – *Alternative Dispute Resolution*), e o sistema judiciário não davam respostas rápidas e a contento para os usuários dos serviços mencionados, eis que a lógica da Internet e da sociedade da informação e comunicação digital são distintas.

Bem menciona sobre o tema Alberto Elisavetsky:

“Los métodos de resolución de conflictos en línea, conocidos por la expresión anglosajona Online Dispute Resolution (ODR), se originaron como consecuencia de la sinergia de la tecnología y los métodos alternativos de resolución de conflictos (Alternative Dispute Resolution o ADR) para dirimir las disputas originadas en Internet”⁴

A evolução nas décadas seguintes não só da tecnologia como as plataformas de comércio eletrônico aliado as de resoluções de conflitos foi gradativo, algumas vezes um pouco ousadas e a frente do tempo, outras vezes funcionais e pontuais, o que auxiliou bastante a continuidade da relação usuário-consumidor e as empresas.

Pode-se observar nesse ponto a crescente utilização das estruturas tecnológicas de informações e comunicações (TICs – Tecnologias da Informação e Comunicação), ampliação de acesso a rede de Internet, o comércio eletrônico, as transações e negócios realizados em diversos níveis em ambiente virtual, a sinergia e convergência dos usuários desses ambientes com as ferramentas oferecidas para resolver impasses fez surgir uma quarta parte, que agrega as três partes tradicionais (pessoa 1; pessoa 2 e facilitador), na resolução de conflitos, a própria tecnologia.

Bem mencionam nesse sentido Ethan Kash e Janet Rifkin: *“Os ODR facilitam a resolução dos conflitos através do poder transformador da tecnologia a qual se incorpora com a quarta parte no modelo tripartido tradicional de resolução de conflitos”⁵*

Na mesma linha menciona Franco Conforti:

“Por que se fala de quarta parte? Um processo de resolução de conflitos presencial tem no mínimo três partes, que são a) solicitante (s); b) requeridos (s); c) operador do conflito; que ao fazer de forma virtual e não presencial surge uma “nova parte: d) TICs.”⁶

Fato é que não é mais possível entender o ser humano destas primeiras décadas do século XXI sem considerar as tecnologias que permeiam este dia a dia da vivência em um mundo globalizado e as revoluções tecnológicas experimentadas nos últimos tempos transformaram todo um modo de vida: não se consegue mais sair de casa sem um *smartfone*, sem estar a cada minuto conferindo o Instagram, o Facebook, os *e-mails*, a agenda eletrônica, acompanhando

⁴ ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

⁵ Kash,, Ethan y Rifkin, Janet. Online Dispute Resolution: Resolving Disputes in Cyberspace. Jossey-Bass, San Francisco, 2001

⁶ CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

a compra realizada pelo “APP” da empresa de logística ou dos correios, enfim, estamos 100% conectados.

As complexidades sociais, a globalização, as instabilidades emocionais e relacionais, bem como todos os aspectos causados por esse contexto faz com que ocorram adaptações e evoluções nos profissionais, nas ferramentas e metodologias de resolução de conflitos para se adequarem essa realidade.

Assim, como imigrantes digitais (pessoas que nasceram entre o final da década de 1980 e o início da década de 1990 e experimentaram as evoluções tecnológicas), ou nativos digitais (pessoas que nasceram após a instauração das tecnologias como as que se conhece na contemporaneidade), deve-se ter ciência que a evolução tecnológica na resolução de conflitos acompanhou essa evolução de diversas formas e por diversos contextos sendo certo que devem ser considerados novas possibilidades através dos Sistemas de Resolução de Conflitos *Online* de acesso à Justiça para resolver seus impasses.

Vale dizer que já se conhece diversas formas digitais de resolução de conflitos utilizadas e consagradas envolvendo, na sua maioria, a iniciativa privada através de plataformas de resolução de conflitos criadas por *startups* que gerenciam essas plataformas digitais que podem ser na modalidade: assíncronas (os envolvidos não interagem no mesmo tempo e espaço); síncronas (os envolvidos interagem no mesmo tempo e espaço); híbridas ou mistas (onde ambas as modalidades de comunicação estão presentes e interagem).

A negociação assistida, a negociação automática, a mediação *online* a arbitragem *online*, são exemplos desses procedimentos digitais de resolução de conflitos que estão presentes e disponíveis para os usuários em diversos espectros negociais e relacionais.

A negociação assistida, ou *assisted negotiation*, consiste na busca de um acordo entre as partes em conflito por meio de comunicação eletrônica, que normalmente ocorre através de correio eletrônico, *chat* ou mesmo por comunicação assíncrona pelo aplicativo da empresa de comércio eletrônico.

A negociação automática, por sua vez, é semelhante à negociação assistida, sendo a sua principal diferença o fato de que a negociação automática deve atuar na busca de um acordo apenas em relação a valores envolvidos em determinada questão não adentrando na questão de mérito.

A arbitragem *online* no Brasil, conquanto não exista menção expressa no texto legal (Lei 9.307/1996), também não encontra vedação e, desta forma, vem sendo utilizada e deve observar alguns critérios importantes, tais como: as formalidades previstas em Lei – forma escrita da convenção de arbitragem; clareza sobre os meios de comunicação utilizados para assinatura da convenção; utilizar assinador digital encriptado e de notório reconhecimento e segurança; admissibilidade do procedimento arbitral digital observando as restrições legais; previsão expressa da possibilidade do procedimento digital ou híbrido; admissibilidade da sentença arbitral através de assinatura eletrônica dos árbitros; efetividade na comunicação às partes da sentença arbitral.

Assim sendo é cediço que diversas Câmaras de Arbitragem utilizavam há tempos formas híbridas de comunicação com as partes envolvidas no processo de arbitragem por diversos motivos, quais sejam: o uso de uma estrutura de *online* que oferece respostas satisfatórias às principais dificuldades verificadas nos contratos vindos de relações *online*; a distância física das partes e as

maiores taxas e custas para o processamento do pleito presencial; os custos adicionais, despesas com deslocamentos dos advogados e de tradutores (se necessário), despesas de transporte, deslocamento para outra localidade, a maior agilidade na comunicação por meios digitais e o alcance maximizado para todos; possibilidade de comunicação por aplicativos de mensagens com todos os envolvidos e a Câmara etc.

Nesse cenário se apresenta a mediação *on-line*.

2.3 – A Mediação *Online*

Antes de adentrar nas peculiaridades da mediação *online*, necessário mencionar que não se tem, como nos ODRs, uma unanimidade na terminologia utilizada, por exemplo: no Brasil para a mediação de conflitos realizadas com auxílio ou por tecnologias de informação e comunicação.

Ver e ouvir mediação digital, mediação *online*, mediação eletrônica, enfim uma variedade de termos mencionando o mesmo, inclusive destaca-se que a legislação pátria diverge, cada qual utilizando uma terminologia, a saber:

“Lei 13.140/2015 - Art. 46. A mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.”

“Lei 13.105/2015 – art. 334 - § 7º A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.”

“Resolução 125 do CNJ – Art. 6º - X criar Sistema de Mediação e Conciliação Digital ou a distância para atuação pré-processual de conflitos e, havendo adesão formal de cada Tribunal de Justiça ou Tribunal Federal, para atuação em demandas em curso, nos termos do art. 334, §7º, do Código de Processo Civil de 2015 e do art. 46 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (lei de Mediação);.”

Para este estudo e seguindo uma linha lógica eis que, é possível incluir a mediação realizada com auxílio ou através de tecnologias da informação e da comunicação, como espécie do gênero Sistemas de Resolução de Conflitos *Online* (SRCO), ou ODR, é utilizado o termo – mediação *online*.

Pode-se conceituar a mediação como um método de solução de conflitos, baseado em um procedimento judicial ou privado, que prima pela flexibilidade procedimental. Conduzido por um terceiro imparcial e facilitador, o mediador que deve ser capacitado e utilizando *técnicas de diversas áreas do Conhecimento* com intuito de fomentar ou restabelecer a comunicação entre os envolvidos no impasse, criando ambiente propício para geração de opções positivas e sustentáveis para um eventual acordo total ou parcial, não devendo, como regra, avaliar ou opinar sobre as opções criadas, contudo exerce o papel de agente da realidade.

Ao transportar a definição para a mediação *online* inclui-se a já mencionada quarta parte no procedimento, ou seja, as tecnologias da informação e comunicação, que através e, em conjunto com o mediador, que passa a também ter um papel de gestor de plataformas tecnológicas, garantidor da identidade das partes, e da confidencialidade durante e após o procedimento de mediação, compõe com as partes envolvidos no conflito todos os atores do processo.

A mediação *online* deve respeitar os mesmos princípios e características da mediação presencial, contudo, algumas características complementares devem fazer parte do rol de conhecimento dos usuários e do mediador deste serviço, tais como: i) qual a tecnologia a ser utilizada; ii) se o procedimento será síncrono, assíncrono ou híbrido; iii) questões técnicas e procedimentais relativas as funções do mediador; iv) confiança no procedimento e no mediador; v) segurança das informações; vi) preservação da identidade e privacidade dos envolvidos; vii) legislação aplicável a forma *online* de mediação; viii) habilidades certificadas e comprovadas do mediador *online* (*cyber* mediador ou e-mediador).

Franco Conforti assim descreve:

“La mediación por medios electrónicos es: “Un procedimiento total o parcial, simplificado y en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los intervinientes y el respecto a los principios de la mediación previstos en la ley y que se realiza por medios electrónicos en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí misma un acuerdo con la intervención de un mediador (...)””

Alberto Elisavetsky amplia a temática desta forma:

“El primer rasgo definitorio de los métodos RDL es su apoyo sustancial en la tecnología en línea, en comparación con los métodos “clásicos” de mediación, negociación u arbitraje “cara a cara”, presenciales.

*El segundo rasgo definitorio deriva del primero, y es que gracias al uso de las nuevas tecnologías, los métodos RDL, permiten la negociación, mediación y facilitación a distancia, dentro de los métodos llamados no adversariales de resolución de disputas.”*⁸

Thomas Eckschmidt, Mario Magalhães e Diana Muhr conceituam, em suas palavras, Meios eletrônicos para solução de conflitos, da seguinte forma:

*“Os MESC são um processo de solução de conflitos que se estrutura em ferramentas eletrônicas que promovem a comunicação, interação e formalização de maneira eficiente (p.e. baixo custo), conveniente (p.e. não presencial e previsível em custo e prazo), e aplicável (à questão em disputa), garantindo autenticidade (veracidade das partes envolvidas), privacidade (conteúdo protegido de terceiros envolvidos), e exequibilidade (o resultado do conflito é exequível e exigível perante a lei).”*⁹

Observa-se que a mediação *online* além de todos os princípios estruturais e legais que deve respeitar agrega em suas peculiaridades conceitos, princípios, preocupações e procedimentos próprios ligados as tecnologias da informação e comunicação que, em verdade, *são sua essência existencial*.

Pensar de forma simplória que a mediação *online* é a mediação presencial transportada para, por exemplo, a plataforma de vídeo conferência (comunicação síncrona), é um equívoco eis que,

⁷ CONFORTI, Franco. Pequeno Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

⁸ ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

⁹ ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E S; MUHR, Diana. Do Conflito ao Acordo na Era Digital. São Paulo: Moderattus. 2016

conquanto, principio logicamente ligadas e, procedimentalmente similares, a mediação *online* deve ter em conta outras questões ligadas as tecnologias, a preparação do mediador, a ampla informação e percepção das partes envolvidas, a identidade dos atores e a segurança dos dados e informações produzidas.

Por óbvio, adaptações são necessárias e constantes e, para cenários distintos, os dois modelos de medição podem ser mais ou menos adequados, vantagens e desvantagens da mediação *online* em comparação com a medição tradicional presencial, ou mesmo de forma independente, inúmeras reflexões devem ser tomadas em conta e, condutas devem ser pensadas antes mesmo de se utilizar de um procedimento *online*.

Importante contextualizar a mediação *online* na atualidade eis que se vive uma Pandemia Global causada por um vírus que desde o início do ano de 2020 assola todos os seres humanos do planeta Terra e, até o presente momento, nem cura efetiva nem vacina contra os efeitos graves da doença denominada COVID-19 foram colocadas à disposição.

Tal fato tem ligação direta com o desenvolvimento e crescimento dos Sistemas de Resolução de Conflitos *Online* na atualidade e entre eles a mediação *online*. Conquanto, como mencionado em linhas anteriores, já existissem disponíveis para os usuários os ODRs e em especial a mediação *online*, inclusive com previsão legal desde 2015 (Lei de Mediação), tais não estavam em estágio de desenvolvimento amplo ou de acessibilidade em larga escala.

A Pandemia Global mudou o modo de vida de todos os seres humanos, quarentena, isolamento, afastamento social, máscaras obrigatórias, higienização, sanitização, grupos de risco, tele trabalho, virtual, plataformas, ensino a distância, novo normal etc são alguns termos que são ouvidos rotineiramente e, como aliás é característica do ser humano, a adaptação.

Não é diferente o que ocorreu e ainda ocorre, eis que se está ainda sob os efeitos da Pandemia, com as pessoas que necessitam resolver seus impasses, seus conflitos. De uma hora para outra os tribunais fecharam, os órgãos executivos fecharam, as empresas especializadas em gestão de conflitos idem, as câmaras de mediação e arbitragem de igual forma passaram a atender de forma unicamente virtual, levando os sistemas *online* de uma opção para a única via.

De certo que as empresas ou órgão públicos que haviam largado na frente no desenvolvimento ou aquisição de sistemas, plataformas, *software*, etc se adaptaram mais rapidamente e puderam oferecer os serviços que já tinham ou lançaram mais rapidamente esses serviços, mas não foi a regra, em especial no âmbito público, que ainda vem se adaptando ou utilizando unicamente plataformas de videoconferência para realizar os serviços que lhes cabem.

Ao usuário coube e cabe decidir, no atual contexto da Pandemia, se para tratar de algum impasse opta pelos sistemas *online* de resolução de conflitos oferecidos pelo Poder Público ou à iniciativa privada ou simplesmente não o faz, mantendo de forma reprimida seus anseios de solução

O sociólogo e filósofo polonês Zygmunt Bauman em sua teoria da Sociedade Líquida brinda os seus leitores com um atualíssimo pensamento sobre os avanços tecnológicos rápidos e que permeiam a cada segundo mencionando que: “Vivemos tempos líquidos. Nada é para durar”.

Aliado a essa perspectiva vivencia-se profundas alterações no modo de vida, nos relacionamentos, na forma de comunicação, de alimentação, de trabalhar, de resolver conflitos. Assim, independentemente do final ou não da Pandemia Global, as intensas mudanças na forma de resolver

conflitos já estão e permanecerão. Em verdade, haverá adaptações a elas e opções às informações objetivas e subjetivas.

2.4 As vantagens e desvantagens da Mediação *Online*

Como em qualquer serviço que se tem acesso existem vantagens e desvantagens, na mediação *online* não é diferente. A adaptação constante e o número de serviços, plataformas, formas, possibilidades e requisitos para ter e acessar a mediação *online* são diversos.

Várias experiências positivas e bem sucedidas podem ser levadas como paradigmas transitórios para ser a base na escolha de um serviço de mediação *online*. A lei de Mediação brasileira aliada ao Código de Processo Civil menciona unicamente a possibilidade de utilização, mas em nenhum momento — e isso seria até absurdo, —definem qual a plataforma que deve ser utilizada, por exemplo.

Não se pode, entretanto, deixar de observar e declinar preocupação com diversos pontos peculiares à mediação *online* com objetivo de dar confiabilidade a esse sistema tão profícuo de resolução de conflito seja para os usuários, seja para os mediadores, bem como para os advogados que deverão junto com as partes elaborar estratégias no estudo, escolha e decisão por qual serviço utilizar.

Assim sendo, é possível, sem pretensão de esgotar o tema, mencionar algumas características marcantes da mediação *online*, ou como a doutrina menciona: vantagens e desvantagens em comparação a mediação presencial.

2.4.1 Vantagens

a) Custos – processo, administração, documentos físicos, tramitação, transporte, deslocamentos etc. Esses custos são menores, tanto em relação aos atores do processo como em relação a logística de todos envolvidos;

b) Flexibilidade – o desenho das reuniões, horários, atores e eventuais participantes extraordinários fica muito mais facilitado, muitas vezes ao alcance de um *e-mail* ou um grupo restrito do *WhatsApp* onde todos têm acesso as informações da agenda de reuniões do procedimento;

c) Confidencialidade – Só terá acesso as reuniões os atores pré-determinados no processo de mediação; o mediador ganha a gestão do processo e da plataforma digital permitindo e admitindo somente quem pertence àquele procedimento de mediação;

d) Logística facilitada – os deslocamentos não são mais necessários, não importando onde esteja o ator ou parte, basta ter acesso à tecnologia determinada e necessária e a sessão acontece;

e) Tecnologias – não são necessários, na maioria dos casos, *softwares* complexos ou especiais, bem como, baixar aplicativos extremamente ‘pesados’ no computador, *tablet* ou *smartfone*, para poder ter acesso as plataformas de mediação *online*, sejam síncronas ou assíncronas;

f) Contemporaneidade comunicacional – os seres humanos veem se comunicando de formas diferentes em comparação a décadas passadas, as tecnologias são o dia a dia a resolver conflitos por plataformas digitais de comunicação e informação, o que talvez, seja mais adequado ao nativo digital ou mesmo ao imigrante digital adaptado;

g) Tempo – o acesso é mais célere e o procedimento (desde que não haja alguma questão específica), é maximizado no tempo e nas tomadas de decisões, eis que todos os atores, podem estar conectados a um clique, uma mensagem, um telefonema etc.;

h) Mediador – mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação *online* que estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização são fundamentais para o sucesso da mediação *online*.

2.4.2 Desvantagens

a) Tecnologias – da mesma forma que as tecnologias podem aproximar e fomentar a comunicação sem grandes esforços para obtê-las ou instalá-las em equipamentos eletrônicos, elas também podem ser limitantes, eis que para utilizá-las será necessário conhecimento mínimo para operá-las, ter acesso a Internet, ter mínima qualidade de serviços, disponibilidade no local, dentre outros;

b) Questões de identidade – se a mediação *online* não ocorrer 100% do tempo de forma síncrona, poderá ocorrer interferência na tomada de decisões das partes envolvidas no conflito. Quando as comunicações são assíncronas não se tem como saber com absoluta certeza se foi realmente a parte que se manifestou daquela maneira;

c) Adequação das plataformas aos usuários – muitas plataformas podem apresentar idioma não compatível com o conhecimento dos atores do processo, desta forma, é necessário tomar em conta essas questões para plena compressão por todos da tecnologia envolvida;

d) Assinatura eletrônica – para ter validade legal, as negociações ocorridas na mediação e, por ventura reduzidas a termo devem ter a preocupação com os protocolos de segurança não só dos meios tecnológicos utilizados, como da validade e veracidade eletrônica da assinatura postada no documento produzido, seja do local onde ocorrer a mediação ou, no caso de mediação internacional, do país onde o acordo será implementado. No Brasil já se admite a validade da assinatura digital, todavia a atenção com as certificadoras e empresas que fornecem esse serviço devem ser preocupação latente da empresa gestora dos conflitos, do mediador, das partes, dos advogados, enfim de todos os atores da mediação *online*;

e) Incidentes tecnológicos – como mencionado no item “a”, diversos são os percalços que podem ocorrer em uma mediação *online*, em especial, na modalidade síncrona e que, podem prejudicar, interromper, causar desconfiças, desprestigiar, influenciar a saída pelas partes, enfim, tumultuar o procedimento.

f) Mediador - mediadores, empresas de gestão de conflitos, órgãos públicos que realizem mediação *online* e que não estejam preparados, capacitados, informados e treinados em tecnologias da informação e comunicação seu uso e operacionalização podem desprestigiar, causar insegurança, desconfiça e gerar questionamentos legais sobre o procedimento.

g) Análise da Linguagem não-verbal – talvez esse seja um dos pontos mais controvertidos e questionados pelos mediadores, mediandos e conhecedores de mediação, no sentido de questionar que em ambiente digital umas das ferramentas importantes da mediação, qual seja, a análise da linguagem corporal dos mediandos, não pode ser observada a contento ou mesmo nem pode ser observada se a mediação *online* for de forma assíncrona. Essa é uma questão sensível e técnica da mediação

que ainda não se tem uma resposta efetiva ou definitiva, nem se sabe se é verdade. A mediação *online* não deve ser plenamente comparada ou apenas transportada do ambiente presencial tradicional para o *online*, cada qual tem suas semelhanças mas suas diferenças e talvez o âmbito de utilização, o espectro conflituoso, o tipo de relação entre as partes, a origem do conflito, a complexidade e quantidade dos envolvidos, deva ser observado para a devida escolha de qual mediação ou sistemas de resolução de conflito usar, enaltecendo a adequação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A natureza humana é de evolução constante, não se estará amanhã igual a hoje, assim como se está diferente de ontem. Só por esse fato deveria ser tranquila a adaptação a novas tecnologias e novas formas de se relacionar, de estudar, de trabalhar, de consumir, de resolver conflitos etc.

Contudo essa percepção de tranquilidade e adaptação é subjetiva e relativa e a evolução em determinados contextos e sociedades é mais fácil para uns e mais difícil para outros, seja em níveis globais, regionais, internacionais, nacionais, regionais internos, estaduais, municipais, locais etc.

Nesse sentido toda mudança necessita de uma maturação temporal e adaptação humana para o rompimento de paradigmas tradicionais, por exemplo: a forma de como resolver os próprios conflitos.

Principalmente em países orientados pelo *Civil Law* a tradicional utilização como forma de resolver conflitos do poder estatal foi e ainda é a ‘Porta’ mais utilizada, delegando ao estado juiz a decisão do certo e errado.

A inclusão mais acentuada da ideia dos Tribunais Multiportas do saudoso professor Frank Sander, ou seja, quando se tem várias opções a escolher e adequar os conflitos ao sistema de resolução, permeou diversas sociedades em diferentes momentos e a adaptação a elas romperam paradigmas, na medida em que fomenta o protagonismo dos envolvidos na solução dos impasses.

Essa mudança consubstanciou-se na ampliação de opções de sistemas de resolução de conflitos para as pessoas que necessitam do auxílio, por exemplo, de um terceiro para fomentar a comunicação e negociação, caso da mediação.

Bem descreve Mariana Hernandez Crespo:

“(...) O Tribunal Multiportas é uma instituição inovadora que direciona os processos que chegam a um tribunal para os mais adequados métodos de resolução de conflitos, economizando tempo e dinheiro, tanto para os tribunais quanto para os participantes ou litigantes.”¹⁰

A ampliação de opções dentro e fora do Poder Judiciário tornou-se uma constante mudança de paradigma social, porquanto estar impregnado em pensar que somente existe uma forma de solucionar conflitos e essa está atrelada ao Estado.

¹⁰ ALMEIDA, Tania. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

As legislações em vigência nos conduzem a agir e pensar de forma mais autônoma na escolha de um sistema para resolver os próprios conflitos enaltecendo a utilidade, qualidade, pertinência, excelência, adequação e, no caso da mediação, profundidade no tratamento dos conflitos humanos.

É nítido que não há mais espaço para o modelo de Justiça pensado apenas na decisão adjudicada, os conflitos humanos evoluíram, as sociedades evoluíram, as relações interpessoais evoluíram, a tecnologia evoluiu, a forma comunicação mudou e os sistemas adequados de resolução de conflitos merecem completa e plena acolhida, mesmo porque visam e existem para beneficiar exatamente os usuários destes métodos.

Uma abordagem qualificada, técnica e adequada para cada situação conflituosa merece atenção, todos os sistemas têm sua real e importante função e, se adequarão para tanto. Os sistemas de solução de conflitos sejam presenciais, *online* ou híbridos devem agir de forma sinérgica com o objetivo de ampliar o acesso à Justiça no Brasil.

O que fica para reflexão é com o ideal de permear o pensamento sobre a temática é que cada situação conflituosa pode ser abordada de uma determinada forma e por um sistema mais adequado sem excluir os outros, seja na seara privada ou judicial.

Os serviços de qualidade, com segurança, confiabilidade, confidencialidade e funcionais devem ser disponibilizados aos usuários.

A mediação *online* e outros sistemas de resolução de conflitos por meios digitais são opções independentes de seus congêneres presenciais. São mais opções de resolução de conflitos a ampliar o acesso à Justiça. As tecnologias disponíveis para resolução de conflitos são novos paradigmas a serem transpostos, como foi e ainda é sobre os sistemas presenciais de resolução de conflitos, contudo, a evolução é constante e nos toca a cada momento.

As tecnologias vieram para somar e ampliar o rol de possibilidades de acesso à Justiça ou de uma solução adequada para os conflitos, contudo a informação ampla e irrestrita aliada a normas éticas, padrões, marcos, boas práticas, segurança das informações, conhecimento, compartilhamento, treinamento e viabilidade técnica devem sempre ser observados pelos usuários, bem com todos os atores envolvidos com a gestão dos sistemas de resolução de conflitos em que esfera for.

Percalços surgirão e, já existem na verdade, mas a forma de como o ser humano lidará com eles definirá a velocidade do sucesso inevitável dos sistemas Online de resolução de conflito

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes / Coordenadoras Tania Almeida, Samanta Pelajo e Eva Jonathan – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ALMEIDA, Tania. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

AMORIM, José Roberto Neves (Coord.). A Nova Ordem das Soluções Alternativas de Conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. Brasília. Gazeta Jurídica, 2013.

ARBIX, Daniel do Amaral. Resolução online de controvérsias. São Paulo: Editora Intelecto, 2017.

BRAGA NETO, ADOLFO. Aspectos Atuais sobre a Mediação e Outros Métodos Extra e Judiciais de Resolução de Conflitos. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

_____. Mediação: uma experiência brasileira. São Paulo: CLA editora, 2017.

CARAM, María Elena. Mediación: diseño de uma práctica / Maria Elena Caram; Diana Teresa Elbaum; Matilde Risolia – 1ª ed – Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

CONFORTI, Franco. Pequeño Manual de Mediación Electrónica. 2. ed. Alicante: Acuerdo Justo Editorial, 2014

DIOGUARDI, Juana. Manual de Medición. – 1ª ed. – Ezeiza: Huella, 2014.

DIEZ, F.; TAPIA, G. Herramientas para trabajar en mediación. Buenos Aires: Paidós, 1999.

ECHEVERRÍA, Rafael. Ontología del Lenguaje. Buenos Aires: Granica; Juan Carlos Saez Editor, 2012.

ECKSCHMIDT, Thomas; MAGALHÃES, Mario E S; MUHR, Diana. Do Conflito ao Acordo na Era Digital. São Paulo: Moderattus. 2016

ELISAVETSLY, Alberto. La Mediación a luz de las Nuevas Tecnologías. 1ª.ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Erreius, 2019.

GRINOVER, A.P.; WATANABE, K.; LAGRASTA NETO, C.(Coord.). Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional: guia pratico para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2007.

GROSMAN, C. F.; MANDELBAUM, H. G. Mediação no Judiciário: teoria na prática, prática na Teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011.

HIGHTON, ELENA I., ÁLVAREZ GLADYS S. Mediación para Resolver Conflictos. Buenos Aires - Argentina: AD-HOC, 2008.

PELUSO, C., RICHA, M., GRINOVER,, A., WATANABE, K., Conciliação e Mediação: Estrutura da Política Judiciária Nacional. CNJ. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

SAMPAIO, L.R.C.; NETO, A.B. O que é mediação de conflitos. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SCHNITMAN, D. F.; LITTLEJOHN, S. Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre, RS: Editora Artes Médicas Sul Ltda,1999.

N. C. P. B. da Rocha

PODE O JUIZ CONDENAR QUANDO O MINISTÉRIO PÚBLICO PEDE A ABSOLVIÇÃO?

*Alexandra Rodrigues de Souza Cruz*¹

RESUMO EXPANDIDO

Este trabalho se propôs a desenvolver uma pesquisa jurídica em consonância com os novos patamares científicos que exigem uma Ciência do Direito crítica; e questionou o instituto que permite ao magistrado condenar mesmo diante da adoção de posição contrária por parte do Ministério Público (MP); positivado no ordenamento nacional no art.385 do Código de Processo Penal (CPP) e que, reproduz o *status quo* do inquisitivo e ignora as demandas de transformação da realidade jurídica e social.

Assim, se intenciona proporcionar à coletividade segurança jurídica e possibilidade de alcance da justiça social, através de uma postura mais ativa do MP e de um posicionamento imparcial do julgador. A pesquisa perquiriu se vincular o juiz ao pedido de absolvição ministerial poderia ser uma resposta para diminuir os riscos de inocentes serem condenados em decorrência de pressões populares, e para efetivar o princípio da paridade de armas entre partes, cuja aplicação é essencial para a efetivação do devido processo penal, regido pela presunção de inocência e pela imparcialidade judicial, nos moldes da Constituição Federal de 1988 (CF).

Para tanto, a pesquisa realizada foi teórica e empírica, sendo esta última efetivada através da análise jurisprudencial de tribunais nacionais. Uma vez que este parece ser o meio mais eficaz para proporcionar o necessário diálogo entre as partes, o tribunal e as leis; possibilitando sua adequação aos preceitos constitucionais democráticos.

Objetivou-se reanalisar a sistemática processual penal e, em específico, o teor do art.385 do CPP. Há de se deixar claro que os posicionamentos adotados neste trabalho não intencionaram criticar as funções judiciais ou ministeriais; mas sim clamar por um juiz imparcial, e pugnar por uma promotoria ativa em suas funções constitucionais. Tal confusão de atribuições gera incontáveis prejuízos para a sociedade e para o réu que se torna muito vulnerável diante de um MP que não cumpre seus papéis constitucionais e de um magistrado que acusa e julga ao mesmo tempo, acolhendo uma condenação que não mais foi perseguida, senão por ele mesmo.

Como afirmou a antropóloga e pesquisadora Luciana Ribeiro Oliveira², neste trabalho não se fez apologia ao crime, mas se deu voz aos sujeitos envolvidos no fenômeno criminal. Almejou-se

¹ Mestra em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia – UNAMA. Especialista em Direito Processual pela UNAMA. Professora de Direito Penal e Processo Penal da Graduação e Pós-graduação *latu sensu* da UNAMA. Assessora Judicial da 2ª Vara Criminal do TJPA. E-mail: alexandra_fr12@hotmail.com

² OLIVEIRA, Luciana Ribeiro. A pesquisadora do crime: notas antropológicas de uma arriscada observação participante com mulheres praticantes de atividades ilícitas. Caderno espaço feminino. Uberlândia. V25, n.02. jul/dez 2012. p.173.

a produção de conhecimento jurídico crítico e que caminhe na contramão dos conceitos e soluções fechadas da dogmática jurídica tradicional, em prol da maior efetivação dos direitos fundamentais dos sujeitos processuais, em consonância com a ordem jurídica democrática estabelecida pela CF; a qual pugna por um Processo Penal que se transforme de mero instrumento para aplicação de penas em meio de tutela de direitos fundamentais.

Palavras-Chave: SEGURANÇA JURÍDICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. ABSORVIÇÃO MINISTERIAL.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: O novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AROCA, Juan Montero. *El principio acusatorio entendido como eslogan político.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol.1, n. 1, pp. 66-87, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique R.I. **Correlação entre acusação e sentença.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BETTIOL, Giuseppe. *Intituciones del derecho penal y procesal.* Barcelona: Bosch, 1973.

BUENO DE CARVALHO, Amilton. **Lei para que(m)?.** In: WUNDERLICH, Alexandre (org.). Escritos de Direito e Processo Penal em homenagem ao Professor Paulo Claudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

BUSATO, Paulo César. **De Magistrados, Inquisidores, Promotores de Justiça e Samambaias: Um Estudo sobre os Sujeitos no Processo em um Sistema Acusatório.** In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. (org.); CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (org.). **O novo Processo Penal à Luz da Constituição: Análise Crítica do Projeto de Lei no 156/2009, do Senado Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Flavia de Almeida Viveiros de. **O papel político do Poder Judiciário.** Revista da EMERJ, v.3, n.11, 2000.

CORDEIRO, Franco. **Procedimento Penal:** Tomo II. Bogotá: Temis, 2000.

COSTA, Luís César; MELLO, Leonel Itaussu A. **História Geral e do Brasil.** São Paulo: Scipione, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal.** 3 ed. Curitiba: Juruá, 1998.

MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS E REFUGIADOS, LEBRES HUMANAS OU RÃS SUBMERSAS: A CRISE IDENTITÁRIA DA PÓS-MODERNIDADE

Bárbara Gilmara da Silva Feio¹

RESUMO EXPANDIDO

A pesquisa apresenta o tema dos refugiados e movimentos migratórios, em um momento social dos mais relevantes. Segundo dados de 2020, do Alto Comissariado da Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), no ‘Relatório de Tendências Globais’², havia até o final de 2019, mais de 79,500 milhões de pessoas deslocadas em razão de guerras, conflitos e perseguições. Em relação à população mundial de 7,8 bilhões de pessoas, 1 (uma) em cada 97 (noventa e sete) pessoas já é solicitante de refúgio, deslocado interno ou refugiado.

Nesse cenário, faz-se uma análise sobre os movimentos migratórios, como aqueles formados por um fluxo forçado, individual ou de massa de pessoas, improváveis de se interromper, em razão do progresso econômico ou de transformações políticas e sociais, além de investidas militares e situações de guerra. A investigação se inicia a partir da análise *baumaniana*, bem como seu diagnóstico dos refugiados enquanto pessoas redundantes, localmente inúteis e excessivas em razão do progresso econômico, ou localmente intoleráveis e rejeitadas por transformações sociais/políticas e lutas pelo poder, frutos do modo de vida moderno.

As categorias de análise utilizadas sobre o tema proposto são, a partir da definição ampliada do *status* de refugiado, inserida na Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos de 1969 e também na Declaração de Cartagena de 1984, a de “refugiado em razão de grave e generalizada violação de direitos humanos”. A partir destas categorias, investiga-se os solicitantes de refúgio: a) com pedido em análise, que detém status provisório de refugiados; b) com pedido deferido, com status de refugiado; c) com pedido negado, apátrida de fato.

Objetiva-se, então, discutir os principais aspectos de questões identitárias, das políticas de securitização e implantação do medo no mundo globalizado de que se utilizam os Estados, transcendendo o tema da migração da esfera da ética e necessidade de segurança, a partir de uma interface entre a teoria *baumaniana* e a teoria econômica de Schumpeter.

Define que, o marco normativo internacional, apresenta vazios de proteção aos refugiados, e que no caso brasileiro, migrantes em razão de deslocamento forçado, ainda se encontram à margem de proteção. Em seguida, aponta que migrantes e refugiados, enquanto sujeitos de direitos e

¹ Advogada. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Doutoranda em Direito Privado pela Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. E-mail: barbara_feio@hotmail.com

destinatários de garantias fundamentais, vivem na condição de estranhos, sofrendo com processos de desnacionalização dos Estados de origem, e de assimilação e migração seletiva nos Estados receptores, onde são segregados em locais vazios e não-lugares, consolidando uma divisão de mundo em visível e limpo e de mundo invisível de remanescentes residuais ou sem-teto sociais, baseado numa política de instalação do medo e remoção do refugo humano quando estes, perdem sua identidade de sujeito econômico, deslocando-se da categoria de consumidor e produtor de consumo, para tornarem-se um ônus econômico estatal.

Palavras Chave: MIGRAÇÃO. REFUGIADOS. CRISE IDENTITÁRIA. SUJEITO ECONÔMICO.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Fernanda Moura Queiroz; CARVALHO, Júlia Vilela. **A proteção dos migrantes e refugiados à luz dos Tratados internacionais**. Revista Eletrônica de Direito Internacional [online]. Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant. – v. 20, 2017-1. Belo Horizonte: CEDIN. P. 47-49.

CHAVES, Ernani. **Qual a atualidade do pensamento de Michel Foucault?** In: Diário do Pará, Belém, 03 Nov2013. Caderno VOCÊ, p.03.

DARTIGUES, André. **O que é fenomenologia**. Tradução de Maria José J. G. de Almeida. 10. ed., São Paulo: Centauro, 2008.

FEIO, Bárbara Gilmar. **Neoconstitucionalismo e Ativismos Judicial:** a tutela jurídica da filiação afetiva e o postulado da igualdade em face das diferenças. Série Monografia Jurídicas I. São Paulo: PerSe, 2015.

FERNANDES, João Paulo. **Em busca de um novo lar**. In: História em Foco. Refugiados. Ano 1, N.1. 2017, p. 06-09.

HATHAWAY, James. C. ***A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law***. *Harvard International Law Journal*, Boston, v. 31, n. 1, p. 129-147, 1990.

HATHAWAY, J. C. ***The Law of Refugee Status***. Canadá: Butterworths, 1991.

_____. ***The Rights of Refugees under International Law***. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Os problemas fundamentais da fenomenologia**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

A RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO PRODUTOR RURAL E A TUTELA PROVISÓRIA NR.1.920-MT DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Erika Oliveira de Alencar Silva¹

RESUMO EXPANDIDO

O presente artigo tem o intuito de avaliar a necessária inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis para pedido de recuperação judicial por parte de produtor rural que tem inscrição facultada pelo código civil.

A pesquisa remete a duas situações distintas: em primeiro plano, o Código Civil de 2002, que adotou a teoria da empresa por influência do código Italiano de 1942, que além de ampliar o conceito de empresário, facultou o registro mercantil para o início da atividade do produtor rural, considerando a atividade empresária constitutiva pela própria atividade de fato. De outro lado, a Lei de Recuperação e Falência nr. 11.101/2005, que traz como requisito único e essencial o exercício da atividade empresarial regular há mais de 2 anos.

Ao que se supõe uma questão sem embates, as decisões dos tribunais estaduais demonstram o oposto. Pode ou não um produtor rural, requerer a recuperação judicial sem que esteja exercendo suas atividades pelo prazo exigido em lei, e assim obter a recuperação judicial que blindará o empresário de suas dívidas? Uma questão de formalidade legal ou de cumprimento dos princípios constitucionais da preservação da empresa?

O tema em questão é relevante e traz preocupação, pois impacta na possibilidade do soerguimento ou não da atividade empresarial rural, a manutenção da fonte produtiva desta atividade. Atividade viável que, respaldada no valor social da empresa, boa-fé empresarial, pode manter postos de trabalho, incrementar a produção e continuar a gerar renda e contribuir com o Estado e com a sociedade.

Na hipótese de soerguimento mediante recuperação, uma vez a empresa encarada como centro irradiador de produção de bens e serviços, como principal ativador da vida econômica da nação, como principal criador de empregos e oportunidades, solidifica-se o sentido que preservada a empresa, preservada e riqueza com um todo².

A metodologia é dedutiva, usando a pesquisa bibliográfica e documental e análise jurisprudencial para contrapor com os requisitos da legislação. O resultado final tende a indicar mudança na interpretação do Superior Tribunal de Justiça que em decisão recente, manifestou

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pelo programa de pós-graduação em Direito da Universidade da Amazônia, Advogada, Professora Universitária.

² MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, 2018 nota do autor à 7ª Edição.

aplicação do princípio da preservação da empresa frente aos requisitos formais agravados para suspensão da recuperação judicial.

Será analisado as questões de direito e base principiológica, em seguida as decisões dos tribunais quanto a matéria e posicionamento do STJ para avaliar a efetiva aplicação da preservação da empresa no âmbito judicial.

No item 1 será analisado a natureza jurídica do produtor rural – pessoa natural – que desenvolve atividade empresária, conforme a teoria dos atos empresariais adotada pelo artigo 966 do código Civil de 2002, o empresário e o registro da atividade mercantil na junta comercial.

Em seguida, a abordar-se-á a nova ordem econômica da Constituição Federal que abraçou os princípios fundamentais do Estado à valorização social do trabalho, livre iniciativa, função social e preservação da empresa e fazendo essa analogia com o estado de crise do empresário e da atividade empresária e a busca do soerguimento da empresa com base no instituto da Recuperação Judicial, artigo 47 da Lei 11.101/2005.

E ao final, uma análise das decisões judiciais sobre o processamento da recuperação judicial do produtor rural em alguns Tribunais de Justiça e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria em recente decisão que concedeu tutela de urgência no Pedido 1.920/MT³ para produtor rural apresentasse os débitos constituídos após o registro na Junta Comercial fossem incluídos no pedido de recuperação. Decisão que já indica um novo caminho que irá dar mais segurança jurídica aos casos de insolvência jurídica do produtor rural – empresário – que recorrer ao instituto da recuperação judicial para manter ativa o exercício da empresa.

Palavras-Chave: RECUPERAÇÃO JUDICIAL; PRODUTOR RURAL; REGISTRO MERCANTIL; PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil brasileiro: Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em setembro de 2019.

BRASIL. **Falências: Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em setembro de 2019.

BURANELLO, Renato. **Manual do Direito do Agronegócio**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.38-40.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. São Paulo, SP: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial – Direito de empresa**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 80.

³ Revista **Consultor Jurídico**, 19 de abril de 2019 (<https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/recuperacao-judicial-empresario-rural-jurisprudencia-stj>)

FILHO, Manoel Justino Bezerra. **Lei De Recuperação De Empresas E Falências Comentada - Lei 11.101 / 2005** - 4ª Ed. 2007. BOLETIM IJC 12/2018. Biblioteca – MP-SP. Página 7 cap.

GUIMARÃES, Maria Celeste Moraes. **Recuperação Judicial de Empresas e Falência à luz da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil; Direito Empresarial**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 21.

TRENTINI, Flavia; KHAYAT, Gabriel Fernandes; SILVA, Leonardo Cunha. **A recuperação judicial do empresário rural na jurisprudência do STJ**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-19/recuperacao-judicial-empresario-rural-jurisprudencia-stj>. Acesso em setembro de 2019.

ARRECAÇÃO DE BENS IMÓVEIS ABANDONADOS E A SUA (IN)EFETIVIDADE NO BRASIL

Hélio Jorge Regis Almeida¹

Bruno Soeiro Vieira²

RESUMO EXPANDIDO

Para muitos brasileiros o direito à cidade é uma mera abstração idealizada por aqueles que sempre gozaram desse direito essencial a qualquer ser humano. Uma observação atenta da realidade permite afirmar que a sua efetivação tem sido um enorme desafio para os aplicadores das normas jurídicas de Direito Urbanístico.

Um dos entraves para a execução significativa das políticas públicas concernentes ao espaço urbano está relacionado às ferramentas de execução de tais políticas, aliado ao entrave na constituição das cadeias de formação de áreas urbanas.

No final do ano de 2017, no governo do então Presidente da República Michel Temer, foi promulgada a Lei nº 13.465/2017 (Lei da Reurb) que disponibilizou novos instrumentos jurídicos urbanísticos de modo a impelir o proprietário que, por desídia, deixasse o seu imóvel abandonado sem dar uma função social.

Dessa forma, a vinda da Lei da Reurb ao mundo jurídico veio apresentar possibilidades para soluções, ou ao menos a mitigação, das constantes violações ao direito à cidade, bem como uma tentativa de desburocratizar o processo de regularização fundiária no país e possibilitar a efetivação de políticas públicas urbanas.

Visando auxiliar na construção de políticas públicas voltadas ao direito à cidade, entre esses novos instrumentos jurídico-urbanísticos trazidos pela Lei nº 13.465/2017 se destaca o previsto no artigo 64 deste diploma normativo, denominado “arrecadação dos bens imóveis abandonados”.

Dessa maneira, almejam os pesquisadores, no presente trabalho acadêmico, contribuir para a compreensão desse fenômeno em seu aspecto prático, ou seja, concentrando-se em seu procedimento, descrevendo suas etapas de modo a possibilitar a aplicação e, sobretudo, avaliar o grau de efetividade deste novel instituto.

O principal questionamento da pesquisa é o seguinte: quais capitais brasileiras já utilizam o instituto da arrecadação dos bens imóveis abandonados como ferramenta de política urbana? Parte-se da hipótese de que em todas as capitais das Regiões Sul e Sudeste já há a regulamentação do instituto.

¹ Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA).

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido (NAEA/UFPA).

No tocante ao procedimento metodológico, o pesquisador se utilizou de pesquisa documental valendo-se da Constituição Federal de 1988, Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), Estatuto da Metrópole (Lei nº 13.089/2015), Lei da REURB (Lei nº 13.465/2017), e pesquisa em sítios eletrônicos das Leis e Decretos Municipais a respeito da posituação do instituto da arrecadação dos bens imóveis abandonados nas capitais brasileiras que preveem o instituto.

A discussão propiciada por este estudo contribui para o conhecimento e difusão deste novo instrumento jurídico-urbanístico auxiliando aqueles que querem implementá-lo, uma vez que descreve o passo a passo do procedimento arrecadatório previsto em lei.

Pode-se ter como considerações finais, que por ora, com base na argumentação trazida no estudo exposto que há uma verdadeira não efetivação do instituto da arrecadação dos bens imóveis abandonados no Brasil.

Palavras-Chave: DIREITO URBANÍSTICO. ARRECADAÇÃO. BENS IMÓVEIS ABANDONADOS. POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 10 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União [...]. **Diário Oficial da União**. Brasília, 6 set. 2017.

SANTOS, Bruno Oliveira dos; BOAVENTURA, Edivaldo Machado; REIS, Renato Barbosa. Alternativas legais para a apropriação de imóveis abandonados: Um estudo de caso no município de Salvador/BA. *Revista de Direito da Cidade*, v. 10, n. 1, p. 95-132, 2018. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/viewFile/29621/23338>. Acesso em: 5 jun. 2020.

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA ADMINISTRAÇÃO NA TERCEIRIZAÇÃO PARA A EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS

Igor de Oliveira Zwicker¹

RESUMO EXPANDIDO

Os direitos humanos são direitos inerentes ao próprio ser humano, cuja dignidade reside no valor da pessoa humana. Os direitos derivam da natureza humana, do simples fato de sermos seres humanos, independentemente de nossas características externas².

O trabalhador, em todo o seu espectro de dignidade, deve ser visto com todas as suas individualidades, necessidades e vicissitudes – no dizer de Oscar Ermida Uriarte apud Corrêa, “o trabalhador não despe o paletó de cidadão na porta da fábrica para vestir o macacão de operário”.

Todas as categorias de direitos fundamentais estão sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico, de modo que se aplica, aos direitos sociais fundamentais, o mesmo regime jurídico destinado aos direitos e deveres individuais e coletivos, a teor dos artigos 5º, § 1º, 6º, 7º, e 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República (SARLET, 2013, p. 514-515).

Os direitos sociais têm como marcante característica o princípio da vedação ao retrocesso social (“efeito cliquet” dos direitos humanos), além de autêntica cláusula de avanço social, considerada a necessidade premente da vida, de se caminhar para frente, de evoluir, de agir, de tornar efetiva a promessa constitucional uma sociedade livre, justa e solidária.

Os tratados internacionais são **obrigatórios** em virtude da ratificação; **executórios**, em face da sua promulgação; **aplicáveis** em consequência da publicação (MAZZUOLI, 2001, p. 104).

A própria Constituição da República propalou a sua abertura material (artigo 5º, § 2º), de modo que, ao menos em se tratando de direitos humanos, os tratados internacionais nesta matéria têm status de norma constitucional.

Concebendo a iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³, temos que se os tratados internacionais versam sobre direitos humanos e foram aprovados pelo quórum qualificado, isto é, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, eles serão equivalentes às **emendas constitucionais**, ou seja, terão natureza constitucional.

Se são tratados internacionais sobre direitos humanos e não foram aprovados pelo quórum qualificado, inclusive aqueles já ratificados pelo Brasil no passado, em momento anterior a 31 de dezembro de 2004, momento em que a Emenda Constitucional n. 45 foi publicada no Diário Oficial da União, terão natureza **supralegal**, não podendo contrariar a Constituição da República, mas

produzindo **eficácia paralisante** sobre a legislação infraconstitucional que lhe contradiga.

Se são tratados internacionais que não tratem sobre direitos humanos (como os ajustes internacionais perante a Organização Mundial do Comércio, por exemplo), então terão natureza **legal**, resolvendo-se o conflito pelas regras básicas de antinomia (em razão da hierarquia, da cronologia ou da especificidade).

Ao fim, concluiu-se que nenhum tratado internacional tem natureza supraconstitucional⁴.

Palavras-Chave: RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ADMINISTRAÇÃO. DIREITOS SOCIAIS. TRATADOS INTERNACIONAIS.

REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Portugal: Almedina, 2014.

CORRÊA, Lelio Bentes. **Ministro Lelio Bentes Corrêa faz análise do trabalho escravo.** Publicado em: 27 maio 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/trabalho-escravo/-/asset_publisher/89Dk/content/id/1746518>. Acesso em: 2 out. 2020.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O *treaty-making power* na Constituição brasileira de 1988: uma análise comparativa do poder de celebrar tratados à luz da dinâmica das relações internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional (RBPI)**, Brasília, v. 44, n. 2, p. 82-108, dez. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/Portugal: Saraiva/Almedina, 2013.

⁴ **Nota de atualização:** Bachof (2014) tem uma interessante teoria de que haveria normas constitucionais inconstitucionais. No âmbito interno, pela iterativa, atual e notória jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não há discussão quanto à possibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade de emendas constitucionais, fruto do Poder Constituinte Derivado Reformador. Porém, no entender da Suprema Corte, não é possível a declaração de inconstitucionalidade da Constituição da República se o comando é fruto do Poder Constituinte Originário, afastando-se, expressamente, a teoria de Bachof.

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NOS JULGAMENTOS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS ALEMÃ E BRASILEIRA: A TV JUSTIÇA EM ANÁLISE

Carla Noura Teixeira¹

Mauro Augusto Ferreira Da Fonseca Junior²

RESUMO EXPANDIDO

Este trabalho tem como escopo o princípio da publicidade dos julgamentos constitucionais, no sentido de verificar a necessidade do televisionamento irrestrito das sessões deliberativas do Supremo Tribunal Federal como critério de satisfação do princípio, uma vez que o modelo brasileiro da TV Justiça é único e demanda uma reflexão mais profunda nas implicações ao sistema constitucional.

Para tanto, buscou-se elementos do Direito Constitucional em um ordenamento constitucional distinto, a fim de dar sustentação teórica a problemática. Estabelecendo marcos comparativos próprios, optou-se em analisar a publicidade dos julgamentos constitucionais no ordenamento jurídico alemão, representado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha.

A metodologia escolhida fundamenta-se no método qualitativo, com apresentação bibliográfica e análise de documentos sobre o tema. Em especial, a utilização da comparação por semelhança entre o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no que tange as suas respectivas publicidades.

¹ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2009) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Especialista em Direito Processual (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogada. Coordenadora do Programa de Pós Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da graduação e Pós-graduação em Direito da Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional. Professora da Graduação em Direito da UNIFAMAZ e da UNINASSAU. Líder do Grupo Permanente de Estudos e Pesquisa “Direito Internacional para o Século XXI” na Universidade da Amazônia - UNAMA/ Grupo Ser Educacional (2017). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional - IBDC. Membro do Programa de Apoio a Pesquisa Docente da Universidade Paulista - UNIP (2011-2013). Líder do Grupo Permanente de Pesquisa “Direitos Humanos - Perspectivas e Reflexões para o Século XXI” na Universidade Presbiteriana Mackenzie - UPM/CNPq (2011/2013). Autora de obras na área de Direito Internacional e diversos artigos científicos. Com experiência em pesquisa na área jurídica, com ênfase em Direito Internacional e Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Constitucional, Direito Comunitário, União Européia, soberania, supranacionalidade, Direitos Humanos e tratados internacionais.

² Possui graduação em Direito - Faculdades Integradas Brasil Amazônia (2014). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (2020) Associado na Rede de Pesquisa Empírica em Direito. Associado no Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Internacional para o Século XXI. Bolsista PROSUP/Capes. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Penal, Processual Civil, Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Supremo Tribunal Federal, Publicidade, Teoria da Decisão; Direitos Fundamentais;

Nesse sentido, o presente está dividido em 5 seções, em que o primeiro implica em uma abordagem a construção da jurisdição constitucional nos sistemas brasileiro e alemão a partir da formação de um Tribunal Constitucional e sua materialização na conjugação dos elementos da Supremacia Constitucional, Jurisdição Constitucional e Controle de Constitucionalidade, elencando os seus elementos caracterizadores. Tudo para confrontar o modelo europeu como o Supremo Tribunal Federal e verificar a presença dessas características dentro da jurisdição constitucional brasileira e assim defini-lo como Corte Constitucional.

Na segunda seção, há uma análise voltada para ao planejamento do princípio da publicidade como Direito Fundamental. A ideia passa pela estruturação da força objetiva dos Direitos Fundamentais, do qual não há necessidade dos seus titulares exigirem a sua prestação para eles poderem fazer efeitos, há um dever do Estado em torna-los efetivos, fato que acontece a publicidade, logo o Estado adquire o dever de dar publicidade de seus atos.

Nessa linha, a terceira seção, retrata a publicidade compreendida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual optou por uma deliberação fechada e apenas dá publicidade da decisão final, não das sessões deliberativas da sua Corte, o que preserva a integridade da decisão da Corte e da colegiabilidade.

Posteriormente, há o estudo sobre a publicidade no Supremo Tribunal Federal, mais especificamente em como o Tribunal dá publicidade aos seus julgamentos. Diferente do modelo alemão, a Corte Brasileira optou por uma deliberação aberta, ao qual dá publicidade das suas sessões deliberativas, não somente das decisões. Como repercussão os juízes constitucionais são conhecidos pelas suas manifestações durante os julgamentos, o que o tornam suscetíveis a opinião pública direcionando o julgamento a convencê-la.

Por fim, se analisa a escolha pela deliberação aberta, uma vez que ao trazer a opinião pública para as sessões de julgamento deve haver uma blindagem dos juízes constitucionais a fim de que seus argumentos não se tornem políticos, com o nítido objetivo de convencer não os outros julgadores, mas sim a opinião pública que agora lhe assiste.

Palavra-chave: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. TV JUSTIÇA. DIREITO COMPARADO.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Parlamento Federal Alemão. **Lei Fundamental da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Aachen Assis Mendonça. Rio de Janeiro, 2011.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. **Lei do Tribunal Constitucional Federal**. Tradução de Luís Afonso Heck. Rio Grande do Sul: UFRGS, 2003.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. **Organização**. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Das-Gericht/Organisation/organisation_node.html. Acesso em: 23 abr. 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva baseada na 5. ed. da Alemã Theorie Der Grundrechte. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: Um relato sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASSIS, Olney Queiroz; KUMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.