

Anizio Pires Gavião Filho
André Machado Maya
Mônia Clarissa Hennig Leal
Reginaldo De Souza Vieira

DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

tutelas a bens
jurídicos
individuais e
coletivos na
sociedade
contemporânea



DIALÉTICA
EDITORA

DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

tutelas a bens
jurídicos
individuais e
coletivos na
sociedade
contemporânea

CONSELHO EDITORIAL



Alexandre G. M. F. de Moraes Bahia
André Luís Vieira Elói
Antonino Manuel de Almeida Pereira
Antônio Miguel Simões Caceiro
Bruno Camilloto Arantes
Bruno de Almeida Oliveira
Bruno Valverde Chahaira
Catarina Raposo Dias Carneiro
Christiane Costa Assis
Cíntia Borges Ferreira Leal
Eduardo Siqueira Costa Neto
Elias Rocha Gonçalves
Evandro Marcelo dos Santos
Everaldo dos Santos Mendes
Fabiani Gai Frantz
Flávia Siqueira Cambraia
Frederico Menezes Breyner
Frederico Perini Muniz
Giuliano Carlo Rainatto
Helena Maria Ferreira
Izabel Rigo Portocarrero
Jamil Alexandre Ayach Anache
Jean George Farias do Nascimento
Jorge Douglas Price
José Carlos Trinca Zanetti
Jose Luiz Quadros de Magalhaes
Josiel de Alencar Guedes
Juvencio Borges Silva
Konradin Metze
Laura Dutra de Abreu
Leonardo Avelar Guimarães
Lidiane Mauricio dos Reis

Ligia Barroso Fabri
Lívia Malacarne Pinheiro Rosalem
Luciana Molina Queiroz
Luiz Carlos de Souza Auricchio
Marcelo Campos Galuppo
Marcos André Moura Dias
Marcos Antonio Tedeschi
Marcos Pereira dos Santos
Marcos Vinício Chein Feres
Maria Walkiria de Faro C Guedes Cabral
Marilene Gomes Durães
Mateus de Moura Ferreira
Milena de Cássia Rocha
Mortimer N. S. Sellers
Nígela Rodrigues Carvalho
Paula Ferreira Franco
Pilar Coutinho
Rafael Alem Mello Ferreira
Rafael Vieira Figueiredo Sapucaia
Rayane Araújo
Regilson Maciel Borges
Régis Willyan da Silva Andrade
Renata Furtado de Barros
Renildo Rossi Junior
Rita de Cássia Padula Alves Vieira
Robson Jorge de Araújo
Rogério Luiz Nery da Silva
Romeu Paulo Martins Silva
Ronaldo de Oliveira Batista
Vanessa Pelerigo
Vitor Amaral Medrado
Wagner de Jesus Pinto

Copyright © 2021 by Editora Dialética Ltda.
Copyright © 2021 by Anizio Pires Gavião Filho, André Machado Maya, Mônia
Clarissa Hennig Leal, Reginaldo de Souza Vieira.

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta edição pode ser utilizada ou reproduzida –
em qualquer meio ou forma, seja mecânico ou eletrônico, fotocópia, gravação etc. –
nem apropriada ou estocada em sistema de banco de dados,
sem a expressa autorização da editora.

Editoração: Sofia Souza
Revisão: Responsabilidade do autor

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

G283d Direito e Políticas Públicas : tutelas a bens jurídicos individuais e
coletivos na sociedade contemporânea / Anizio Pires Gavião Filho,
André Machado Maya, Mônia Clarissa Hennig Leal, Reginaldo de
Souza Vieira. – São Paulo : Editora Dialética, 2021.
E-book: 1 MB. ; EPUB.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-65-252-0463-5

1. Direito. 2. Políticas Públicas. 3. Sociedade Contemporânea. I.
Autores. II. Título.

CDD 340

CDU 34

Ficha catalográfica elaborada por Mariana Brandão Silva CRB-1/3150



DIALÉTICA
EDITORA

f /editoradialetica
@editoradialetica

www.editoradialetica.com

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	7
PARTE 01: POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E JURISDIÇÃO: INTERCONEXÕES CAMBIANTES	9
JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR: INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O RECONHECIMENTO DE DISCRIMINAÇÕES HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS COMO CRIME DE RACISMO	
<i>Anízio Pires Gavião Filho</i> <i>Giovana Vieira Souza</i>	11
AS CONTRADIÇÕES NO PROCESSO DE ADOÇÃO E SUA COMPLEXIDADE NO BRASIL	
<i>Janaina Alfredo da Rosa</i> <i>Ismael Francisco de Souza</i>	31
A ATUAL TRANSFORMAÇÃO DO PROJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL E A ABERTURA DAS VIAS DA NECROPOLÍTICA BRASILEIRA	
<i>Caroline Muller Bitencourt</i> <i>Davi Michels Ilha</i>	53
A CESSAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PREJUDICIAL À CONCRETIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO FEDERATIVA: A DECISÃO SOB O ENFOQUE DOS SISTEMAS ORGANIZACIONAIS	
<i>Bruna Hubner</i> <i>Janriê Rodrigues Reck</i> <i>Vivian Paludo</i>	73
PARTE 02: ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIOS	91
O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA CONTROVÉRSIA HERMENÊUTICA QUE ENVOLVE O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO MILITAR: UMA ABORDAGEM EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	
<i>Maurício Martins Reis</i> <i>Mateus Côrte Vitória</i>	93
O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO POSSÍVEL QUEBRA DO PARADIGMA JURÍDICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS UNICAMENTE AOS SERES HUMANOS	
<i>Vicente Fidelis Faccenda</i>	115

A ATUAÇÃO CONJUNTA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE NO COMBATE ÀS PRÁTICAS CORRUPTIVAS:
UMA ANÁLISE DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE
DINHEIRO NA PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Rogério Gesta Leal

Chaiene Meira de Oliveira

125

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE E EDUCAÇÃO

Ricardo Hermany

Betieli da Rosa Sauzem Machado

Gabriela da Silva André

141

A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO: UMA ANALOGIA DO ARTIGO 22 DA
LEI 11.340 DE 2006 AOS CASOS EM QUE A VÍTIMA E O AGRESSOR TRABALHAM PARA O MESMO
EMPREGADOR

Isadora Hörbe Neves da Fontoura

Suzéte da Silva Reis

163

PORTE 03 SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL
NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

181

PRISMAS DA LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Rodrigo Chamorro da Silva

André Machado Maya

183

ENCARCERAMENTO EM MASSA E PANDEMIA: ENTRE BUSCAR ALTERNATIVAS RESOLUTIVAS E O
FRACASSO ANUNCIADO

Jackson Da Silva Leal

Eduarda Viscardi Da Silveira

207

PORTE 04: DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS

223

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS
INSTRUMENTALIZADO PELAS INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Jorge Renato dos Reis

Érica Veiga Alves

225

A NECROPOLÍTICA E O RACISMO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E
ADOLESCENTES NEGROS NO BRASIL

André Viana Custódio

Higor Neves de Freitas

Júlia dos Santos Severo

235

APRESENTAÇÃO

O diálogo acadêmico entre diferentes instituições de ensino superior, notadamente no âmbito dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, é uma prática imprescindível para o desenvolvimento da pesquisa em nível superior. Não obstante ainda tímida, em linhas gerais, essa prática tem sido fomentada e concretizada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS), em parceria com os PPGDs da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), por intermédio de um projeto denominado Encontro de Grupos de Pesquisa.

Trata-se de um projeto acadêmico cujo objetivo é fomentar o diálogo e a produção acadêmica conjunta entre os diferentes grupos de pesquisa vinculados aos projetos de pesquisa das três Instituições. Nessa perspectiva, o Encontro é organizado no formato de grupos de trabalho, organizados a partir de quatro eixos temáticos, todos representativos das áreas de concentração dos PPGDs participantes: (GT01) políticas públicas em direitos fundamentais e jurisdição: interconexões cambiantes; (GT02) Estado, mercado e sociedade: equações de equilíbrios; (GT03) segurança pública e política criminal: a expansão da intervenção penal na sociedade contemporânea; e (GT4) Direitos humanos, cidadania e novos direitos. Na quarta edição, realizada neste ano de 2020, o Encontro foi realizado virtualmente e contou com a apresentação de oitenta e oito trabalhos. Os números, superiores em mais de 50% na comparação com a edição anterior, confirmam a adesão dos alunos e professores, e o êxito da metodologia de trabalho, apta a fomentar o relacionamento acadêmico entre os Programas de Pós-Graduação cujas linhas temáticas são fins, e assim também o diálogo interno entre docentes e discentes dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da FMP, UNISC e UNESC.

A presente obra reúne alguns dos trabalhos submetidos e apresentados no EGRUPE de 2020. Trata-se de artigos escritos pelos professores dos PPGDs participantes, os quais representam a substância das pesquisas realizadas no âmbito das suas disciplinas e dos seus grupos de pesquisa. A estruturação do livro que ora se apresenta ao público segue a mesma estrutura do Encontro de Grupos de Pesquisa, com as divisões temáticas identificadas pelos respectivos grupos de trabalho. A conexão

entre os temas de pesquisa evidencia a identidade acadêmica entre os PPGDs parceiros e, assim, o mérito acadêmico do projeto e da parceria.

*Boa leitura a todos!
Primavera de 2020,
Os organizadores.*

PARTE 01:

**POLÍTICAS PÚBLICAS EM DIREITOS FUNDAMENTAIS
E JURISDIÇÃO: INTERCONEXÕES CAMBIANTES**

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E A MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR: INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO E O RECONHECIMENTO DE DISCRIMINAÇÕES HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS COMO CRIME DE RACISMO

*CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND THE LEGISLATOR'S
DISCRETION: UNCONSTITUTIONALITY BY OMISSION AND
THE RECOGNITION OF HOMOPHOBIC AND TRANSFOBIC
DISCRIMINATIONS AS RACISM CRIME*

Anízio Pires Gavião Filho¹
Giovana Vieira Souza²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende trazer à discussão os limites impostos ao exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade das omissões legislativas. Por meio do método dedutivo, com adoção de uma abordagem qualitativa, mediante análise bibliográfica e jurisprudencial, pretende-se demonstrar a violação da

-
- 1 Doutor em Direito - UFRGS, Prof. Teoria da Argumentação Jurídica. Coord. Projeto de Pesquisa «Colisão de direitos fundamentais e argumentação» do Programa de Pós-Graduação - Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP; Procurador de Justiça, RS. E-mail: piresgaviao@hotmail.com
 - 2 Graduanda em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Integrante do grupo de estudos do Projeto de Pesquisa «Colisão de direitos fundamentais e argumentação» do Programa de Pós-Graduação - Mestrado Acadêmico - da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. E-mail: giovanavieira97@hotmail.com

margem de apreciação do legislador penal pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26.

Para tanto, far-se-á uma análise acerca da jurisdição constitucional, fundamentado principalmente nas formulações de Hans Kelsen e de Konrad Hesse. Posteriormente, um estudo a respeito do conceito da omissão inconstitucional e dos mecanismos previstos pelo legislador constituinte de 1988 para seu saneamento. Após, será feito um exame dos limites impostos ao exercício desse controle no que toca a matéria penal, com a abordagem do princípio da legalidade, com os corolários da proibição de analogia in malam partem e da vedação à interpretação extensiva, do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e proibição à proteção insuficiente, bem como com o estudo dos limites epistêmicos contidos na Constituição e a teoria da margem de apreciação. Por fim, analisa-se o julgado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, que deu interpretação conforme a Constituição à Lei nº 7.716/89, equiparando a conduta transfóbica e homofóbica aos crimes de racismo nela previstos.

O problema de pesquisa aqui abordado é pertinente ao estudo dedicado à teoria do Estado e da separação de poderes, de extrema importância para o fim de conjugar o atendimento das demandas sociais pelo Poder Judiciário e a deferência aos demais poderes de Estado, preservando seus espaços de atuação na busca de uma constitucionalização adequada.

2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição é a atual protagonista do ordenamento jurídico brasileiro, cujos objetivos são a guarda do processo democrático e a tutela dos direitos fundamentais. Isso se deve ao processo de constitucionalização do direito e à ideia de limitação do poder do Estado em face da Constituição.

Essa lógica é conhecida atualmente como constitucionalismo global, na teoria de Kai Möller (2012, p. 18), o qual, em apertada síntese, concebe os direitos fundamentais como instrumentos de proteção extremamente ampla de interesses limitável pelo recurso de uma abordagem de equilíbrio institucional e proporcionalidade. O constitucionalismo global possui raízes no pós-guerra europeu, cuja peculiaridade reside nas particularidades do sistema de controle de constitucionalidade e da força normativa das normas constitucionais. Esse modelo teve repercussão no Brasil, notadamente após a Constituição de 1988, como resultado de um processo de redemocratização. Nesse cenário, as disposições constitucio-

nais passam vinculatividade jurídica, criando uma série de deveres positivos e negativos de atuação ao legislador e ao administrador.

Hesse (1991, p. 10) defende a existência de uma Constituição real e uma Constituição jurídica. A primeira é formada pelos fatores referentes ao poder militar, social, econômico, capital, intelectual e cultural de uma nação, que configuram a força ativa e determinante das leis e das instituições da sociedade. A segunda, por outro lado, é o documento eminentemente político que positiva esses fatores e estabelece procedimentos de Estado.

Em oposição ao entendimento de Lassalle – de que a Constituição não passaria de um pedaço de papel que justifica as relações de poder–, Hesse (1991, p. 13) defende que a Constituição jurídica possui força normativa, mas tão somente quando relacionada à Constituição real. A união dessas duas perspectivas transforma a Constituição num híbrido de ser (regras de procedimento) e de dever ser (mandados de otimização).

A Constituição jurídica de Hesse (1991, p. 18) só terá eficácia, portanto, quando houver coincidência entre a realidade e a norma, imprimindo ordem e conformação à realidade política e social, ou seja, quando se prestar a concretizar a vontade constitucional. Em outras palavras, a Constituição ganha força normativa à medida que realiza seu objetivo de eficácia.

Um dos idealizadores da jurisdição constitucional, Kelsen (2003) dizia que o Direito, enquanto ciência aplicada, está sempre se construindo a partir da Constituição, criando uma cadeia de atos normativos (leis, atos da administração e sentenças) que se comunicam e se subordinam entre si. Além desse aspecto formal, a Constituição traça princípios, diretrizes e limites para o conteúdo das leis dela decorrentes. “A Constituição não é, então, unicamente uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo” (KELSEN, 2003, p. 132).

Frente a tudo isso, o constitucionalismo pressupõe a criação de um aparato jurídico capaz de dar à Constituição a efetividade pretendida. Assim, nasce a jurisdição constitucional, como a garantia jurisdicional da Constituição, “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais” (KELSEN, 2003, p. 124). Kelsen confia a tarefa de “guardião da Constituição” – seguido pela hegemonia dos países democráticos no pós-guerra – ao tribunal constitucional, órgão apto a fiscalizar a constitucionalidade de leis e demais atos normativos, bem como a anulá-los em caso de incompatibilidade formal ou material com o texto constitucional.

A partir dessa ideia, então, a jurisdição constitucional é concebida como a possibilidade de fiscalização dos demais poderes pelo Poder Judiciário, especialmente naquilo que diz respeito ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos exercido por juízes e tribunais, cuja evolução institucional criou a possibilidade de diálogo entre o Poder Judiciário e as demandas sociais.

No Brasil, diz-se que o Supremo Tribunal Federal exerce jurisdição constitucional ao dirimir questões atinentes à defesa do processo democrático, ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos emanados pelos demais poderes, bem como ao proteger e ao promover direitos fundamentais. Nesse sentido, Streck, Lima e Oliveira (2013, p. 59) sintetizam que o compromisso primordial da jurisdição constitucional é a guarda da democracia e a realização dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Ocorre que o liame posto entre a atividade essencial da jurisdição constitucional e a competência natural dos demais poderes de Estado é muito tênue.

Acerca disso, Kelsen (2003, p. 121-185) afirma que a “instituição da jurisdição constitucional não se acha de forma alguma em contradição com o princípio da separação dos poderes; ao contrário, é uma afirmação dele”, uma vez que permite o controle recíproco entre as autoridades e impede a concentração excessiva de poder em um único polo.

De mesmo sentir, no caso brasileiro, Barroso (2017, p. 18) assevera que a legitimidade democrática da jurisdição constitucional reside na proteção aos direitos fundamentais, eventualmente ameaçados pela ditadura da maioria diante da impossibilidade de deliberação política majoritária, dada a atual crise de representatividade política.

É, nesse mesmo sentido, que Mendes ([20--?], p. 8-9) afirma ser a jurisdição constitucional um instrumento de fiscalização democrática dos demais poderes. O autor avalia que o legislador democrático e a jurisdição constitucional têm papéis igualmente relevantes, na medida em que a interpretação e a aplicação da Constituição são misteres de todos os poderes de Estado. Conclui, portanto, que essa tensão dialética entre democracia e Constituição é enriquecedora ao desenvolvimento do Estado democrático de direito, baseado em princípios e valores fundamentais no contexto de uma sociedade aberta e plural. Assim, a conciliação entre proteção dos direitos fundamentais e da democracia é o grande desafio da jurisdição constitucional.

Todavia, acerca do limite dessa legitimidade e quanto ao alcance dos poderes conferidos ao exercício da jurisdição constitucional, importante distinção é feita por Kelsen quando afirma:

A liberdade do legislador, que só está subordinado à Constituição, submete-se a limitações relativamente fracas; seu poder de criação permanece relativamente grande. A cada grau que se desce, a relação entre liberdade e limitação se modifica em favor do segundo termo: a parte da aplicação aumenta, a da livre criação diminui. (KELSEN, 2003, p. 126).

Essas considerações são pertinentes quando da análise dos limites impostos à jurisdição constitucional no exercício de um controle sobre a inércia do Poder Legislativo, quando entendido que o legislador era constitucionalmente obrigado a legislar. É precisamente o problema de pesquisa aqui trabalhado.

3 OS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TRATAMENTO DA OMISSÃO LEGISLATIVA

Canotilho (2001, p. 331) aponta que estaremos diante de uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador deixar de fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado. Nesse mesmo sentir, Moraes (2019, p. 838) consigna que “a incompatibilidade entre a conduta positiva exigida pela Constituição e a conduta negativa do Poder Público omissa configura-se na chamada inconstitucionalidade por omissão”. Assim, a omissão inconstitucional é resultado do dever de legislar e da inércia do legislador.

Essa omissão, ainda, pode ser total, diante da ausência de legislação que concretize o mandamento constitucional, ou pode ser parcial, hipótese em que houve a concretização do mandamento, mas de forma incompleta ou insatisfatória, de modo que não há o pleno alcance dos fins nele constituídos.

A inconstitucionalidade por omissão conta, ainda, com um elemento adicional para sua caracterização: o tempo. Esse fator enseja a reflexão sobre os elementos que caracterizam a omissão, e aqueles que refletem a ausência de intenção de legislar, consubstanciada na legítima discricionariedade do Poder Legislativo.

Nesse ponto, Marinoni (2018, p. 1.306) ressalva que, quando não é estabelecido prazo para legislar na própria norma constitucional, “o retardo ou atraso deve ser gravado de significado, ou melhor, deve revelar a não intenção de legislar”, em que, apesar da existência do mando constitucional, dá-lo efetividade não se afigura interesse político.

Outrossim, ainda que tenha havido manifestação de interesse pelo início do procedimento legislativo, o encaminhamento de projeto de lei não afigura óbice ao reconhecimento da inconstitucionalidade da omissão, uma vez que o Congresso Nacional estaria incorrendo em inércia deliberandi, entendimento já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal.³

À vista disso, o legislador constituinte de 1988 previu no art. 103, § 2º, da Constituição uma das possibilidades processuais para garantir a devida força normativa aos direitos fundamentais nela previstos: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Com o escopo de dar efetividade à norma constitucional ou à tutela do direito objetivo, o Supremo Tribunal Federal realiza fiscalização abstrata da omissão que padece de inconstitucionalidade que impede o particular de usufruir os direitos a ele constitucionalmente garantidos, ou falha na proteção do bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Sem maior demora sobre as particularidades dessa espécie de ação direta, importa referir que seu procedimento, em suma, culmina em dar ciência ao Poder competente para a “adoção das providências necessárias”. Isto é, declarada a inconstitucionalidade por omissão pelo Supremo Tribunal Federal – seja por ausência de medida legal que efetive a norma constitucional, seja porque essa medida não foi suficiente –, será dada ciência ao Poder ou órgão omissor competente para expedir ato normativo, sendo que, em se tratando de órgão administrativo, deverá fazê-lo em 30 dias ou em prazo razoável estipulado pelo colegiado.

Em sendo assim, por inteligência do § 2º do art. 103 da Constituição, a decisão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão possui caráter dúplice: “(i) declaratória da omissão legislativa inconstitucional e (ii) mandamental no tocante à ciência ao poder omissor acerca da pronúncia de inconstitucionalidade da omissão” (CAMPOS, 2013, p. 57), para que sejam adotadas as providências necessárias. Ainda, a essa

3 Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.682 de 2007: “A omissão do legislador federal em regulamentar dispositivo constitucional por meio de lei complementar reclamada pela Constituição é violação da ordem constitucional. Fixação de um parâmetro temporal razoável para aprovação, pelo Poder Legislativo, da legislação reclamada pela Constituição”.

decisão se atribui, por força no disposto no § 2º do art. 102 da Constituição, efeitos *ex tunc* (retroativos) e *erga omnes* (válido para e exigível de todos), além de caráter vinculante, isto é, de observância obrigatória.

No que tange aos limites a respeito do grau de concretude dado ao direito fundamental questionado na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a doutrina diverge. Marinoni (2018, p. 1.339) defende ser possível a emissão provimento de natureza constitutiva pelo Poder Judiciário quando consciente da inefetividade da mera declaração, à luz do princípio da tutela jurisdicional efetiva, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, quando a norma não exigir a atuação insubstituível do legislador. Nesse caso, o Poder Judiciário não deve ir além do estritamente necessário à tutela da norma constitucional, atribuindo à norma judicial eficácia temporal até o pronunciamento do poder competente.

De outra sorte, Silva (2002, p. 17) entende que, embora seja a omissão controlável jurídica e jurisdicionalmente, a decisão judicial tem o condão de constranger moralmente o legislador, não se admitindo qualquer possibilidade de colegislação pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da inconstitucionalidade por omissão. Assim, a concretização da norma pelo Poder Judiciário se limita a estimular o legislador a cumprir com o dever constitucionalmente estabelecido, dado o rígido limite semântico imposto pelo enunciado no § 2º do art. 103 da Constituição.

Com efeito, é por essa razão que o Supremo Tribunal Federal sempre se posicionou pela impossibilidade de concessão de medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, justamente pela inviabilidade de se antecipar em sede de cognição sumária aquilo que, mesmo em decisão de mérito, não é permitido, isto é, a formulação da norma faltante.

Vale dizer:

[...] A ausência dessa lei complementar (vacuum juris), que constitui o necessário instrumento normativo de integração, não pode ser suprida por outro ato estatal qualquer, especialmente um provimento de caráter jurisdicional, ainda que emanado desta Corte. [...] A suspensão liminar de eficácia de atos normativos, questionados em sede de controle concentrado, não se revela compatível com a natureza e a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, eis que, nesta, a única consequência político-jurídica possível traduz-se na mera comunicação formal, ao órgão estatal inadimplente, de que está em mora constitucional. (Itálico nosso). (BRASIL, 1990).

Outra hipótese constitucional destinada ao tratamento da omissão legislativa é o mandado de injunção, previsto no inciso LXXI, do art. 5º da Constituição, com procedimento disciplinado pela Lei nº 13.300, de 23-06-2016, como um dos mecanismos de controle concreto de constitucionalidade.

A injunção é concedida sempre que a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Pressupõe-se, portanto, a existência de nexo de causalidade entre a omissão do Poder Público e a inviabilidade do exercício de direito, liberdade ou prerrogativa.

Assim como na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, as normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção são aquelas de eficácia limitada que dependem de atuação normativa que garanta sua aplicabilidade, ou, ainda, quando a regulamentação for insuficiente, nos termos do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 13.300/16 (MORAES, 2019, p. 841). Não se admite, ainda, liminar.

No mais, quanto à eficácia da decisão proferida no julgamento do mandado de injunção, a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após anos de debate, chegaram ao consenso da posição concretista individual, em que a decisão da injunção concretiza o direito da parte postulante com eficácia subjetiva. Entretanto, o § 1º do art. 9º da Lei nº 13.300/16 autoriza – excepcionalmente – a eficácia erga omnes da decisão, sempre que inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa.

4 “OMISSÃO INCONSTITUCIONAL” E MARGEM DE APRECIÇÃO DO LEGISLADOR DEMOCRATICAMENTE LEGITIMADO

O tratamento da omissão inconstitucional pela jurisdição constitucional encontra diversos óbices, como o princípio constitucional da legalidade e seu corolário da proibição de analogia in malam partem, assim como o princípio da proporcionalidade, os limites epistêmicos contidos na Constituição e a margem de apreciação do legislador.

O primeiro limite ao exercício da jurisdição constitucional no âmbito da omissão do legislador penal na tutela de direitos constitucionalmente garantidos é, por consequência do constitucionalismo, a própria Constituição. Aqui, se destacam o princípio da legalidade e a reserva

legal, que representam a mais forte das garantias em prol das liberdades individuais contra o arbítrio estatal no Estado democrático de direito.

Consolidado no inciso II do art. 5º da Constituição, o princípio da legalidade estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nessa linha, prevê o inciso XXXIX do mesmo art. 5º, positivado também no art. 1º do Código Penal, a reserva legal, no sentido de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A legalidade penal possui dimensão formal e dimensão material. A primeira está ligada ao conceito formal de delito (NUCCI, 2020, p. 149), no sentido de que se considera crime toda conduta tipificada por meio do devido processo legislativo – o que não se sustenta, porque a observância ao processo legislativo não garante a comunhão do tipo previsto e dos princípios constitucionais basilares do Estado de direito. Já a dimensão material surge como uma importante aliada ao estabelecer que somente o Poder Legislativo é competente para definir os elementos de uma infração criminal, porquanto legitimado pelo batismo popular, uma vez que busca trazer à norma “um sentido de garantia à cidadania” (GIACOMOLLI, 2010, p. 4).

Assim, o princípio da legalidade, ao permitir aos cidadãos saber previamente qual conduta é proibida, bem como qual será a sanção aplicada e seus limites, agrega seguridade ao ordenamento jurídico, constituindo uma garantia protetiva do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado, contribuindo essencialmente na confiança e adesão dos jurisdicionados ao sistema.

É isso que quis dizer Ávila ao afirmar a íntima relação entre legalidade e democracia enquanto instrumentos de garantia da dignidade da pessoa humana:

[...] a democracia, porque permite que o indivíduo possa, por meio de seus representantes ou diretamente participar da conformação do Direito que passará a limitar o exercício futuro de sua liberdade; a legalidade, porque assegura ao indivíduo não apenas um âmbito garantido de liberdade para praticar atos que não sejam proibidos nem predeterminados, mas também a ciência de que não poderá ter seus direitos restringidos senão por meio de uma lei que predetermine o âmbito dessa restrição e que seja editada antes de sua ação. (ÁVILA, 2019, p. 21).

Deve-se distinguir legalidade e estrita legalidade: a primeira é um comando dirigido aos juízes a fim de que apliquem as normas tais como foram formuladas, em sentido e alcance; a seu turno, a estrita legalidade é uma norma dirigida ao legislador, no sentido de que as leis devem ser formuladas com precisão e taxatividade – a qual prevalece sobre a primeira porque é a mais compatível à ideia de legitimidade democrática enquanto instrumento de garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Giacomolli (2010, p. 5) conceitua a legalidade penal como “um princípio constitucional, limitativo do poder do legislador, que terá que formular preceitos claros, precisos, determinados e de acordo com a Constituição”, ao passo que também limitativo do “poder jurídico dos Juízes e dos Tribunais, que estão impedidos de definir tipos penais ou de aplicar sanções criminais que não existiam no momento da conduta”.

Outrossim, sendo as normas penais restritivas, porquanto interferem na seara de autonomia do indivíduo e limitam o exercício de certos direitos fundamentais, não podem ser interpretadas extensivamente, mas apenas restritivamente. Isto é, não se pode dar à norma significado maior do que aquele previsto taxativamente pelo legislador, sob pena de violar ainda mais os direitos fundamentais do réu.

Nesse sentido, Ávila (2019, p. 21) faz comparativo entre a interpretação das leis de direito penal e de direito tributário, no sentido de que a lei deve ser sempre editada anteriormente à ação do indivíduo, definindo o conteúdo da restrição aos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, não sendo possível o aplicador da Constituição e da lei ignorar ou subverter o estabelecido pelo legislador constituinte.

É em razão desses pressupostos fundamentais que se proíbe a interpretação analógica da norma penal quando se der em desfavor do réu, a analogia in malam partem, corolário do princípio da legalidade. Ainda: uma vez que “a função da lei é a de prever e descrever, com exclusividade, quais as condutas que deverão ser consideradas ilícitos penais” (PRADO, 2011, p. 4), deduz-se que o sistema penal, enquanto conjunto de normas, é um sistema completo ou pleno.

Isso corrobora a vedação à interpretação extensiva, porquanto a ampliação do alcance da norma penal importa em violação mais gravosa àquela já prevista em lei. Por isso mesmo Streck, Lima e Oliveira (2013, p. 61) asseveram que a “atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte”.

Outro limite imposto à atuação do julgador quanto ao saneamento da omissão legislativa é o princípio da proporcionalidade, que atua sob

duas vertentes ou à luz de dois subprincípios: da proibição do excesso e da vedação à proteção insuficiente.

A primeira delas, relacionada ao controle de uma intervenção no âmbito de proteção de um direito fundamental. A segunda, afeta ao campo dos imperativos de tutela, cuida de uma omissão por parte do Estado em assegurar a proteção de bem jurídico fundamental de maneira minimamente eficaz. Nesse último âmbito, é assegurada uma margem de discricionariedade maior ao legislador, autoridade competente para eleger e determinar medidas protetivas (SARLET, 2006, p. 28).

Conforme leciona Mendes (2011, p. 193-197), com base em estudo acerca do controle de constitucionalidade da lei penal do Tribunal Constitucional alemão, é possível distinguir três graus de intensidade desse controle: controle de evidência, controle de sustentabilidade ou justificabilidade, e controle material de intensidade. Em síntese, só será considerada inconstitucional a lei que se mostrar inapta à persecução dos objetivos da política criminal em questão, ou a omissão que se mostrar imprescindível ao alcance desses objetivos. Após, verifica-se se a decisão tomada pelo legislador após uma apreciação diligente e suficiente de todas as informações disponíveis à escolha discricionária de se proteger determinado bem jurídico por meio da tutela penal. Por fim, realiza-se um controle com base na proporcionalidade em sentido estrito.

Do mesmo sentir, Sarlet (2006, p. 26-27) estabelece que o princípio da proporcionalidade, enquanto critério material para aferição de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos fundamentais, se desdobra em três etapas: exigência de adequação ou conformidade, no sentido de potencial alcance do fim almejado pela restrição imposta; necessidade, ou seja, imprescindibilidade da restrição como única medida apta ao alcance do fim desejado; e proporcionalidade em sentido estrito, que exige a manutenção de um equilíbrio entre a medida de restrição de um direito e a otimização do outro.

Assim, a omissão legislativa somente será inconstitucional quando for desproporcional. Em outras palavras, a inconstitucionalidade da omissão é resultado da abstenção do legislador frente a mandamento constitucional de criminalização em relação ao qual era obrigado a agir, ou seja, quando tal normatização não figura dentro da margem de discricionariedade constitucionalmente a ele outorgada.

A propósito, convém ressaltar que, em que pese a possibilidade de controle judicial acerca da omissão, a concretização do mandamento

constitucional de criminalização é sempre tarefa do legislador, por óbice intransponível do princípio da reserva legal penal.

Esse é o entendimento firmado na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, por ocasião de sua segunda decisão sobre aborto:

Na relação de tensão entre a obrigação do Estado de garantir uma administração da Justiça penal conforme o Estado de direito e o interesse do acusado e dos terceiros atingidos na proteção de seus direitos constitucionalmente outorgados, é, primeiramente, tarefa do legislador alcançar um equilíbrio abstrato entre os interesses opostos. (SCHWABE, 2005, p. 715).

Ademais, sob a ótica da argumentação jurídica da teoria dos princípios de Alexy, destaca-se a teoria dos princípios formais enquanto razões de segunda ordem como limite epistêmico à jurisdição constitucional, bem como à atuação do legislador democraticamente legitimado no que tange ao seu espaço de discricionariedade.

A primeira distinção que se faz à elucidação do problema é aquela entre princípios formais e princípios materiais. Sendo ambos os princípios mandamentos de otimização, a diferença reside no próprio objeto a ser otimizado. No caso dos princípios materiais, o mandamento de otimização diz respeito a valores ou conteúdos, como no caso dos direitos fundamentais à liberdade, saúde e educação. A seu turno, o objeto de otimização do princípio formal é a competência normativa do legislador democraticamente eleito. Gavião Filho e Prevedello (2017, p. 3), nesse sentido, aduzem que “o objeto de otimização dos princípios formais consiste na deferência ao decidido pela autoridade juridicamente competente no marco institucional de um determinado sistema jurídico”.

O questionamento que se faz é acerca da possibilidade de ponderação entre princípios formais de princípios materiais.

A resposta mais adequada, dentre outras investigadas pelos autores, é o modelo epistêmico, que pressupõe a restrição ou limitação dos princípios materiais dos direitos fundamentais com fundamento em premissas empíricas certas e seguras.

Para tanto, é necessário que se faça uma ponderação de segunda ordem, ou seja, entre princípios materiais e princípios formais, a qual leva em consideração o valor epistêmico dos princípios em conflito a fim de atribuir-lhes peso. A lei epistêmica, nesse sentido, “diz que quando maior a intensidade da intervenção em um direito fundamental, tanto mais alta

deve ser a certeza das premissas apoiadoras da intervenção” (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2017, p. 6).

Em sendo assim, na hipótese de insegurança epistêmica – caso em que decisões práticas são tomadas com base em premissas inseguras –, deve ser respeitado aquilo posto pelo legislador competente democraticamente legitimado, proibindo-se a decisão com base na ponderação de razões próprias do intérprete. Em outras palavras, ao intérprete é permitido superar o decidido pelo legislador com base na ponderação de suas próprias razões apenas quando essa ponderação for calcada em premissas seguras, de alto grau de certeza.

Por isso mesmo que se diz que os princípios formais são razões de segunda ordem, porquanto:

No caso de insegurança epistêmica, aquele a quem incumbe tomar uma decisão prática deve seguir o dado pelo legislador competente democraticamente legitimado e não o que indicar a sua própria ponderação de razões. Assim, um princípio formal pode ser considerado com um tipo especial de razão de segunda ordem, pois se trata de uma razão para agir conforme o dado pela autoridade e uma razão para não agir conforme uma ponderação de razões que um agente poderia fazer individualmente em uma determinada situação concreta. (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2017, p. 17).

Desse modo, é possível inferir que a insegurança epistêmica constitui o próprio espaço de discricionariedade do legislador, escuso de controle jurisdicional, constituindo um limite importante à atuação da jurisdição constitucional no tratamento da omissão legislativa.

Por outro lado, existem duas hipóteses de justificação para não agir de acordo com o determinado pelo legislador, dois limites, portanto, a esse espaço de discricionariedade. Primeiro, quando a razão de primeira ordem (razão para agir conforme determinada regra ou princípio) do princípio material em conflito com o postulado do legislador for decisiva na ponderação objetiva das razões – isto é, quando dispensada a necessidade do princípio formal para cuidar da insegurança epistêmica. Segundo, quando a qualidade epistêmica das premissas fundamentais da decisão tomada pelo legislador traduzir insegurança, justificando a prevalência do princípio material em sentido contrário ora assentado em premissas empíricas de alta qualidade.

Isso quer dizer que, à superação daquilo dado pela autoridade do legislador democraticamente legitimado, é necessário o uso de premissas

de máximo grau de qualidade epistêmica, de máxima segurança e certeza. Por isso que os princípios formais, como razões de segunda ordem, são limites epistêmicos à atuação do julgador na ponderação de princípios.

Outra proposta que se presta à investigação dos espaços de conformação conferidos ao legislador e do controle jurisdicional exercido sobre eles, na busca de uma constitucionalização adequada, é a teoria da margem de apreciação.

A análise da questão pressupõe a concepção da Constituição como ordenação-quadro, em que a moldura constitucional indica ao legislador aquilo que proíbe, permite ou libera. Mais do que isso, a Constituição também se mostra uma espécie de ordenação fundamental de sentido qualitativo, em que o constituinte estabelece quais são as questões fundamentais da comunidade regida.

A partir da compatibilização dessas duas perspectivas, em que a Constituição estabelece as questões fundamentais que são proibidas, permitidas ou liberadas, é possível visualizar a margem de apreciação no caminho do alcance de uma constitucionalização adequada. Outrossim, a margem de apreciação se distingue em três aspectos: estrutural, epistêmico ou cognitivo. É pertinente ao estudo somente a análise das duas primeiras.

A margem de apreciação estrutural configura o espaço de livre decisão do legislador, quando a Constituição não ordena e não proíbe a normatização da matéria. Desse modo, não há controle jurisdicional e o legislador pode decidir com base em seu próprio juízo de ponderação.

A margem de apreciação epistêmica trata de quando a Constituição não dá certeza acerca do que se está ordenando, proibindo ou liberando. Aqui também está liberado o legislador para fazer escolhas materiais quanto a qualquer intervenção de direito fundamental. Ademais, a margem epistêmica pode ser empírica ou normativa.

Por sua vez, a empírica diz respeito à ausência de certeza dos fatores empíricos em sentido qualitativo que embasaram a decisão do legislador. De outro lado, a margem de apreciação epistêmica normativa refere-se à incerteza quantitativa da intensidade de intervenção e importância de realização dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, tudo aquilo que se encontra dentro da margem de apreciação estrutural ou epistêmica do legislador foge do controle jurisdicional. Nesses casos, cabe ao legislador autoridade exclusiva para dirimir a respeito de intervenções a direitos fundamentais. No restante, o controle da jurisdição constitucional é comportado. E, em sendo assim, a

teoria da margem de apreciação logra êxito em compatibilizar o exercício legítimo da jurisdição constitucional com o princípio democrático.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26, o Supremo Tribunal Federal, reconheceu a inconstitucionalidade da omissão legislativa, declarando a mora do Poder Legislativo, determinando-lhe o saneamento da omissão por meio da criação de lei que tipifique a conduta trans/homofóbica como crime, e ordenando a aplicação, até a vigência da norma, por analogia da Lei nº 7.716/89. Constatou-se, por conseguinte, excesso do Supremo Tribunal Federal quanto ao alcance de suas competências no exercício da jurisdição constitucional frente ao saneamento da omissão legislativa.

Isso, primeiramente, porque houve violação evidente ao limite semântico expresso contido no § 2º do art. 102 da Constituição, que confere efeito declaratório e mandamental à decisão. Em segundo lugar, porque o enunciado do mandamento constitucional de criminalização de conduta discriminatória já estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória”, determinando expressamente que a concretização do direito questionado está dentro da margem de apreciação do legislador, na qual não há possibilidade de controle judicial sem o comprometimento do princípio da separação de poderes e do princípio democrático. Por fim, a decisão viola frontalmente o princípio da reserva legal e da vedação à interpretação extensiva, ao equiparar condutas não tipificadas como crime pelo legislador aos delitos previstos na Lei nº 7.716/89, em rol restritivo, e não exemplificativo.

Por isso, a solução dada ao caso foge à margem de apreciação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional em sede de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, na medida em que viola o princípio da legalidade e concretiza diretamente, ainda que provisoriamente, o mandamento constitucional, definindo como crime conduta não prevista em lei anterior. Demonstrada, pois, a violação da margem de apreciação do legislador.

5 CONCLUSÃO

O constitucionalismo global, ao conceber os direitos fundamentais como instrumentos de proteção extremamente ampla de interesses limitável pelo recurso de uma abordagem de equilíbrio institucional e proporcionalidade, pressupõe a criação de um aparato jurídico a fim de dar à Constituição a efetividade pretendida. Assim, nascem a

jurisdição constitucional e os tribunais constitucionais com a missão de tutela do processo democrático e dos direitos fundamentais positivados no ordenamento jurídico.

O controle de constitucionalidade da omissão legislativa, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, é uma das atividades da jurisdição constitucional. A omissão legislativa somente será inconstitucional quando o legislador for constitucionalmente obrigado a legislar e permanece inerte. Frente a esse problema, a Constituição lança mão da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para a tutela do direito objetivo, e do mandado de injunção, para a proteção do direito subjetivo.

A inércia do legislador pode, ainda, a depender da análise do caso concreto, revelar uma não intenção de legislar, por inexistência de interesse político, o que se insere dentro da margem de apreciação própria do Poder Legislativo. Assim, se faz necessário o estudo dos limites impostos ao exercício da jurisdição constitucional, a fim de evitar a usurpação de competência entre os poderes.

O princípio da legalidade, na modalidade estrita legalidade, visa a dar seguridade ao ordenamento jurídico, ao passo que se constitui em uma garantia protetiva do indivíduo frente ao poder punitivo do Estado por meio da exigência de descrição taxativa da conduta criminal em lei. Dele decorrem os corolários da proibição de analogia in malam partem e da vedação à interpretação extensiva. Assim, o princípio da legalidade se coloca como óbice intransponível ao julgador na concretização de direitos fundamentais cuja proteção dependem da tutela penal em relação aos quais o legislador se manteve omissivo.

Mais do que isso, a teoria dos princípios formais enquanto razões de segunda ordem como limite epistêmico à jurisdição constitucional demonstrou que o controle jurisdicional só é possível em hipótese de alta insegurança epistêmica, corroborando o maior espaço de conformação conferido ao legislador em matéria penal.

Complementarmente, foi abordada a teoria da margem de apreciação como meio de compatibilização do controle jurisdicional e do princípio democrático. A partir da concepção da Constituição como ordenação-quadro e ordenação fundamental de sentido qualitativo, viu-se que aquilo que se encontra dentro da margem de apreciação estrutural ou epistêmica do legislador foge do controle jurisdicional, cabendo ao Poder Legislativo a competência exclusiva para dirimir a respeito de intervenções a direitos fundamentais.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal Federal concretizou, ainda que provisoriamente, o mandamento de criminalização constitucional contido no inciso XLI do art. 5º, indo de encontro à própria jurisprudência e violando o limite semântico contido no § 2º do art. 103, ambos da Constituição. Assim, resta demonstrada a violação da margem de apreciação do legislador pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Constituição, liberdade e interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. Revista Direito e Práxis, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017a. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>. Acesso em 16 abr. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 267 (0001916-89.1990.0.01.0000). Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requeridos: Mesa da Câmara dos Deputados, Tribunal Superior Eleitoral. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 25 de outubro de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346276>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26 (9996923-64.2013.1.00.0000). Requerente: Partido Popular Socialista. Intimados: Congresso Nacional. Presidente do Senado Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 13 de junho de 2019a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 1 nov. 2019.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Atualidades do Controle Judicial da Omissão Legislativa Inconstitucional. *Revista Direito Público*, v. 8, n. 42, jan. 2013. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1963>. Acesso em: 31 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A teoria dos princípios formais. 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Alexandre-Prevedello-e-Anizio-Pires-Gavia%CC%83o-Filho-Brasil.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. Função garantista do princípio da legalidade. *Revista dos Tribunais*, Coleção Doutrinas Essenciais de Direito Penal, v. 778, p. 476-488, ago. 2000. Base de dados RT online.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. Tradução de Alexandre Krug. 1. ed. São Paulo: Martini Pontes, 2003.

MARONONI, Luiz Guilherme. In: MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 942-1318.

MENDES, Gilmar. A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. [S.l.:s.d.], [20--?]. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf. Acesso em: 23 mai. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002 – 2010*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Plataforma Minha Biblioteca.

MÖLLER, Kai. *The Global Model of Constitutional Rights*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

PRADO, Luiz Régis. Argumento analógico em matéria penal. *Revista dos Tribunais*, Coleção Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa, v. 1, p. 185-194, jul. 2011. Base de dados RT online.

SILVA, José Afonso da. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. *Anuário iberoamericano de Justiça Constitucional*. n. 6, 2002. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1975554>. Acesso em: 21 mar. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista opinião jurídica*, Fortaleza, v. 4, n. 7, p. 160-209, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2134/655>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organizado Leonardo Martins. Uruguay: [s.n.], 2005.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. *Argumenta Journal Law*, n. 7, p. 45-68, Jacarezinho, 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72>. Acesso em: 26 abr. 2020.

AS CONTRADIÇÕES NO PROCESSO DE ADOÇÃO E SUA COMPLEXIDADE NO BRASIL

THE CONTRADICTIONS IN THE ADOPTION PROCESS AND ITS COMPLEXITY IN BRAZIL

Janaina Alfredo da Rosa¹
Ismael Francisco de Souza²

1 INTRODUÇÃO

O tema adoção não é nenhuma novidade no âmbito jurídico e social. Desde o começo da existência de nossa sociedade o tema vem sendo discutido no meio jurídico e no seio de muitas famílias. No que diz respeito ao tema no meio jurídico, crianças e adolescentes são mencionados primeiramente no Código de Menores de 1927 e revisado em 1979. Naquela época utilizava-se o termo “menores” considerando um termo no seu contexto etimológico, epistemológico, sociológico, político e jurídico. O termo “menores” fazia menção específica as crianças “abandonadas”, “expostas” e “sem lar”, ou seja, os menos desfavorecidos. No entanto, só era considerada “criança” aquela “bem-nascida” de “família abastada”.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e com as transformações das famílias, mudanças ocorreram e assim cada vez mais

-
- 1 Mestranda em Direito (UNESC). Advogada inscrita na OAB/SC 16.032. Especialista em Direito Processual Civil, família e sucessões. Membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro do Direito de Família. Professora de Graduação em Direito da Faculdade ESUCRI. O presente trabalho foi realizado sob a orientação do Professor/Doutor Ismael Francisco de Souza. E-mail: advogadarosa@hotmail.com
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - RS (UNISC); Mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Santa Catarina, graduado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor e pesquisador Permanente do Programa de Pós-Graduação - Mestrado em Direito e da graduação em Direito na disciplina de Direito da Criança e do Adolescente (UNESC). Líder do Grupo de Pesquisa: Direito da Criança e do Adolescente e Políticas Públicas. Pesquisador do Núcleo de pesquisa em Política, Estado e Direito (NUPED).

se faz necessário um estudo e um entendimento maior acerca de esclarecimentos e soluções para situações que antes não ocorriam. O critério adotado em relação a filiação era apenas o biológico, assim sendo associado ao matrimônio, onde se constituíam “filhos legítimos”. Através dos princípios que norteiam o direito de família, sendo alguns deles (dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar, afetividade, melhor interesse da criança e do adolescente, igualdade e liberdade e por fim a convivência familiar), o critério para a legitimação da paternidade deixou de ser unicamente o matrimônio.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente o princípio da afetividade se tornou elo de união legal, social e natural na família. Com a aprovação da Lei nº 12.010/2009, ocorreram inúmeras alterações no instituto da adoção, assim protegendo a criança e o adolescente, o inserindo em uma família substituta para assim zelar pelo seu melhor interesse.

A adoção surge então como uma possibilidade de indivíduos que não podem gerar um filho biologicamente falando, ou até mesmo para casais que possuem o desejo de adotar, que possam assim concretizar essa vontade, visando a proteção e interesse da criança e do adolescente, a fim de ter a possibilidade de fazer parte de uma família.

No entanto é possível dizer que, a burocratização no que se refere ao cadastro de adoção, especialmente, no perfil da criança pretendida quando dos questionamentos aos pretendentes a adoção e inclusive, o somatório de documentos, certidões, laudos psicológicos, psiquiátricos, médicos, as condições financeiras dos pretendentes à adoção, visitas intermináveis de assistentes sociais, que praticamente “invadem” sua residência e percorrem cada cômodo até em querer saber “onde ficará o adotado, caso apareça uma criança disponível para adoção”.

Esses são, alguns dos requisitos exigidos para a aprovação do pretendente ao cadastro de adoção, não deixando de mencionar ainda a obrigatoriedade dos pretendentes à adoção de participar de um “curso de especialização à adoção”, recebendo ao final um certificado. A aprovação no curso, é uma exigência indispensável para o prosseguimento do processo de habilitação ao cadastro, dando a entender que com a aquisição do certificado, o casal ou a pessoa que está no processo de habilitação encontra-se apta ao exercício da maternidade/paternidade sócio afetiva.

Desta forma, diante de tamanha burocracia e tempo para a aprovação do cadastro, o presente artigo pretende demonstrar que a burocratização da habilitação dos pretendentes à adoção fere o princípio do

melhor interesse e inclusive a proteção integral de crianças e adolescentes institucionalizados, aguardando uma família.

2 BREVE APRONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DA ADOÇÃO

No que se refere a palavra adoção, é salutar mencionar que é um ato jurídico solene pelo qual uma criança, adolescente ou até mesmo um adulto é introduzido como filho (a) na família do adotante, passando a ter os mesmos direitos decorrentes da filiação. Por ser um ato solene, a adoção deve se efetivar por meio de escritura pública, tratando-se de adoção de pessoa capaz, ou de sentença judicial, nos demais casos.

A adoção encontra suas origens no direito primitivo, através da integração do gentio ou estrangeiro à unidade familiar, graças ao culto doméstico. No direito romano, distinguiu-se duas modalidades de integração de uma pessoa estranha a determinada família: a *arrogatio* e a *adoptio*. Enquanto a primeira se destinava à inserção de um estranho sem dependência de outra pessoa na família, a *adoptio* pressupunha que o estranho a ser integrado na família se achava sob o pátrio potestas de outrem (LISBOA, 2013).

Após a idade medieval, marcada pelo desprestígio do instituto e sua utilização praticamente limitada às questões sucessórias, coube ao direito francês estipular a adoção de pessoas maiores e, posteriormente, a de menores. (LISBOA, 2013).

A Legislação Beviláqua permitiu a adoção por pessoas casadas entre si, ou de forma unilateral. Procedia, ademais, à discriminação entre filhos legítimos e os ilegítimos, desprestigiando-se a situação dos adotados perante a família substituta.

A Lei 3.133/1957, reduziu a idade mínima do adotante de 50 para 30 anos, com a finalidade de impedir a decadência do instituto. (LISBOA, 2013). O Código de Menores (Lei 6.697/1979), já revogado, estabelecia duas categorias de filhos adotados: por meio da adoção plena e da adoção simples. Os adotados de primeira classe e os de classe inferior, portanto. (LISBOA, 2013).

Ocorre que com o surgimento do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) este critério discriminatório encerrou-se, mencionando em seus preceitos legais que o instituto da adoção confere ao adotado uma completa integralização com a família adotada.

A adoção de crianças e adolescentes se submete ao regime instituído a partir da promulgação da Lei 8.069/90, assim como pelo atu-

al Código Civil. Na aplicação das normas do microssistema jurídico de proteção dos interesses da criança e do adolescente, deve-se atender aos fins sociais e ao bem comum, observando-se sempre que tais pessoas se encontram em desenvolvimento biopsíquico que deve ser assegurado. (LISBOA, 2013).

O caminho final do processo de adoção judicial é sua averbação no cartório de registro civil, rompendo-se completamente os vínculos do adotado com toda sua família biológica.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao declarar como direitos fundamentais da criança e do adolescente a liberdade, o respeito e a sua dignidade, e ao convocar a família, a sociedade e o Estado para, todos, tratarem de assegurar prioritariamente esses direitos fundamentais.

Afirma Custódio (2008) que o reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe consigo o princípio da universalização, segundo o qual os direitos do catálogo são suscetíveis de reinvidicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. No entanto, a universalização dos direitos sociais como àqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também exige uma postura proativa dos beneficiários nos processos de reinvidicação e construção de políticas públicas.

O Código Civil vigente consagra a defesa intransigente da dignidade humana, que ampliou os direitos individuais das pessoas em contraste com certos princípios de valores voltados para o prestígio apenas de alguns grupos familiares, em nome da moral familiar, mas em visível e incompreensível detrimento dos interesses da célula familiar. A família passa a ser fortalecida pelo respeito à integridade moral, física e psíquica das pessoas, sendo elas individualmente consideradas, e ao buscar dar valor ao afeto como elo de união natural, social e legal da entidade familiar. Surgem os tempos da igualdade e do recíproco respeito às naturais e fundamentais diferenças, quando essas mesmas diferenças atraem e moldam os elos de afeto e de complementariedade de cada uma das pessoas formando a teia de agregação da célula familiar.

Com o advento da Constituição Federal, depois, com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, mais tarde, com a promulgação da Lei 12.010/2009, o instituto da adoção sofreu profundas e consistentes alterações na legislação brasileira, passando a proteger integralmente o infante e, finalmente, a inseri-lo no ventre de uma família substituta, se frustrada todos os esforços de manutenção e reintegração na família natural ou extensa, fazendo desaparecer defini-

tivamente as variações adotivas que cuidavam de discriminar o infante, com sua adoção simples, e não integral, como se o afeto pudesse merecer gradação protegida por lei.

Nos dizeres de Madaleno (2018), deixou o adotado de trazer para a família a alegria do convívio e da presença infantil, e com as ressalvas e os resguardados de se tratar de um indivíduo estranho, por não circular em suas veias o sangue da família adotiva, mas, ao revés, incumbe ao grupo familiar, em cujo ventre foi acolhido o infante como sendo filho do afeto. Baseado nos princípios da solidariedade e da responsabilidade, é dever da família, da sociedade e do Estado contribuir para a construção de um meio adequado para fornecer o desenvolvimento de sua personalidade e real usufruto de seus direitos fundamentais.

No nosso ordenamento jurídico existem duas espécies de adoção: a primeira delas prevista pela Lei 8.069/90 (ECA), para os menores de 18 anos, e a segunda regulada pelo Código Civil e endereçada aos nascituros e aos maiores de dezoito anos, através de procedimento judicial de jurisdição voluntária, desaparecendo a modelagem da escritura pública extinta pelo artigo 375 do revogado Código Civil de 1916.

O artigo 1.619 do Código Civil estatui depender a adoção de maiores de 18 anos da assistência efetiva do Poder Público e de sentença constitutiva, afastando, como visto, a adoção por escritura pública e avocando o procedimento de jurisdição voluntária regulado pelo Código de Processo Civil, dependendo de sentença judicial, estando a intervenção do Poder Público em conformidade com o § 5º do artigo 227 da CF, muito embora o caput da disposição constitucional faça referência à intervenção do Poder Público apenas para assegurar os interesses fundantes da criança e do adolescente, não incluindo o maior de dezoito anos, o qual não necessitaria da Intervenção do Estado como juiz para o processo de adoção, não obstante a atuação do tabelião não deixe de representar uma intervenção do Poder Público.

Contudo, a Lei da Adoção, instituída pela Lei nº. 12.010/2009, alterou inúmeros dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente e revogou os artigos 1.620 a 1.629 do Código Civil, que tratavam da adoção em uma desnecessária sobreposição de dispositivos de lei, e assim revogou os §§ 1º a 3º do artigo 392-A da CLT, para estabelecer que a mulher celetista pode adotar crianças de qualquer idade e a licença-maternidade será sempre de cento e vinte dias, e ainda acrescentou os §§ 5º e 6º do artigo 2º e artigo 2º - A, com seu parágrafo único, na Lei 8.560/1992.

A atual Lei da Adoção veio com o propósito de melhor priorizar o acolhimento e a manutenção da criança e do adolescente em seu convívio familiar, com sua família biológica, desde que reflita o melhor interesse do infante, e só deferir a adoção, ou sua colocação em família substituta como solução excepcional. É o que preconiza o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente ao prescrever que “toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e adequado no seio de sua família e excepcionalmente, em família substituta”. O intuito da lei é assegurar a convivência da criança e do adolescente em sua família natural, não se constituindo a falta ou carência de recursos materiais em motivo para a perda ou suspensão do poder familiar, devendo então, ser essa família incluída em programas oficiais de auxílio (ECA, art. 23), evitando que o infante permaneça em instituições de acolhimento. As crianças e adolescentes inseridas em programa de acolhimento familiar terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada seis meses e sua permanência nesse programa não pode ultrapassar dois anos.

Vale ainda mencionar que a Nova Lei da Adoção amplia o conceito de família, para identificar a família extensa ou ampliada. Assegura ao adotado o direito fundamental ao conhecimento de sua origem e obriga ao estágio de convivência, só dispensando se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a convivência da constituição do vínculo.

Importante salientar que a Nova lei da Adoção incluiu relevantes modificações nos artigos 50 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente no tocante à adoção por brasileiros e estrangeiros residentes no exterior; também criou os cadastros estaduais e nacionais de crianças e adolescentes e de pessoas ou casais habilitados para a adoção e ainda criou cadastro distinto para pessoas ou casais residentes fora do País, que somente serão consultados na inexistência de postulantes nacionais habilitados nos cadastros estaduais e nacional, ou seja, a adoção internacional só será possível se não existirem candidatos no Brasil.

3 PRINCÍPIOS GARANTISTAS DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Um dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, assegurado pelo artigo 227 da Constituição Federal, é oferecer ao infante a convivência familiar e comunitária, como já ordenada pela Convenção dos Direitos da Criança, das Nações Unidas, ao estabelecer que a

criança deve crescer no seio de sua família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade.

A teoria da proteção integral estabeleceu-se como necessário pressuposto para a compreensão do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil contemporâneo. No entender de Custódio (2008), as transformações estruturais no universo político consolidadas no encerrar do século XX contrapuseram duas doutrinas de traço forte, denominadas da situação irregular e da proteção integral. Foi a partir desse momento que a teoria da proteção integral tornou-se referencial paradigmático para a formação de um substrato teórico constitutivo do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil.

A teoria da proteção integral tem como pressuposto que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente a família, sociedade e Estado. O próprio termo “proteção integral” norteia a construção de todo o ordenamento jurídico voltado à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Para Custódio (2008), o princípio da prioridade absoluta encontra-se intimamente ligado com o interesse superior da criança. Na Constituição Federal no artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente no artigo 4º, incumbem como dever da família, da sociedade do Estado a responsabilidade em assegurar os direitos fundamentais, demonstrando que sua realização deve ser efetivada com absoluta prioridade. Vale ainda destacar que o princípio da prioridade absoluta deve servir como método para resolução de conflitos e a efetivação deste princípio ainda reforça a ideia da necessidade de políticas públicas e a destinação privilegiada de recursos indispensáveis para a sua execução de forma precisa e eficiente.

Assim, é constante a necessidade de reafirmar a proteção à infância e juventude em um cenário onde problemas dos mais variados tipos ocorrem (abuso, exploração e violência) carecem de enfrentamento. Mas podemos acrescentar que uma das mais valiosas conquistas com a mudança de paradigma e introdução das leis de proteção é a compreensão de que esses são seres em formação e desenvolvimento, que estão lapidando suas estruturas físicas, emocionais e intelectuais.

Dentre os princípios que norteiam o direito de família, inclui-se também o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. É também denominado na doutrina de princípio da plena proteção das crianças e adolescentes, possuindo suas raízes nas mudanças ocorridas na estrutura da família nos últimos tempos, que passou a valer somente

enquanto fosse veiculadora da valorização do sujeito e a dignidade de todos os seus membros. Por isso, deve preservar e proteger integralmente as pessoas que se encontram em situação de fragilidade e em processo de amadurecimento e formação da personalidade, possuindo este princípio estreita relação com os direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, que são de prioridade absoluta.

Na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 20 de novembro de 1.989 e ratificada no Brasil em 1990, consagrou no art. 3º, I, que: “Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

Constitucionalmente falando, os direitos de proteção vêm preconizado no artigo 227 da Constituição Federal e também no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 5º: “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido da forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Assim, as decisões judiciais pertinentes aos direitos da criança e do adolescente a prioridade é no sentido de sua proteção integral e seu melhor interesse e não o que será melhor ao genitor ou a genitora, ou até mesmo aos adotantes quando nos referimentos aos processos de adoção.

Ainda faltam em nossa sociedade, políticas públicas avançadas no sentido dessas proteções quando tratamos de crianças e adolescentes em situação de risco.

O princípio da afetividade fundamenta o direito de família e está diretamente ligado a dignidade da pessoa humana. Tartuce (2018) vem nos esclarecer que o afeto talvez seja apontado, atualmente, como o principal fundamento das relações familiares. Mesmo não constando a expressão afeto do Texto Maior como sendo um direito fundamental, pode-se afirmar que ele decorre da valorização constante da dignidade humana e da solidariedade.

Para Dias (2016) a afetividade é o princípio que fundamenta o direito das famílias na estabilidade das relações socioafetivas e a comunhão da vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico. O termo *affectio societatis*, muito utilizado no direito empresarial, também pode ser utilizado no direito das famílias, como forma de expor a ideia da afeição entre duas pessoas para formar uma nova sociedade: a família.

Pode-se considerar que o afeto possui um enorme valor jurídico, como apontado o julgado:

A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentarem ideias de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. (STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, DJE 23.02.2010).

Atualmente, não nos resta a menor dúvida de que o afeto é um princípio jurídico que embasa o nosso ordenamento e é aplicado em nosso âmbito familiar como principal fundamento nas relações familiares.

4 DA BUROCRATIZAÇÃO E A COMPLEXIDADE DO CADASTRO E DOS PROCESSOS JUDICIAIS DE ADOÇÃO

Alguns dos estudos produzidos acerca do tema indicam estreita relação entre o Estatuto da Criança e do Adolescente e o “Cadastro Nacional de Adoção”. No entanto, é possível dizer que, a burocratização no que se refere ao cadastro de adoção, mais especialmente, no perfil da criança pretendida quando dos questionamentos aos pretendentes a adoção e inclusive, o somatório de documentos, certidões, laudos psicológicos, psiquiátricos, médicos, as condições financeiras dos pretendentes à adoção, visitas intermináveis de assistentes sociais, que praticamente “invadem” sua residência e percorrem cada cômodo no intuito de investigar

toda sua privacidade questionando “onde ficará o adotado, caso apareça uma criança disponível para adoção”.

Esses são, portanto, alguns dos requisitos exigidos para a aprovação do pretendente ao cadastro de adoção, podendo-se ainda, citar a obrigatoriedade dos pretendentes à adoção de participar de um “curso de especialização à adoção”, com o fornecimento ao final de um “certificado”, dando a entender que, com o respectivo documento, o pretendente estará apto ao exercício da maternidade/paternidade socioafetiva.

Vale salientar que, os pretendentes que não realizam o curso, não terão seu cadastro de pretendentes a adoção aprovado, uma vez que esses requisitos são fundamentados na Lei nº 13.509/2017, de Adoção, no seu artigo 50, parágrafo § 3º, com a seguinte redação:

A inscrição de postulantes à adoção será precedida de um período de preparação psicossocial e jurídica, orientado pela equipe técnica da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar.

Cumpre acrescentar, no que diz respeito a provisoriedade da resposta ao pretendido estudo, pode-se dizer que além de todos os requisitos apresentados acima, o tempo que um processo de cadastro de pretendentes à adoção perdura no judiciário.

Contudo, diante de tamanha burocracia e tempo para aprovação do cadastro, esta proposta de investigação pretende o levantamento dos limites processuais, sem deixar de ressaltar as suas possibilidades.

Segundo Bochnia (2008) o processo de adoção é um caminho árduo e difícil de ser trilhado por todas as partes envolvidas, desde as crianças/adolescentes, pais biológicos, pais adotivos e até pelo Estado. O instituto da adoção deveria interessar a toda a sociedade, entretanto, só tem interessado apenas aos que desejam ter um filho. Deste modo, toda a sociedade torna-se responsável ou por sua subcultura ou por seu desleixo, ou por ambos. Vale lembrar ainda que os operadores do direito não se dedicam ao tema ou pouco se dedicam, ficando inertes mesmo conhecedores da realidade dos processos de adoção, destituição de poder familiar, enfim da existência de instituições de abrigo. O Estado também se encontra inerte ao tema e infelizmente a lei brasileira não prioriza a criança e o adolescente institucionalizados. Entretanto, não basta condenar simplesmente o Estado e permanecer inerte. A sociedade precisa olhar atenta as instituições de acolhimento, aos processos de adoção e vi-

sualizar que crianças estão sendo esquecidas nas instituições. Que ocorreu avanços isso é inclusive estatístico, mas é preciso uma maior dedicação à questão da vida destas crianças e adolescentes.

No Brasil, o que existe de mais acentuado são as desigualdades sociais. É nítido o velho paradigma de que as crianças e adolescentes habilitadas para adoção são aqueles que advêm de famílias extremamente pobres e as famílias aptas a adoção na maioria das vezes advêm de famílias em melhores condições de vida econômica.

Muito tem que ser realizado ainda no que diz respeito aos processos judiciais de adoção. Os operadores do direito, aqueles que atuam especificadamente na área de infância não se engajam no tema, no intuito de implantar políticas públicas no incentivo a desburocratização da adoção. Os processos são extremamente lentos e burocráticos. Os pretendentes à adoção passam por um “crivo de aprovação” por parte do Estado extremamente rigoroso, desestimulando os pretendentes a seguirem em frente no processo de aprovação do cadastro de pretendentes.

Na imprensa brasileira, vários casos já foram noticiados de pretendentes à adoção no exterior em razão da forte burocracia da Lei Brasileira. Não deixando de merecer destaque os pretendentes que desistem no meio do caminho em razão da forte burocracia para chegarem até a lista de pretendentes e serem introduzidos do sistema CUIDA (Cadastro Único Informatizado de Adoção e Abrigo).

As políticas públicas de atendimentos à crianças e adolescentes institucionalizadas também é muito precário em nosso país, ferindo bruscamente o princípio do melhor interesse. Não possuímos políticas públicas de incentivo e até mesmo desburocratização dos processos de adoção.

Não podemos deixar de mencionar a existência em todo o território brasileiro de Grupos de Apoio e estudos à adoção. No Estado de Santa Catarina são aproximadamente 27 Grupos de Apoio e estudos à adoção (SANTA CATARINA, TJSC, 2020).

O trabalho dos grupos de apoio é no sentido de incentivar e orientar os cadastrados ou não cadastrados no que diz respeito as regras da adoção perante o judiciário brasileiro. Ocorre que mesmo com a existência de grupos de apoio incentivando a adoção, ainda esbarramos na morosidade da justiça brasileira. Não menos importante e merecedor de destaque é o perfil dos pretendentes: Nosso país ainda tem a cultura da adoção de crianças recém-nascidas, meninas, olhos azuis de até 01 ano de idade.

Simone Franzoni Bochnia, acerca da morosidade da Justiça brasileira expõe que:

A morosidade do Poder Judiciário na tramitação dos processos de adoção não é exclusividade destes feitos, atinge todas os tipos de ações. Entretanto, deveria ser aplicado o princípio da prioridade absoluta nas questões em que houvesse crianças institucionalizadas. Assim, todos os feitos em que houve crianças abrigadas deveriam ter preferência em relação aos demais feitos que tramitassem naquela determinada vara. Isso, porém não ocorre. As crianças institucionalizadas não têm direito à “voz”, seus sussurros não chegam ao Fórum. Os anos passam e ficam ao largo do Poder Judiciário. Em alguns casos, nem se sabe quantas estão abrigadas, nem há quanto tempo. Tudo está atrasado. Este é problema do sistema e não culpadas classes envolvidas, tais como Magistrado, Ministério Público, advogados, assistente social e cartorários. O sistema gera crianças instituídas, certo que menos hoje do que antigamente, mas gera. Certo que as dificuldades apresentadas são excludentes das possibilidades. E não sejamos hipócritas, as possibilidades são poucas, muito poucas àqueles que não possuem convivência familiar (2008, p. 179).

Além do processo de aprovação do cadastro ser extremamente lento e moroso, não podemos esquecer de mencionar a morosidade no processo de adoção de crianças e adolescentes que se encontram institucionalizadas.

O tempo de tramitação dos processos passam de 04 ou 05 anos, dependendo do caso específico. Não foge desta morosidade, inclusive, os processos de regularização da adoção *intuitu personae*, onde a mãe biológica entrega seu filho diretamente a um casal escolhido por ela (casal este que pode ou não estar devidamente cadastrado e não ocorre o registro da criança em nome dos casais adotantes, o que seria caso de adoção à brasileira).

A entrega da criança pela mãe/pai biológico diretamente aos pais adotivos (adoção *intuitu personae*) são procedimentos corriqueiros em nossos Tribunais pátrios, apesar de ilegal.

Não obstante, mais uma vez esbarramos da morosidade para regularização deste tipo de adoção citada no parágrafo anterior. Precisamos repensar outra questão importante: a escolha do casal adotante pela mãe biológica. Ela não teria o direito de escolher para quem entregar seu filho?! Até que ponto a retirada da criança dos pais adotivos, obedecendo-se ao cadastro, estará preservando o melhor interesse da criança? A morosidade nos trâmites processuais cada vez mais intensos, estão indiretamente incentivando cada vez mais as adoções diretas (*intuitu personae* ou adoção à brasileira).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem se manifestado no sentido de preservar sempre o melhor interesse da criança e do adolescente, evitando sempre que possível a institucionalização.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DECISÃO QUE INDEFERIU A GUARDA PROVISÓRIA DO INFANTE AOS PADRINHOS E DETERMINOU O ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL DESTE. INDÍCIOS DE ADOÇÃO ILEGAL. RECURSOS DOS TERCEIROS INTERESSADOS. ABRIGAMENTO DO INFANTE. MEDIDA DE ÚLTIMA RATIO. MANIFESTA FAMÍLIA EUDOMONISTA. MENINO QUE CONVIVE COM OS TERCEIROS HÁ MAIS DE 4 (QUATRO) ANOS. RESIDÊNCIA ADAPTADA ÀS NECESSIDADES DO PEQUENO. AUSENTE PROVA DE COLOCAÇÃO DO MENINO EM SITUAÇÃO DE RISCO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO CADASTRO DE ADOÇÃO. PRECEDENTES. IMEDIATO DESACOLHIMENTO DO PEQUENO QUE SE MOSTRA NECESSÁRIO. “1 - Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal. 2 - No mesmo sentido, compactua o Superior Tribunal de Justiça: “Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como melhor interesse do infante.” (AgRg na MC 18329/SC, rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 20-9-2011)” (AI n. 2013.021539-5, Rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 10-6-2014). RECURSO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004720-35.2019.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 27-08-2019).

Assim, no que diz respeito ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina especificadamente, podemos concluir que sempre priorizam o melhor

interesse da criança e do adolescente e sua proteção integral, em detrimento a qualquer situação de fato diferente, como por exemplo, casais que não estão cadastrados, mas já possuem um vínculo sócio afetivo com aquela criança ou adolescente.

O intuito do Estado não é a retirada brusca daquela criança ou adolescente de sua família sócio afetiva para priorizar famílias adotivas cadastradas. O intuito, muito obviamente, é priorizar o melhor interesse daqueles que já ficaram em situação de vulnerabilidade por longo tempo.

Ocorre que a falta de políticas públicas de atendimento a estas crianças e adolescentes em estado de vulnerabilidade, simplesmente “esquecidas” nas instituições é que nos deixa em alerta para a grave violação a princípios básicos de proteção.

Custódio (2008) acrescenta que, o princípio para a efetiva aplicação das políticas sociais básicas tem o intuito de impulsionar o reordenamento institucional, colocando à disposição da sociedade um conjunto de serviços de efetivo atendimento às necessidades de crianças, adolescentes e inclusive suas próprias famílias por meio de políticas de promoção e defesa de direitos, bem como, de atendimento em todas as áreas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais. Vale ainda destacar a importância do papel da assistência social como um campo específico de políticas públicas com caráter totalmente independente, livre dos tradicionais laços assistencialistas e clientelistas.

Ainda no entendimento de Custódio (2008), a efetiva realização das políticas públicas requer o respeito ao princípio da descentralização político-administrativa, pois estas políticas públicas devem ser implementadas no lugar onde vivem as pessoas.

O Estatuto da Criança e do Adolescente determina no art. 86 que: “a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios”. Especificamente, em relação às políticas de assistência social, a própria Constituição Federal é clara e determina no art. 204: “I - descentralização político-administrativa cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social”

Neste diapasão, podemos destacar a importância fundamental das entidades de classe governamentais e não governamentais, bem como de

serviços sociais, chamando atenção para nossas crianças institucionalizadas, aguardando por uma família substituta ou famílias aptas para adotá-las.

Mas não é de todo perdida a questão da adoção em nosso país. A recente legislação para adoção apresenta uma nova diretriz, no que diz respeito às crianças institucionalizadas e o afastamento familiar. Estas últimas não devem ser a primeira opção quando constatado alguma ameaça/violação dos direitos das crianças ou adolescentes. Uma saída para essa problematização, é trabalhar o foco do problema, ou seja, a família de origem com alguma rede de atendimento específico.

Para tanto, Aline Cardoso Siqueira (2012) lança luzes “a garantia ao direito à convivência familiar e comunitária”, salientando que:

Uma alternativa seria a busca da resolução da problemática junto à família com a ajuda da rede de atendimento. Por exemplo, em uma família cujas crianças sejam vítimas de violência doméstica por parte da mãe e do companheiro, que esteja desempregado e faça uso de álcool e drogas ilícitas, a partir da avaliação da situação, o Conselho Tutelar poderia: 1) indicar tratamento para os cuidadores; 2) acompanhar e orientar a mãe para que ela utilize práticas educativas indutivas, ao invés de coercitivas e punitivas; 3) afastar o agressor da família, caso haja a negação do tratamento ou a perpetuação da violência e do uso de drogas; 4) inserir os cuidadores em programas de capacitação ao trabalho e/ou em programas de transferência de renda mínima, como o bolsa-família e 5) colocar as crianças na família extensa, como casa dos avós, tios ou padrinhos. Tais estratégias buscam evitar a institucionalização das crianças.

Nesta direção, o que se verifica de fato, muitas vezes, quando esgotado todas as possibilidades de inserir a criança ou adolescente em sua família de origem é a consulta ao cadastro nacional de adoção, no intuito de analisar a possibilidade de uma das famílias cadastradas manifestar interesse em acolher a criança ou adolescente “institucionalizada”.

Outro motivo de ordem jurídica se relaciona ao fato de a adoção centralizar-se aos interesses e a proteção da pessoa adotada. A adoção foi se estruturando e se modificando segundo os costumes e realidades de cada época.

Ressalta-se que as regulamentações para essa finalidade se encontram fundamentadas em normas específicas, completando assim, o ordenamento jurídico nacional, sendo o Código Civil e o ECA, os principais dispositivos legais nos casos de adoção.

Assinala-se, no entanto, que a própria transformação social e o transcurso do tempo acabaram por demonstrar que as tradicionais instituições jurídicas sobre “os infantes” foram perdendo progressivamente, a sua operatividade, sobretudo porque se voltaram aos “menores considerados em situações irregulares”.

Nesta linha de raciocínio, o ECA destaca o direito de a criança e o adolescente ser educado e criado no seio de sua família e, “excepcionalmente, em família substituta”, conforme previsão do seu artigo 19, “proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”, como assevera o artigo 20.

Explica-se que foi suprimido do texto legal, a redação que fazia menção à proteção do “menor em situação irregular”, cujo entendimento foi estendido a toda e qualquer criança ou adolescente que se encontre em “situação de desamparo”. Este amparo deve ser o mais completo possível, segundo as disposições Constitucionais e as regras do ECA.

Sob esta ótica, pode-se dizer que, o nosso ordenamento jurídico carece da definição de indicadores essenciais, em direção ao “melhor interesse da criança”, considerando suas necessidades e com uma cuidadosa análise do caso concreto. Considera-se, ainda, que no processo de adoção é imprescindível programar ações que possam refletir o princípio do “melhor interesse da criança”, assim como assumir a criança e o adolescente como sujeitos de direito.

Atualmente, no processo de adoção, a prioridade é sacralizar as pessoas que constam na lista de espera, não sendo vedada a admissão de quem não integra a lista do respectivo cadastro.

Portanto, acrescenta-se que, com base no princípio do “melhor interesse da criança” e da afetividade inclusive, tem-se a possibilidade, em casos excepcionais, da adoção direta, fato que merece ser conhecido e, sobretudo, estudado.

Nesta perspectiva, registra-se que o Cadastro Nacional de Adoção foi criado com o intuito de reunir os dados das pessoas pretendentes à adoção de crianças e adolescentes disponíveis, em um sistema informatizado, para servir de apoio aos juízes da Infância e Juventude, além de dar maior abrangência ao “Instituto Jurídico da Adoção”.

Visando a compreensão dos limites e das possibilidades do cadastro nacional como requisito e condição para adoção, Bordallo (2010) nos esclarece que o intuito do cadastro nacional da adoção é estabelecer maior agilidade ao procedimento da adoção, pois, em razão de seu enorme alcance nacional, facilita a integração de crianças ou adolescentes ins-

titucionalizadas a uma família substituta. Não menos importante é que a sistematização dos dados permite que uma equipe interprofissional agilize a apuração dos requisitos legais e analise a compatibilidade entre as partes, independentemente do local do país onde os indivíduos residam.

Na sequência, Dias (2007) esclarece que a finalidade do referido Cadastro Nacional, é agilizar todo o processo de adoção, desde a destituição do poder familiar até a introdução da criança no rol dos adotáveis em busca de alguém que demonstre interesse nela, o que muito tempo se passaria, deixando-se de atender o melhor interesse da criança.

No entanto, Silva Filho (2009) problematiza a questão da adoção, dizendo ser esta, uma forma constitutiva de vínculo que se cria entre pessoas estranhas, comparando-as as relações inerentes à paternidade e à filiação, que são experimentadas ao longo da histórica trajetória humana, seja em âmbito individual ou coletivo, asseverando que, “o objetivo primordial do cadastro nacional é recolher, dentro do ordenamento jurídico nacional, principalmente da Constituição, do Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, as normas que, direta ou indiretamente, são aplicáveis à adoção, na consideração de que formam um regime jurídico diferenciado”.

Porém, sabe-se que, em diversas situações, a realidade entra em conflito com o que determina a legislação, exemplificado pela falta de cuidado com os princípios que resguardam o interesse do adotado, não possibilitando por vezes, que o melhor seja feito em benefício da criança, algumas pelo excesso de burocracia no âmbito judiciário, outras por não dar oportunidade de amparar a vontade demonstrada através da criança, maior interessado e que será submetido as consequências do resultado do processo, determinando assim, a família da qual será integrado.

Destaca-se, contudo, no caso das crianças institucionalizadas, a morosidade dos processos que impede a possibilidade de um lar. Este fato se configura, sem sombra de dúvidas, grave violação ao princípio da “prioridade absoluta”, que retira o protagonismo da criança em detrimento do que se constitui mera formalidade legal.

Desta forma, o papel das políticas públicas de atendimento às crianças e adolescentes institucionalizadas é de fundamental importância, cumprindo preceitos constitucionais de proteção integral e prioridade absoluta. Não menos importante é a conscientização do Estado e de todos os operadores do direito na desburocratização dos processos de adoção em nosso país, não deixando que nossa juventude alcance seus 18 anos de idade institucionalizadas e lamentavelmente vulneráveis pelas

ruas após atingir a maioria civil, pelo descaso do Poder Público e de todos nós como sociedade organizada.

5 CONCLUSÃO

A adoção tem sido tema de diversos eventos, mas não tem conseguido mudar o destino da maioria das crianças e adolescentes que continuam sendo violadas no sagrado direito à convivência familiar e comunitária.

As adoções concretizadas são em número muito aquém das tantas histórias de vidas que continuam institucionalizadas, sob os mais diversos pretextos, cuja esperança ainda tem estado distante para que tantas crianças possam crescer e se desenvolver num lar.

Para tanto, faz-se necessário afirmar que não basta apenas punir o Estado e permanecer inerte, pois a sociedade precisa de um olhar atento aos abrigos, aos processos judiciais para enxergar que muitas crianças estão crescendo em instituições acolhedoras. Contudo, pode-se afirmar que houve avanços, mas é preciso maior dedicação à questão da vida de nossas crianças e adolescentes e inclusive de famílias em estado de vulnerabilidade.

Diante do exposto, pode-se afirmar que é visível a violação à Proteção integral e a questão da criança e adolescente institucionalizada como prioridade absoluta.

Explica-se que, institucionalizada é o termo que se refere diretamente à criança ou adolescente que aguarda em instituições estatais, por uma família, na intenção de ser acolhido.

Espera que se justifique pela morosidade e flagrante burocratização dos processos de adoção (cadastro de pretendentes e regularização de adoções diretas) que em muitos casos, ultrapassa anos, violando abruptamente, os preceitos constitucionais.

Vale ainda mencionar que muito já foi feito pelo poder público, mas ainda caminhamos a passos lentos. Enquanto a burocratização e morosidade permanecer instalada no que se refere aos processos de adoção, muitos pretendentes acabam seguindo caminhos diversos: Adoções diretas, consideradas ilegais ou ainda acabam deslocando-se para outros países no intuito realizarem o sonho da adoção.

Enquanto isso, as instituições continuam criando e educando nossas crianças e adolescentes ao invés de estarem bem inseridas numa nova família.

REFERENCIAS:

BOCHNIA, Simone Franzoni. Da Adoção: Categorias, Paradigmas e Práticas do Direito de Família. Universidade Federal do Paraná. Curso de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2008.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 4ª edição Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. Lei nº 13.509 de 22 de Novembro de 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em: 27 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 4004720-35.2019.8.24.0000. Sombrio. Relator: Desembargador Ricardo Fontes. Quinta Câmara de Direito Civil. Data do Julgamento: 27 de agosto de 2019. Data do acesso: 19/01/2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/jurisprudencia>

BRASIL.STJ, REsp 1.026.981/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 04.02.2010, Dje 23.02.2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

BRASIL. Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências

BRASIL. Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências.

BRASIL. Código Penal. Código de Menores. Decreto nº17. 943 de 12 de outubro de 1927. São Paulo: Saraiva, 1970.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. São Paulo: Atlas, 1990.

COUTO, Inalda Alice Pimentel; MELO, Valéria Galo. Reconstruindo a história do atendimento à infância no Brasil. In: BAZÍLIO, Luiz Cavaliere; EARP, Maria de Lourdes Sá; NORONHA, Patricia Anido. Infância Tutelada e Educação: história, política e legislação. Rio de Janeiro: Ravil, 1998. CUIDA. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/adocao/cadastro-unico-cuida>. Acesso em 19 jan. 2020.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. Revista do direito. Ed.29, 2008, p.22-43

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. GRUPOS DE APOIO. Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/infancia-e-juventude/grupo-de-estudos-e-apoio-a-adocao>. Acesso em 19/01/2020.

MADALENO, Rolf. Manual de Direito de família. 4 . ed. São Paulo, 2018, p. 608: NAIFF, Luciene Alves Miguez; NAIFF, Denis Giovanni Monteiro. Educação de jovens e adultos em uma análise psicossocial: representações e práticas sociais. Psicologia & Sociedade, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 402-407, set./dez. 2008.

OLIVEIRA, Josiane Toledo. O Código de Menores Mello Matos de 1927: a concepção de menor e de educação no período de 1927 a 1979. 44 f. Trabalho de Conclusão de curso (Graduação em Pedagogia) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2014.

PASSETTI. Crianças carentes e políticas públicas. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 1999, p.347-375.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, v.5, 8ª ed, 2013, p.302.

PEREZ, José Roberto Rus e PASSONE, Eric Ferdinando. Políticas sociais de atendimento às crianças e aos adolescentes no Brasil. *Cad. Pesqui.* [online]. 2010, vol.40, n.140, pp.649-673. ISSN 0100-1574. <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742010000200017>.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma; NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel. (Coords.). *Acolhendo Crianças e Adolescentes: experiências de promoção do direito a convivência familiar e comunitária no Brasil*. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF; CIESPI; Rio Janeiro: PUC-Rio, 2006.

SIQUEIRA, Aline Cardoso. A Garantia ao Direito à Convivência Familiar e Comunitária em Foco. *Estudos de Psicologia*. (Campinas) [online]. 2012, vol.29, n.3, pp.437-444. ISSN 0103-166X. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-166X2012000300013>.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil: direito de família*. 7ª. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

VERONESE. *Temas de Direitos da Criança e do Adolescente*. São Paulo: LTr, 1997.

VERONESE, Josiane Rose Petry, *Direito da Criança e do Adolescente*. Série Resumos. Florianópolis: OAB/SC, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Moacyr Motta da. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998.

A ATUAL TRANSFORMAÇÃO DO PROJETO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL E A ABERTURA DAS VIAS DA NECROPOLÍTICA BRASILEIRA¹

THE ACTUAL TRANSFORMATION OF THE PROJECT OF THE ADMINISTRATIVE SOCIAL LAW PROJECT AND THE OPENING OF THE BRAZILIAN NECROPOLITICS

Caroline Muller Bitencourt²
Davi Michels Ilha³

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar e identificar se os preceitos do direito administrativo social, mais especificamente os direitos sociais e a participação social, restam ameaçados no atual cenário político brasileiro. A pesquisa se justifica pela necessidade de tratar das ameaças aos preceitos do direito administrativo social e do avanço na necropolítica, uma vez que ambos ajudam a destruir a democracia liberal e a consolidar a pós-democracia brasileira com políticas de austeridade que retraem a promoção de políticas públicas, e contribuem ao esvaziamento da participação e o do controle social.

-
- 1 O presente artigo é fruto da bolsa científica PUIC, no âmbito do projeto Direito administrativo social frente ao estado pós-democrático: desafios as políticas públicas e ao controle social.
 - 2 Professora do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Pesquisadora vinculada ao Centro de Estudos e Pesquisa em Políticas Públicas. E-mail: carolinemb@unisc.br.
 - 3 Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), bolsista na modalidade PUIC, orientado pela Professora Dra. Caroline Muller Bitencourt. Membro do grupo de pesquisa Controle Social e Estado Pós-democrático. E-mail: daviilha00@gmail.com.

O problema de pesquisa apresenta-se da seguinte forma: é possível afirmar que o atual cenário político brasileiro está na contramão da perspectiva de um direito administrativo social que afeta o âmbito das políticas públicas e a participação e controle social? Tem-se por objetivo discutir como a necropolítica tem avançado a partir das transformações administrativas e ações governamentais, que evidenciam um abandono do direito administrativo social no Brasil, ao menos, em duas de suas grandes características: a tutela igualitária e efetiva dos direitos fundamentais e a participação e controle social.

Visando responder o problema de pesquisa, o estudo se divide em duas sessões: compreender o que seria o Direito Administrativo social e a importância da tutela igualitária de direitos sociais e participação social para esse conceito, demonstrando a forte ligação entre participação popular, direito administrativo social, controle social e políticas públicas. Em um segundo momento, apontar de que maneira a chamada necropolítica brasileira tem afetado drasticamente o Estado social brasileiro a partir do desmente das políticas públicas e abandono de espaços de participação e controle social.

A hipótese é que há um projeto de desmanche do Estado social a partir da desarticulação tanto de programas e políticas públicas, especialmente as de ordem social, relegando ao Estado um papel subsidiário na concretização da tutela igualitária dos direitos, afetando também o âmbito de participação e controle social, caracterizando o que se pode chamar de um projeto necropolítica. O método de abordagem utilizado é o dialético, e o método de procedimento é o bibliográfico.

2 A MATRIZ DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL: A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL SOB A PERSPECTIVA DA TUTELA DA IGUALDADE E A ABERTURA A PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL

O direito administrativo social surgiu no Brasil em parte como oposição a uma corrente em alta nos anos 1990 que dava ao Estado um papel subsidiário, chamada de direito administrativo neoliberal. Diante de tal corrente dos anos 90, muitos administrativistas se levantaram contra o direito administrativo neoliberal que estava tomando o Brasil, dentre os principais Celso Antônio Bandeira de Mello, destacando a importância do Estado como garantidor de direitos fundamentais nos paí-

ses subdesenvolvidos, e no Brasil especificamente, tendo em vista que a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) traz um modelo de Bem-estar ao Estado brasileiro, lhe pondo obrigações para com direitos econômicos e sociais, tendo o Estado a obrigação constitucional de intervir em prol da promoção da igualdade material. Essa visão do Estado e seu papel pode-se chamar Direito Administrativo Social, que defende que a Constituição não apenas não justifica a subsidiariedade do Estado, mas impõe ao Estado a obrigação de intervir na sociedade a fim de materialmente garantir direitos sociais.

É preciso, então, demarcar os espaços para o desenvolvimento do direito administrativo social, que, nas lições de Hachem, tem como proteção central a tutela das igualdades a partir de uma Administração Pública inclusiva, apartada de um direito administrativo individualista, que, além de se preocupar com a realização da dimensão individual dos direitos fundamentais, tenha por preocupação a efetivação de ações universalizantes, que alcancem todos os cidadãos necessitados e não apenas aquelas que possuem meios de buscar a tutela judicial. A proposta de um direito administrativo social entra em colisão com a proposta de um direito administrativo neoliberal, pois esse “[...] propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades matérias imprescindíveis a satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário” (HACHEM, 2013, 149).

Desse modo, forma-se um novo paradigma calçado na dignidade da pessoa e nos direitos fundamentais que dela decorrem, tendo uma preocupação em reconhecer a eficácia jurídica dos direitos sociais da Constituição e de assegurá-los. Pode-se falar, então, de um Direito Constitucional da efetividade. Assim, além do neoliberalismo na administração pública, também o positivismo jurídico reducionista a letra formal da lei deu espaço a uma visão onde também entram no ordenamento jurídico os princípios constitucionais explícitos e implícitos bem como as normas de direitos humanos de tratados internacionais. Assim, se passa de uma legalidade estrita para uma legalidade ampla. Após a Constituição, pode-se falar num período de ampla intervenção judiciária na administração pública para a garantia dos direitos sociais. Sendo, por vezes, concedida de forma indiscriminada e não criteriosa os pedidos dos cidadãos frente a administração pública quando tratava-se de direitos sociais, principalmente o direito a saúde (HACHEM, 2013).

A discussão acerca do mínimo existencial, tão importante ao direito administrativo, comporta uma disputa importante ao direito ad-

ministrativo: o mínimo existencial é tudo o que é exigível da administração pública em matéria de direitos sociais, ou é o mínimo, podendo se exigir mais? Ou ainda, o mínimo existencial é a única parte dos direitos sociais que são fundamentais? Das duas correntes, uma diz que o mínimo existencial é tudo que se pode exigir da administração pública, e ir além disso incharia o Estado, fazendo-o adentrar exageradamente na Sociedade Civil e no Mercado e comprometendo as políticas públicas que visariam contemplar o todo. A segunda corrente diz que o mínimo existencial é aquilo que com certeza a administração pública deve fornecer, que é o piso e não o teto dos direitos sociais e sua efetividade, sendo de total direito do cidadão buscar que tal mínimo seja contemplado, mas também havendo a possibilidade de se buscar outros direitos sociais por parte da administração pública, sendo que estes, por sua vez, devem ser ponderados com outros princípios para ver se seria possível ou não a sua aplicação de modo a beneficiar o todo, e esta é a corrente do direito administrativo social (HACHEM, 2013).

Conceito tão importante, o mínimo existencial não deve se sujeitar inteiramente a ser o que em cada caso se acha que ele é, embora se deva olhar para a realidade fática das situações em que será posto. Assim, no Brasil de hoje, o mínimo existencial seria o direito à saúde, à educação, à assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Ainda, o mínimo existencial e os direitos sociais não são a mesma coisa, e entre suas diferenças podemos destacar que “O mínimo existencial dirige-se ao combate da miséria ou pobreza absoluta, ao passo que os direitos econômicos e sociais destinam-se à promoção da igualdade material entre os indivíduos.” (HACHEM, 2013, p. 360).

Os direitos sociais devem ser vistos sob um prisma que contemple igualmente a todos. Ou seja, os direitos sociais devem ser efetivos, mas também levados com igualdade para a população, sem que uma parte se beneficie indiscriminadamente e comprometa o orçamento das políticas sociais que visariam atender ao todo. Afinal “Eventuais exageros cometidos na esfera judicial podem impedir ou prejudicar a implementação equânime desses direitos pela via administrativa” (HACHEM, 2013, p. 352). Assim, pode-se questionar quais direitos sociais devem ser plenamente contemplados pela administração pública, cujo descumprimento enseja na busca por sua concretização via judicial.

Para resolver tal situação, no início dos anos 2000 surgiu na doutrina a ideia de que o judiciário poderia conceder o mínimo existencial, e o que for além disso caberia ao executivo e legislativo contemplar com seus

serviços públicos e implementação de políticas públicas. É importante ressaltar que tal é uma restrição a atuação do poder judiciário, não um limite ao poder executivo e legislativo em questão de políticas públicas e efetivação de direitos sociais. Assim, ocorre uma alteração na dogmática jurídica brasileira “com vistas à igualdade na implementação dos direitos econômicos e sociais passa a restringir parcialmente o campo de legitimidade da atuação judicial” (HACHEM, 2013, p. 353). Tal visão se funda na ideia de que os direitos sociais devem ser efetivos para todos, e não apenas para aqueles com capacidade de ingressar judicialmente contra a Administração Pública. Assim, passamos no Brasil da ideia de um Direito Constitucional Efetivo para um Direito Constitucional Igualitário.

Afinal, gastos excessivos com demandas individuais e pontuais que comprometam o orçamento público destinado ao todo acabam por comprometer atendimentos públicos e políticas públicas, como já foi visto acima. Dessa forma, concorda-se com a segunda corrente, afirmando que o mínimo existencial é o piso, o mínimo que a administração pública deve cumprir em relação aos direitos sociais, podendo, todavia, haver o pedido para que direitos sociais que não estejam dentro do mínimo existencial também sejam contemplados pela administração pública. Importa dizer que, nos direitos que não estejam dentro do que já traçamos como mínimo existencial, será feita uma ponderação com outros princípios, não tendo os restantes direitos sociais tanta força quanto os contemplados pelo mínimo existencial (HACHEM, 2013).

Dessa forma, demonstra-se a importância do mínimo existencial na luta por garantias de direitos sociais, na luta do direito administrativo social. Deve-se ainda frisar que o direito administrativo social visa garantir a materialidade dos direitos fundamentais sociais. Sendo que, como a doutrina jurídica bem sabe, embora os direitos individuais tenham surgido antes no tempo, são os direitos sociais que tem primazia lógica sobre os direitos individuais, pois sem os direitos sociais não é possível que materialmente haja direitos individuais.

Ainda, como princípio fundamental do direito administrativo social se encontra a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Alguns autores advogam que o interesse público não é algo determinável realmente, e por isso deve ser deixado de lado. Mas, em verdade, quando posto em seu devido contexto, o conceito de interesse público demonstra não ser uma abstração infundada, mas algo que pode ser detectável efetivamente na realidade. Assim, a amplitude de seu conceito

se demonstra algo positivo, pois ele é assim capaz de adequar-se mais flexivelmente a situações concretas. (GABARDO, 2017).

Embora na esfera do dever-ser talvez o interesse público e privado sempre coincidam, na realidade tal situação não se dá, e o direito muitíssimas vezes precisa tratar do conflito entre a esfera do interesse público e do interesse privado. Diz Gabardo (2017, p. 101) “[...] o plano jurídico atua justamente porque os interesses privados e públicos em geral se contradizem, se negam e se excluem em um sem número de vezes (o contrário é a exceção).” O interesse público não só tem a supremacia, mas também é indisponível, o que quer dizer que os administradores não têm a faculdade de dispor do interesse público como bem queiram, abrindo mão dele se quiserem, mas tem a obrigação de fazer valer o interesse público. Sendo que tal supremacia do interesse público é, segundo Gabardo (2017), o fundamento do direito administrativo social. Importa considerar que, como diz Bobbio (2018), a distinção público/privado se duplica na distinção política/economia, sendo que a preponderância do público sobre o privado é a preponderância do político sobre o econômico.

É importante recordar que o Estado social, visando a integração das camadas marginalizadas pelo Estado liberal, nada tem de socialista ou comunista, pois está buscando uma integração das classes, o que vai em encontro a luta de classes e sua ideia de impossibilidade de conciliação entre as classes. Dessa forma, não é correto atribuir as pautas sociais (ao menos não exclusivamente) aos marxistas/revolucionários, pois, embora suas teorias influam no Estado Social, há uma ruptura com a ideia de ditadura do proletariado ou com a crença no fim do Estado e no advento do comunismo (SCHIER; MELO, 2017). Busca-se, com o Estado Social, garantir os direitos fundamentais para a parte da população até então marginalizada pelo Estado Liberal, buscando-se tornar materiais os direitos que até então eram formais, e não destruir o aparato estatal e as garantias trazidas pela democracia liberal, que deve ser conservada e melhorada, não destruída.

A Constituição de 1988 traz, de modo inaugural, a ideia de participação social⁴ na administração pública, desde a gestão pública até na tomada de decisões políticas. Logo em seu início a constituição já fala que todo o poder emana do povo, e que tal poder não será exercido apenas por seus representantes nas instituições democráticas, mas, no que lhe permitir a constituição, será exercido também diretamente pelo povo (SCHIER; MELO, 2017). Assim, a participação social já encontra funda-

4 Participação Popular e Participação Social são utilizadas como sinônimos nesse texto.

mento logo no início da Carta Magna. Pode-se dizer que a participação social tem um papel fundamental dentro da democracia moderna.

A participação social, dentro da democracia liberal e do Estado social de direito, atua de diversos modos, e sem participação popular anterior não é possível, inclusive, que haja controle social. Convém ressaltar que o controle social não é simplesmente a participação social. A participação social ocorre quando se acompanha uma decisão enquanto ela está sendo tomada, quando o povo participa de uma tomada de decisão por parte do Estado. O controle social, por sua vez, é a fiscalização de se o acordado anteriormente está realmente sendo cumprido pela administração pública. Com isso, podemos dizer que o controle social pressupõe a participação social, mas para a participação social, o controle social não é uma necessidade (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 98) (BITENCOURT; ILHA, 2020).

O controle social seria assim mais completo que a participação social, mas sem a participação não é possível que haja controle social. Dessa forma, se torna importante refletir sobre a participação social, pois sem participação social não há controle social, e sem controle social não há democracia efetiva (BITENCOURT, 2019). Ainda, a participação popular só é possível em Estados que sejam democráticos não apenas formalmente, mas materialmente. Ou seja, para que haja o controle social, é necessário que o Estado promova meios culturais, educacionais, sociais e políticos que permitam que a sociedade possa observar, meditar e atuar sobre ela mesma e as instituições que a compõem. (BITENCOURT; PASE, 2015). Dessa forma, pode-se dizer que participação social e democracia estão numa relação circular, onde uma depende da outra (BITENCOURT; ILHA, 2020).

A participação social tem então um papel muito relevante dentro do Estado de Direito, mais propriamente dentro do Estado de Direito Social. Com a participação popular, as decisões administrativas são capazes de terem maior embasamento, tendo em vista serem construídas dentro do debate democrático. Desse modo, a participação popular se torna um direito fundamental decorrente diretamente da ideia de um Estado de Direito e Democrático. E, como já dito, mais do que um produto da democracia, a participação popular pode ser vista como um pré-requisito para a efetividade da democracia. (SCHIER; MELO, 2017).

No Estado liberal, embora houvesse o respeito para com a lei e a separação de poderes, o Estado não visava garantir a igualdade material, mas apenas formal. Tal situação tornou-se insustentável e o Estado teve

de se reinventar em partes e deixar de ser liberal, absentista e tornar-se um Estado Social, interventor. É bem verdade que um Estado demasiadamente interventor causa problemas tão ou mais graves que um Estado que se abstém de intervir na Sociedade Civil, mas há um meio-termo seguro onde pode se encontrar o equilíbrio desejado, e o Estado social, balizado pelos direitos fundamentais e pela separação de poderes, não surge para ferir direitos fundamentais. Muito pelo contrário, ele surge a fim de garantir materialmente os direitos fundamentais que em grande medida até então existiam apenas formalmente. (SCHIER; MELO, 2017, p. 138).

Dos direitos que o Estado Social traz à baila, o direito a participação social se torna de grande importância, tendo em vista que desse modo a Sociedade Civil com suas pautas, bem como as minorias que fazem parte dessa sociedade, podem ir até o Estado em busca de uma concretização daquilo que até então estava, para as classes mais baixas, apenas no papel: os seus direitos fundamentais. Desse modo, a participação popular faz com que a sociedade possa intervir positivamente no Estado, a fim de que o Estado intervenha positivamente na sociedade. Assim, no Estado Social a participação popular se torna voz importante dentro da administração pública. (SCHIER; MELO, 2017).

Com isso, pode-se observar que a participação social é um conceito chave dentro do direito administrativo social, do mesmo modo que o mínimo existencial, a igualdade material e a supremacia do interesse público.

3 A NECROPOLÍTICA E O ATUAL CENÁRIO BRASILEIRO: OS RISCOS IMINENTES AO ESTADO SOCIAL

Na esfera da cultura, no Brasil tem ressurgido com força o direito administrativo neoliberal em sua lógica de Estado subsidiário dentro da visão do Estado como um mal necessário, como o símbolo do atraso burocrático que impede que os empresários tragam mais empregos e mais produtos para as pessoas, numa visão romantizada da natureza humana e do livre mercado com sua mão invisível que remontaria aos seus primórdios, se não fosse ainda mais radical. A tendência neoliberal não se encontra apenas no direito administrativo, e sua lógica tente a transformar todas as coisas em mercadorias, substituindo o conceito de Cidadão pelo de Consumidor. (PAUNALI, 1999).

Diante de tal situação, tem ocorrido a sobreposição do econômico sobre o político, e vários outros sintomas e consequência da crise de representatividade das instituições democráticas e do Estado Pós-demo-

crático, já avaliados em outros trabalhos (BITENCOURT; ILHA, 2020) e tratados por Casara (2017), Castells (2018), dentre outros. Veja-se, então, no que está ocorrendo no direito administrativo atualmente, cuja administração pública tem flertado fortemente com o neoliberalismo.

Interessa notar que o aparato administrativo e constitucional enquanto legislação não sofreu significativas alterações e continuam caracterizados os elementos fundacionais do Estado democrático, tais como o rol de direitos fundamentais, a existência de serviços públicos, espaços de participação e controle social, a independência das instituições, entre outros. Mas é fato que algo mudou. O desmanche do Estado de Direito se dará por dentro do próprio Estado de Direito e esse não é apenas um fenômeno brasileiro. Ocorre que a própria Constituição deixa margem para a adoção de determinados modelos políticos e econômicos que apresentarão reflexos imediatos nos direitos sociais. Ou seja, não é um problema que possa encontrar sua solução exclusivamente no fenômeno jurídico, uma vez que tais situações estão imbricadas e dependentes umas das outras.

A evolução legislativa brasileira manteve os institutos consagrados do direito administrativo, mas se direciona, nas últimas décadas, para a transferência dos serviços públicos para as pessoas jurídicas de Direito Privado. Após as eleições de 2014 e a intensa oposição a um governo que esteve envolvido em inúmeros escândalos de corrupção, é possível dizer que, apesar de o Estado brasileiro manter-se sob a égide em tese dos mesmos valores republicanos e democráticos, viu-se um verdadeiro retrocesso no campo das políticas públicas. Não basta a existência de institutos que caracterizam os Estados Democráticos de Direito; é preciso que sejam verdadeiramente utilizados a esses fins. Mais do que formalmente reconhecer, é necessário dar condições materiais de vivenciar a democracia e todas as suas vantagens e dificuldades e todo modo, a privatização em sentido amplo se distancia tanto em extensão como em intensidade de aplicação do Direito Administrativo.

A configuração desse cenário futuro, cada vez mais delegado a iniciativa privada e se curvando a interesses econômicos, no campo jurídico-social, permite apontar, resumidamente, três ideias principais: 1. Novos mercados estão escassos, sendo que o fim dos freios morais permite a abertura mercadológica para o que até então era regido pelo interesse público; 2. Serviços de alguma forma transferidos a privados possuem a garantia de pagamento via tributos ou se transformam em atividades liberalizadas com preços elásticos; 3. As atividades antes regidas por normas de moralidade administrativa deixam de sê-lo: favoritismos, ineficiências, perseguições de

toda ordem agora estão fora do Direito Administrativo, porém sustentadas por recursos públicos (BITENCOURT; RECK, 2019).

Desse modo, pode-se notar que tal situação tem poder de abalar justamente o fundamento do direito administrativo social, relativizando a supremacia do interesse público sobre o direito privado. Nada de estranho a se esperar de uma situação onde o social é deixado de lado e o neoliberalismo com o Estado pós-democrático, com sua sobreposição do econômico ao político, dá as caras. (CASARA, 2017). A tendência do liberalismo de fazer o campo do político se submeter ao campo do econômico já havia sido notada por Carl Schmitt com antecedência (SCHMITT, 1992, p. 88), e tal se agrava na neoliberal pós-democracia em que parte do mundo e o Brasil se encontram. (CASARA, 2017; CASTELLS, 2018). E, se como visto, a sobreposição do público sobre o privado é a sobreposição do político ao econômico (BOBBIO, 2018), pode-se ver que a sobreposição do privado ao público é também a sobreposição do econômico ao político.

Outro exemplo de como atacar os preceitos do direito administrativo social, é a constante tentativa de dificultar a publicização dos atos da administração pública (a exemplo dos próprios dados da pandemia), através de tentativas de alterações na lei de acesso à informação e mesmo na organização de como dar transparência aos atos governamentais. É evidente que qualquer prejuízo ao acesso à informação e transparência terá relação direta com a abrangência da participação e controle social. Um exemplo é a recente Medida Provisória 896, cumpre dizer que, segundo IBGE (2019), em 2017 25,1% dos lares brasileiros não tinham acesso à internet, o que significa que um quarto da população brasileira não tem acesso à informação disponibilizada na internet.

Desse modo, a ideia de tornar os atos administrativos públicos apenas pela internet acaba por excluir 25% (25,1% para ser mais exato) da população do debate democrático, impedindo a efetividade do controle social sobre a administração pública, uma vez que sem o direito ao acesso à informação (e a uma informação transparente) não se faz materialmente controle social (BITENCOURT, 2019). E, como já visto, sem controle social (que pressupõe participação social e vontade de constituição) não há democracia efetiva.

Pode-se ver também que o instrumento utilizado para tratar do tema não priorizou a participação popular e o debate público e democrático. Afinal, a Medida Provisória surge unilateralmente do Presidente da República, e não do debate feito dentro do Congresso Nacional, onde são

pesados diferentes interesses de diferentes camadas e partes da sociedade. Em verdade, essa tem sido a regra, gerir por medida provisória, sem qualquer diálogo com demais representantes democraticamente eleitos.

A falta de diálogo para as construções normativas demonstra também uma falta da força normativa da Constituição, isto é, a vontade de constituição, a vontade de se fazer cumprir materialmente o que foi acordado formalmente na Constituição, (HESSE, 1991), e sem vontade de constituição por parte dos membros das instituições democráticas e do povo não haverá efetividade da participação social e dos direitos fundamentais (principalmente os direitos sociais, e já foi visto que sem direitos sociais não há como garantir direitos individuais).

Sabe-se que a participação social na construção do direito é de veras fundamental, e sem efetiva participação social não há efetiva democracia, bem como sem efetiva democracia não há participação social, na relação recíproca que acima foi tratada. Afinal, o projeto de construção do direito não é missão apenas do poder público, mas de todo o povo (JHERING, 1978, p. 40), e os direitos fundamentais são resultado da luta dos povos por libertação, e a participação popular é parte dessa luta, cujo povo está sempre a travar. (SCHIER; MELO, 2017, p. 129). Ainda, as medidas provisórias são instrumentos feitos para tratar de matéria urgente, mas raramente tal urgência é vista no plano fático, e o mesmo se pode dizer da medida provisória em questão.

Em verdade, o abuso no uso das medidas provisórias não é algo novo no Brasil. Para contabilizar os números de alguns governos pós 1988, o governo Lula editou 419 Medidas provisórias em seus 8 anos, o governo Fernando Henrique Cardoso editou 365 e o governo Dilma Rousseff editou 204 medidas provisórias, sendo que nenhum governo ultrapassou a proporção de mais de 10 dias entre uma medida provisória e outra, com exceção do governo de Fernando Collor que ficou com média 10,4 dias entre MPs (GARCIA, 2017). Os números do primeiro ano de governo Bolsonaro indicam 48 medidas provisórias editadas pelo Presidente. (SENADO FEDERAL, 2020)

O questionamento que poderia ser feito (que não é tema desse artigo, que não tem a intenção de respondê-lo) é saber esses números exorbitantes de medidas provisórias, encontrados em todos os governos pós 88, mas muito acentuado no atual governo, tem uma verdadeira justificativa de urgência, ou se foram editadas indevidamente, apenas para obrigar o legislativo a votá-las de maneira mais rápida e sem participação

e debates públicos. Dessa forma, em nome da eficiência não se sacrificou a participação popular e o debate democrático na construção das leis?

A nova onda neoliberal no direito administrativo atenta contra a participação popular e o controle social, que antes já não eram realmente efetivos no Brasil, mas que agora perdem ainda mais força dentro do cenário brasileiro. Também a primazia do interesse público sobre o interesse privado perde força culturalmente cada vez mais, e esta razão neoliberal acaba por influenciar os rumos políticos e jurídicos do País. Cabe ainda analisar outro fenômeno que tem surgido no cenário da periferia do capitalismo, a Necropolítica.

Ainda, cabe mencionar outros exemplos do avanço do neoliberalismo no direito administrativo. Veja-se o pacote da reforma administrativo do governo Bolsonaro, que será enviado em 2021 para o Congresso. Embora a reforma ainda não tenha sido enviada, o Ministro Paulo Guedes afirmou que a ideia do governo é, nos próximos 90 dias, fazer quatro grandes privatizações. (INFOMONEY, 2020). Tal desmonte do aparato público para as mãos do mercado demonstra a tendência atual do neoliberalismo e o desmonte do Estado Social que tem ocorrido. Tenha-se em vista que tais privatizações são parte de uma fuga do direito administrativo, em que é passado ao privado o que é público. Assim, a venda de estatais, tão comemorada pela cultura neoliberal, é parte do desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social e da fuga do direito administrativo, isto é, da fuga do âmbito público para o âmbito privado (BITENCOURT; RECK, 2018).

Pode-se citar também a emenda constitucional 95/2016 que congela o teto de gastos com educação e saúde até 2036, deixando as demandas novas que surgirem à mercê do estabelecido pela emenda em relação aos gastos. Vê-se aqui mais uma vez a ótica neoliberal, que relativiza direitos fundamentais em nome do combate a uma dita crise econômica (SOARES, 2020). Tenha-se em vista ainda que, como já dito, o mínimo existencial é sempre exigível da administração pública, sendo que o judiciário pode e deve atender as demandas que versem acerca dos direitos fundamentais abarcados no mínimo existencial (HACHEM, 2013).

Tal teto de gastos, ao engessar o orçamento destinado para a educação e a saúde, pode comprometer as políticas públicas que visem atender as demandas futuras da população até 2036. Manoela Soares (2020, p. 34) traz a ideia de que o aspecto mais preocupante da emenda 95\2016 (e dos demais retrocessos sociais) é que ela encontra amplo apoio da sociedade brasileira. Pode-se notar que a emenda 95/2036 e todas as medidas jurídicas neoliberais contra o Estado Social e o direito administrativo social

são reflexos de uma corrente cultural que cada vez mais ganha espaço no cenário nacional, o neoliberalismo com sua pós-democracia e sua maneira de governar contra os direitos sociais que promove uma necropolítica.

Se a necropolítica surge inicialmente para tratar do neocolonialismo e do genocídio do povo negro, atualmente ela pode ser vista como um conceito que faz sentido em todo cenário mundial e cujos efeitos podem ser sentidos além de seus efeitos contra o povo negro, podendo se aplicar a qualquer tipo de população marginalizada que é vítima das políticas de morte, de extermínio. Ainda que, em alta medida, o racismo possa ser o motor principal da necropolítica. (LIMA, 2018, p. 23).

O filósofo Achille Mbembe, ao refletir sobre a biopolítica de Michel Foucault dentro do contexto neocolonialista, em vistas do que ocorre fora da Europa na periferia do capitalismo, é traz o conceito de necropolítica, onde o assassinato, a morte, se torna parte do plano político (HILÁRIO, 2016, p. 204), onde há desrespeito ao ser humano em sua dignidade e ele pode ser visto como inimigo, fazendo uso aqui do conceito de Carl Schmitt de amigo/inimigo.

A ideia de Schmitt era de que o Político se diferencia a partir do dualismo necessário que o marcaria, que é a esfera do amigo/inimigo. Aqui o amigo deve ser encarado como amigo/inimigo público, não pessoal. Essa ideia, se levada como critério exaustivo para a identificação do lugar do político, será, como o próprio Schmitt admite, equivocada. Todavia, o teórico nos diz que “Ela [a distinção amigo/inimigo] fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos”. (SCHMITT, 1992, p. 51).

Muitas vezes tal distinção é utilizada sem um refinamento anterior, sendo usada como o critério exaustivo para demarcar o que se deve fazer politicamente ou não. Consciente ou inconscientemente, os promotores da morte e da aniquilação usam tal conceito de forma banalizada, promovendo, direta ou indiretamente, a violência sobre aqueles que são os outros, os que precisam ser destruídos a todo custo, os inimigos. Ainda que não nos caiba julgar aqui a realidade ou não da distinção Schmitiana, o fato é que ela, de modo mais ou menos coerente, pode ser utilizada (e efetivamente é, de forma justa ou injusta) para justificar atos arbitrários e genocidas. Assim, no sistema capitalista, a vida se dá a partir das relações econômicas. Aquele sem valor econômico se torna alguém sem valor, que pode perder seu status de humano, de sujeito de direitos, e se torna um objeto não interessante ao mercado e ao Estado, que podem construir políticas para que tal ser, agora objeto, morra. Diz Hilário (2016, p. 205): “A ação política de

morte, necropolítica ou tanatopolítica, é a forma política adequada ao capitalismo em crise estrutural, no sentido de que atende aos seus objetivos.”

Atualmente, ao invés da ampliação dos direitos fundamentais que o Estado de Bem-estar Social visa garantir, o que tem ocorrido na verdade é uma retirada cada vez mais acentuada dos direitos individuais e sociais pelo Neoliberalismo (HILÁRIO, 2016). Tal ocorrência traz a sobreposição do desenvolvimento econômico sobre as relações sociais saudáveis. O Estado passa de garantidor da vida para uma política de morte, para uma necropolítica, onde a aniquilação da vida em larga escala se torna prática, e a promoção da vida é deixada de lado. Se em Foucault a política se assemelha a produção da vida, na situação atual ela é uma produção de morte, como diz Hilário (2016, p. 203): “No contexto da crise sistêmica como a que vivemos, no qual o Estado de exceção é a regra, a política se converte em trabalho de morte.”

É difícil não ligar a necropolítica ao direito administrativo neoliberal e ao Estado Pós-democrático, que tem a espetacularização do processo judiciário como um de seus marcos, onde as garantias legais, como os direitos fundamentais, são vistas como amarras ao funcionamento eficiente do Estado sedento de sangue e do Mercado sedento de lucro. Desse modo, no Estado pós-democrático as categorias processuais penais, os direitos fundamentais e as garantias individuais passaram a ser percebidos como “obstáculos transponíveis à eficiência repressiva do Estado ou do mercado.” (CASARA, 2017, p. 104).

Assim, não é possível compreender a fragilização dos direitos fundamentais e do sistema de garantias típico do Estado Democrático de Direito sem compreender que ele surge em função da razão neoliberal, que usa a fachada de uma democracia democrática para, na realidade, trazer a pós-democracia, onde não se encontram limites ao poder econômico (CASARA, 2017, p. 118).

Diz Casara (2017, p. 119):

“As maiorias, no Estado Democrático de Direito, seja a parlamentar, seja a da população, também estavam submetidas a limites e vínculos substanciais, em especial aos conteúdos previstos na Constituição da República. Isso significa que no modelo democrático existiam coisas que as agências estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) e o cidadão estavam proibidos de fazer e outras que estavam obrigados a fazer, independentemente dos beneficiários e dos prejudicados com essas ações e omissões ditadas pela Constituição da República. Ao lado da desconstitucionalização,

o Brasil assistiu ao empobrecimento subjetivo, inerente à razão neoliberal, que se revela, para citar alguns exemplos, tanto no modelo de pensamento bélico-binário, que ignora a complexidade dos fenômenos e divide as pessoas entre “amigos” e “inimigos”, quanto no incentivo à ausência de reflexão, não raro gerada pelos meios de comunicação de massa que apresentam “verdades” que não admitem problematizações. Diante desse quadro, deu-se uma espécie de regressão pré-moderna e, com ela, o fortalecimento de fenômenos como o “messianismo” e a “demonização”.

Assim, no modelo em que as pessoas apostam em um Messias que fará a guerra do bem contra o mal, as garantias constitucionais, os direitos fundamentais, os limites ao poder e toda a constituição serão julgadas a partir de sua utilidade para essa luta. Desse modo, a guerra do bem contra o mal torna o valor de todas as demais coisas relativas a sua utilidade para tal luta encarnada pelo Messias. Na pós-democracia abre-se largo espaço para lideranças carismáticas, que estão, para seus fiéis, acima das leis e da constituição. Ora, o que é estar acima da constituição para aquele que é posto acima do bem e do mal? Na verdade, o Messias é posto como critério do que é bom ou mal, nenhuma lei ou obrigação jurídica ou social é capaz de lhe conter. (CASARA, 2017).

Dentro da guerra do líder carismático contra o inimigo, vale de tudo, inclusive uma política de extermínio que prega e faz, direta ou indiretamente, a morte do inimigo. Aos que não se encaixam na razão neoliberal como fornecedores ou consumidores, resta serem tratados por indesejados, recebendo medidas penais de controle e exclusão, de extermínio indireto.

A aposta em medidas repressivas como aumentar as penalizações e criminalizações de condutas, armamentos em massa, vouchers para educação pública, prestada por entes privados sem um projeto pedagógico de construção de cidadania a partir da educação, o excessivo aumento das parcerias no âmbito da saúde prestadas por privados que não se submetem ao regime jurídico de direito público, o constante ataque ao funcionalismo público através da tentativa de alterar a sua estabilidade, bem como a não realização de concurso convocando a militares da reserva para prestar serviços no INSS, a retirada de regras de proteção ambiental e esvaziamento técnico dos órgãos de controle ambiental, a falta de ordenação da saúde em meio ao enfrentamento de uma pandemia, que contribui para a morte de mais de noventa mil brasileiros, o ataque siste-

mática e ameaças a instituições democráticas constituídas; são alguns de tantos outros exemplos para caracterizar a atual necropolítica brasileira.

O que resta aos indesejáveis é o braço armado do Estado e o direito penal vingativo, sendo tratados como um problema sumamente penal. A “política pública” do Estado brasileiro muitas vezes é simples política penal, que visa exibir o cidadão marginalizado como um ser inumano que merece dor e sofrimento, e toda compaixão ou garantia legal dada para ele é algo visto como algo tolo e da mais vil espécie. Tal situação é fruto da agressividade a autoritarismo presentes na sociedade brasileira. O processo penal, então, não se baliza mais pela legalidade, mas pela vontade do “povo”, pela opinião pública, muitas vezes forjada pela mídia e demais interessados em tal acusação. O enredo é superior aos fatos no processo penal do espetáculo, e quem deve sofrer é o inimigo, aquele que não serve para nada dentro da ótica neoliberal, que deve ser descartado, exterminado. (CASARA, 2017, p. 125; HILÁRIO, 2016).

Tal necropolítica, se não é sempre explícita no cenário brasileiro, cada vez demonstra mais as caras no debate político brasileiro, cada vez mais polarizado, ou melhor, cada vez mais radicalizado. As medidas administrativas neoliberais que tentam ganhar mais espaço dentro do cenário brasileiro, acabam por deixar os cidadãos a mercê do mercado, que terão de se submeter a lógica do mercado ou irão ser extinguidos, pois a razão do mercado se torna a razão do Estado (BERCOVITI, 2006). O diagnóstico não é promissor:

O Direito Administrativo é um Direito pós-democrático. Dominado que vai ficando por exceções, por vontades, por espaços fora da discussão democrática, por um caráter anti-humanista e até mesmo deísta, toda a desestruturação da Democracia é sentida, talvez até de modo mais forte, no Direito Administrativo. Se o ego, o individualismo, o hipercapitalismo e os seus conseqüentes conchavos são os atratores deste tempo, é evidente que a constituição iluminista do Estado, com a centralidade do princípio da legalidade, fica para trás. Exceção em cima de exceção se colocam, até a estabilização da liquidez do Direito enquanto normalidade. É a vontade burra e fluída que vale, não a racionalidade de procedimentos e a sofisticação da dogmática.

Com todo o demonstrado, vemos uma transformação no projeto de direito administrativo social para um direito administrativo neoliberal, que, junto da necropolítica contra o inimigo da vez, levam

o Brasil para a Pós-democracia; ou ainda, deixam mais claro a já existente Pós-democracia no Brasil. Ainda, o descaso e esvaziamento das políticas públicas demonstra uma derrocada da ideia do Estado como garantidor da vida, deixando os cidadãos menos afortunados à mercê do mercado e da caridade privada, além de dificultar o controle social e legar à participação social e ao debate democrático um papel insignificante na administração pública.

A necropolítica brasileira tem tomado materialidade, indo contra o direito administrativo social e, na justificativa da luta contra o inimigo público, ultrapassa os limites constitucionais do poder, desrespeitando direitos fundamentais liberais e coletivos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito administrativo social perdeu forças diante do neoliberalismo, e a participação social, a supremacia do interesse público, o controle social e demais recursos de efetividade dos direitos sociais e de controles do poder tem cada vez mais cedido lugar para uma lógica de mercado extremada, que tenta impor sua lógica de eficiência em locais aonde ela não faz sentido, e acaba por destruir as ainda frágeis garantias dos direitos sociais. Legando assim ao Estado um papel subsidiário que a Constituição não lhe atribui e relativizando conceitos tão fundamentais para a efetividade da democracia, como a participação popular e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Veja-se que a Constituição brasileira de 1988, ao contrário do pregado pelo neoliberalismo brasileiro, traz um papel ativo do Estado como promotor dos direitos fundamentais e como seu garantidor. Dessa forma, o direito administrativo social tem alta razão de ser dentro do cenário nacional, tendo em vista que a missão de promotor da igualdade material foi dado ao Estado pela própria Carta Magna.

Desse modo, confirma-se a hipótese apresentada, uma vez que o interesse privado e a ótica de destruição e extermínio do outro, do inimigo, do indesejado, tem se tornado política estimulada pelo Estado, caracterizando a necropolítica como uma política de Estado da pós-democracia brasileira, com preceitos absolutamente contrários ao direito administrativo social, calcado na garantia de condições de tutela igualitária e de intensos espaços de participação e controle social, como duas grandes características, dentro outras é claro.

Quanto mais espaços os preceitos do neoliberalismo ocuparem dentro da administração pública, maior será a relativização dos direitos fundamentais, e ínfimo será o papel do Estado como garantidor e promotor de políticas públicas e pautas sociais, que será visto como simples regulador do mercado e muitas vezes o próprio agente de seus interesses.

REFERÊNCIAS:

AQUINO F. H. F. CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA: INOVAÇÕES LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS NO ÂMBITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco: 119-145. 2020.

BERCOVITI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. Pensar, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, fev. 2006.

BITENCOURT, Caroline Müller. Acesso à informação para o exercício do controle social: desafios à construção da cultura de transparência no Brasil e diretrizes operacionais e legais para os portais no âmbito municipal. Tese (Pós-doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2019.

BITENCOURT, Caroline; ILHA, Davi. O controle social diante da ruptura entre povo e instituições. Anais do III Encontro Interinstitucional dos grupos de pesquisa – EGRUPE [recurso eletrônico] / André Machado Maya, organizador . Porto Alegre, 2020 p. 108-118.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – O acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da administração pública. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, mai./ago. 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Jânrie Rodrigues. Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil [recurso eletrônico]. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 20/05/2020.

BRASIL, Decreto nº 9.830, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm.> Acesso em 19/05/2020

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em 19/05/2020

BRASIL. Medida Provisória nº 896, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv896.htm.> Acesso em 19/05/2020

CASARA, Rubens R. R. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTELLS, Manuel. Ruptura. A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do direito administrativo social. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GARCIA, GUSTAVO. Desde 1995, Temer é o presidente que, em média, mais edita medidas provisórias. G1, Política. 19/11/2017. <<https://g1.globo.com/politica/noticia/desde-fhc-temer-e-o-presidente-que-em-media-mais-edita-medidas-provisorias.ghtml>> Acessado em 19/05/2020

HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. Parte superior do formulário Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, janeiro/junho e 2013.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HILÁRIO, L. C. Da biopolítica à necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. *Sapere aude – Belo Horizonte*, v. 7 – n. 12, p. 194-210, Jan./Jun. 2016 – ISSN: 2177-6342.

IBGE, 2019. Uso de Internet, Televisão e Celular no Brasil. <<https://educabge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>> Acesso em 19/05/2020

Frases de Bolsonaro, o candidato que despreza as minorias, Isto É. 2018. <<https://istoe.com.br/frases-de-bolsonaro-o-candidato-que-despreza-as-minorias/>> Acessado em 19/05/2020

JHERING, R. V. A luta pelo Direito. São Paulo: Bushatsy. 1978.

LIMA, Fátima. Bio-necropolítica: diálogos entre Michel Foucault e Achille Mbembe. *Arquivos Brasileiros de Psicologia*; Rio de Janeiro, 70 (no.sp.): 20-33. 2018.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 241-264, jan./mar. 2019.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.825.

SCHMITT, Carl. O conceito do político. Petrópolis: Vozes, 1991.

SOARES, Manoela S. O Estado pós democrático de direito e os retrocessos sociais no Brasil após o ano de 2016. 2020. Trabalho de conclusão de curso de Direito (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2020.

A CESSAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PREJUDICIAL À CONCRETIZAÇÃO DA COOPERAÇÃO FEDERATIVA: A DECISÃO SOB O ENFOQUE DOS SISTEMAS ORGANIZACIONAIS

THE CESSATION OF PUBLIC POLICIES AS HARMFUL TO THE IMPLEMENTATION OF FEDERATIVE COOPERATION: A DECISION ON THE APPROACH TO ORGANIZATIONAL SYSTEMS

Bruna Hubner¹
Janriê Rodrigues Reck²
Vivian Paludo³

1 INTRODUÇÃO

As políticas públicas se mostram fundamentais para que se possa garantir uma ação estatal direcionada ao alcance dos direitos sociais; em momentos de crises mais severas, essa importância é aumentada, bem como as necessidades de atuação estatal. Ocorre que de tempos em tempos (de decisão em decisão) há a possibilidade de que políticas públicas sejam encerradas.

Ocorre que, em assuntos socialmente relevantes a Constituição Federal determinou bases sobre as quais o agir do Estado deve se alicerçar, é o caso da saúde, educação e problemas sociais em geral, bem como o modo de atuação dos entes federativos.

-
- 1 Bruna Hubner. Cursando Mestrado em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul (Bolsa PROSUC CAPES I). E-mail: bruna.hubner@outlook.com.
 - 2 Janriê Rodrigues Reck. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2009). Professor do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal. E-mail: janriereck@unisc.br.
 - 3 Vivian Paludo. Cursando Doutorado em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito – Unisc. E-mail: vivipaludo2@gmail.com.br.

Diante disso, o presente estudo busca responder ao seguinte problema de pesquisa: como a decisão sobre a cessação de políticas públicas pode prejudicar a cooperação federativa? Para tanto serão descritos a organização federativa e as relações cooperativas entre os entes, decorrentes dessa organização, em seguida, serão analisados aspectos relevantes das políticas públicas e, ao fim, investiga-se como a decisão de supressão de programas/políticas públicas prejudica a cooperação determinada na Constituição. Utilizam-se a metodologia dedutiva para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

A hipótese é de que através da decisão de interromper um programa/política pública haverá influência em outras decisões, prejudicando o dever de cooperação federativa, além de prejudicar os entes com maiores problemas sociais.

O objetivo do trabalho é analisar a relação entre políticas públicas, mais especificamente quanto à possibilidade de sua cessação, correlacionadas com a cooperação federativa, fazendo-se uma análise sob o enfoque da decisão conforme os sistemas organizacionais. Justifica-se em razão do papel das políticas públicas na concretização de direitos fundamentais e no constitucionalismo contemporâneo.

2 FEDERALISMO E COOPERAÇÃO FEDERATIVA

No presente tópico abordar-se-á as nuances do federalismo no Brasil a partir da redemocratização, que possui como marco a eleição de Tancredo Neves, em 1985, e a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Inicialmente, deve-se pontuar a difícil tarefa de conceituar o federalismo, visto que não existe um único modelo de estado federal. Contudo, existem características mínimas que os estados federados compartilham e que auxiliam na sua identificação, como a descentralização do poder, que visa a tomada de decisões mais democráticas ao aproximá-la do cidadão. Consequentemente, com a aproximação da esfera de tomada de decisão do cidadão, ele passa a possuir maior poder de fiscalização, controle e de influência nas decisões estatais (RIBEIRO, 2018).

Ainda no que tange a dificuldade em conceituar de forma uniforme o federalismo, nota-se a possível confusão entre os conceitos de organização política e federalismo, contudo restringir federalismo à organização política “não dá conta da tarefa de redução de complexidade para possibilitar decisões. Assim, tanto na perspectiva Luhmaniana quanto na perspectiva habermasiana de organização política, não é possível reduzir

o conceito de organização política ao conceito de Federalismo” (BITEN-COURT; RECK, 2012, p. 155).

Historicamente, a primeira experiência federalista, como o conhecemos hoje, é a construção do Estado norte-americano a partir de 1787. Quando, ao final do século XVIII, as treze colônias norte-americanas se tornam independentes, as modalidades de estado que se conheciam eram a confederação e o estado unitário, com “a Constituição dos Estados Unidos, de 1787, que surge realmente o primeiro regime federalista do mundo, a partir de uma experiência inicial confederalista, logo após a independência” (RIBEIRO, 2018, p. 337). Em sua gênese o federalismo foi definido como o meio-termo entre um estado unitário e uma confederação

O federalismo é definido, em sua acepção positiva, como um meio-termo entre um governo unitário, com os poderes exclusivamente concentrados na União, e uma confederação, na qual o poder central seria nulo ou fraco. Por sua vez, a confederação é caracterizada como uma aliança entre Estados independentes. O governo central não poderia aplicar as leis sobre os cidadãos sem a aprovação dos Estados, que seriam, em última instância, a fonte da soberania. A diferença essencial entre federação e confederação é que, na primeira, o governo central possui poder sobre os cidadãos dos Estados ou províncias que compõem a União sem que essa ação tenha de ser acordada pelos Estados (COSER, 2008, p. 942).

O Dicionário de Política, volume I, destaca que o termo federalismo é utilizado para designar dois objetos distintos: a teoria do estado federal e uma visão global da sociedade, quanto ao segundo, o federalismo é “entendido como uma doutrina social de caráter global como o liberalismo ou o socialismo, que não se reduz, portanto, ao aspecto institucional, mas comporta uma atitude autônoma para com os valores, a sociedade, o curso da história e assim por diante.” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 475).

Em apertada síntese, pode-se afirmar ser o federalismo uma forma específica de estado onde:

o governo está verticalmente dividido entre governos regionais e governo central, de modo que cada um tem autoridade exclusiva em sua área de atuação. Ambos governam o mesmo território e a mesma população, mas cada um tem autoridade para tomar decisões independentemente do outro (ARRETCHE, 2001, p. 23).

Pode-se também afirmar que o federalismo é “uma configuração em forma de Direito da organização interna das organizações políticas, cuja função é simbolizar autonomia e cooperação mediante uma função de separação de esferas públicas, cujo objetivo é a formação mais legítima das decisões jurídicas” (RECK, 2018, p. 62).

A definição contemporânea mais difundida apresenta o federalismo como sistema de governo onde o poder é dividido entre o governo central e os governos regionais, no caso brasileiro entre União, estados, Distrito Federal e municípios.

No Brasil, ideias federalistas despontavam antes mesmo da declaração de independência, nas lutas libertárias contra a Coroa Portuguesa, que reivindicavam mais poderes e competências (CONCI, 2020). Embora a reconstrução histórico-social seja importante para qualquer estudo, optou-se por abordar o pacto federativo a partir da Constituição Federal de 1988, com previsão no caput dos artigos 1º e 18.

De fato, tendo a Constituição de 1988 consagrado um Pacto Federativo baseado no federalismo cooperativo de índole democrática - em que a União colabora com Estados e Municípios, concentrando os três entes esforços para atingir objetivos comuns -, iniciativas do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional no sentido de, violando o princípio da subsidiariedade e na contramão da história, transformam nosso regime em algo próximo a um federalismo orgânico, em que as prioridades do Poder Central sejam impostas aos entes locais (RIBEIRO, 2018, p. 360).

No tocante ao pacto federativo, a grande inovação da Constituição de 1988 foi a atribuição aos municípios de status de entes federativos. A constituinte de 1988 estabeleceu a descentralização das políticas públicas ao atribuir variadas competências aos estados e municípios. Na prática, contudo, se observa dúvidas a respeito do ente competente em determinada área, o que por vezes acarreta confusão na aplicação das competências federativas, demonstrando a falta de coordenação e cooperação entre os entes federativos brasileiros (RAMMÊ, 2015).

Essa configuração constitucional do federalismo, adotando uma perspectiva centrífuga, foi resultado do papel proeminente que assumiram os governadores de estado e os movimentos municipalistas no processo de transição democrática. Contudo, o processo de descentralização territorial, confundido com o de redemocratização do país, foi marcado por incongruências,

principalmente em suas dimensões fiscal e administrativa. Não houve preocupação por parte dos constituintes em compatibilizar maior descentralização fiscal com descentralização administrativa e responsabilização fiscal. Com isto, descentralizaram-se recursos sem uma definição minimamente clara de competências sobre políticas públicas para os entes subnacionais, principalmente em relação ao provimento de políticas para garantir os direitos sociais estabelecidos constitucionalmente (MACHADO; SOARES, 2018, p. 81).

Caracteriza-se a Constituição de 1988, no tocante a forma de divisão de poderes entre os entes, como híbrida, mas na prática predominam as linhas do federalismo alemão, com centralização de competências na União federal.

O modelo de federalismo cooperativo alemão caracteriza-se pela descentralização política, pelo desenvolvimento da democracia e pelo pluralismo. Esse modelo demonstrou ser uma organização política que atende as necessidades das tarefas e funções sociais, orientado pelo princípio da subsidiariedade. Para mais, “o federalismo deixou de ser visto como mera separação ou justaposição de esferas de governo, passando a ser concebido como um mecanismo de governo em que as partes antes independentes trabalham articuladas e coordenadas buscando um fim comum” (RAMMÊ, 2015, p. 2315).

Ao adotar o sistema federalista a constituinte de 1988 demonstra a opção por um modelo de cooperação entre os entes, o que pode ser observado a partir da repartição de competências prevista no texto constitucional. Contudo, importante mencionar que “da ideia de que os entes federativos devem cooperar não é possível decidir a priori quais serão as decisões a serem tomadas. Significa dizer: quem vai dizer ou não o quanto se deve cooperar e como se deve cooperar não se extrai da Constituição” (BITENCOURT; RECK, 2012, p. 160).

O processo de redemocratização abriu as portas para um federalismo cooperativo e as cláusulas de redução das desigualdades têm um papel importante nesse quadrante histórico. Significa dizer que o princípio da solidariedade entre os entes está exposto na Constituição e reproduzido em diversas de suas passagens, mas as duas promessas ligadas à solidariedade e à redução das desigualdades regionais não foram concretizadas (CONCI, 2020, p. 56-57).

A ideia de competência “leva a uma comunicação cujo enlace é, precisamente, evitar que determinado órgão tenha de tomar todas as

decisões. A competência permite a especialização dos órgãos e, assim, diminui a hiperinformação” (RECK, 2018, p. 63).

As competências estão dispostas no texto constitucional e podem ser classificadas em privativas, comuns e concorrentes, a última é um típico exemplo de repartição vertical de competência, remetendo também ao elemento cooperação. Competência concorrente é quando sobre a mesma matéria entes políticos distintos possam legislar, cabendo a União, legislar normas gerais (CF, art. 24, §1º) e aos estados, em razão do poder suplementar, legislar sobre assuntos referentes aos seus interesses locais (CF, art. 24, §2º). Há ainda previsão de competência aos estados-membros e ao Distrito Federal para legislar de forma plena quando inexistente lei federal sobre normas gerais (CF, art. 24, §3º) (BITENCOURT; RECK, 2012).

Como já referido, embora a busca por um poder descentralizado, na prática o modelo federal brasileiro demonstra-se centralizado, o que pode ser observado pelo fortalecimento da União. Todavia, assim como ocorre em outros estados federais contemporâneos, no Brasil o federalismo passa por momentos mais ou menos centralizadores, mas sua característica mais marcante é a tendência de um federalismo autoritário e centralizado, ligada a receita tributária e a arena política no governo federal (CONCI, 2020).

Não pode ser olvidado, contudo, que a repartição de receitas no federalismo brasileiro se faz de forma padronizada, sem levar em consideração as inúmeras peculiaridades regionais, as potencialidades econômicas locais, presumindo uma simetria entre os entes federados que não existe na realidade. Isso resulta uma discrepância entre os níveis de autonomia existentes. Também não se verifica no Brasil a tendência já arraigada na cultura dos entes sub-nacionais especialmente da Alemanha, de uma atitude solidária regional em prol da nação. Aqui em face do aspecto segregacionista que originou o modelo federativo brasileiro, tem-se um caráter centrífugo muito forte, onde cada ente procura o melhor para si, em detrimento dos demais (RAMMÊ, 2015, p. 2320).

A cooperação entre os entes federados busca diminuir as assimetrias federativas e concretizar o princípio da solidariedade no plano institucional, pois apenas a democracia não é o bastante para acabar com as desigualdades regionais no Brasil. Contudo, o que se observa é o dito federalismo predatório, ligado ao patrimonialismo, ao clientelismo, ao presidencialismo de coalizão e aos acordos entre entes, típico da arena política nacional.

Buscou-se apresentar as nuances do federalismo no Brasil a partir da redemocratização, ocorrida na década de 1980. O Brasil adota o modelo de federalismo cooperativo que possui como características a descentralização do poder, a busca pelo fortalecimento da democracia e o desenvolvimento de sociedades plurais.

No próximo tópico, discorrer-se-á sobre o tema das políticas públicas, a fim de completar os conceitos teóricos necessários para responder ao objeto de pesquisa do presente trabalho.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando que se busca responder como a cessação de políticas públicas prejudica a cooperação entre os entes federados, necessário trabalhar o que vem a ser política pública. Desde logo adverte-se que não serão abordadas as diversas categorias ou formas de divisão das políticas públicas, o ciclo das políticas ou a distribuição de competências pela Constituição Federal de 1988. O objeto de estudo do presente tópico é responder: o que caracteriza uma política pública?

Tratar de conceitos na área jurídica é por vezes tratar de conceitos abertos ou indeterminados, que passam por um constate processo de evolução, ao analisar as políticas públicas a partir da matriz pragmático sistêmica Reck (2018, p. 115-116) destaca que

conceituar algo, em Direito, significa explicar as práticas sociais e as expectativas que envolvem determinado jogo de linguagem. É importante notar também que, como são produtos de uma sociedade, os jogos de linguagem evoluem e se moldam a diferentes situações pragmáticas. Assim, algo pode ser mesa sob uma perspectiva, e não em outra. Do mesmo modo, as políticas públicas. É necessário estabelecer bem os pontos de vista, as perspectivas e, ao mesmo tempo, manter a observação da política pública com certa flexibilidade para que o conceito consiga se acoplar com os diferentes fenômenos comunicativos.

O estudo das políticas públicas deve ser interdisciplinar, perpassando pelo campo jurídico, social e político, podendo ser encontradas diversas definições para o termo, destaque-se o conceito “políticas públicas são respostas do poder público a problemas políticos. Ou seja, as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para aten-

der demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva” (SCHMIDT, 2018, p. 122).

Ademais, como já referido, seria equivocada a tentativa de conceituar política pública a partir de um recorte apenas jurídico, o conceito é abrangente e complexo e assim deve ser observado, nesse sentido

a caracterização das políticas públicas como um conceito aberto, e por deveras complexo, seria composta por um conjunto de ações e programas continuados no tempo, que afetam simultaneamente várias dimensões básicas da vida de uma população, devendo ser organizadas em uma determinada área de implementação, numa busca concretizada pelo procedimento, explicitando diretrizes e objetivos numa sucessão de atos que se desenvolvem na busca de um fim determinado, posto. (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 136).

Política pública pode ser definida como “um conjunto de decisões e ações adotadas por órgãos públicos e organizações da sociedade, intencionalmente coerentes entre si, que, sob coordenação estatal, destinam-se a enfrentar um problema político” (SCHMIDT, 2018, p. 127).

O Estado Democrático de Direito se desenvolveu a partir do segundo pós-guerra e possui como grandes características a observação da dignidade da pessoa humana e a previsão de direitos fundamentais em suas constituições. Nesse cenário, as políticas públicas são o meio para a concretização dos direitos fundamentais. Contudo, por vezes a alternância no poder ameaça a continuidade de determinadas políticas públicas, atingindo diretamente a concretização dos direitos fundamentais. A alternância de poder é inerente ao regime democrático e pode acarretar a descontinuidade administrativa.

Cada novo governo representa descontinuidades. Até certo ponto isso é positivo, pois permite inovações e avanços. Mas, a descontinuidade administrativa leva frequentemente ao abandono de diretrizes vigentes em áreas de grande relevância e à criação de outras, bastante distintas e não raro contraditórias em relação às anteriores, gerando desperdício de energia e de recursos financeiros. Políticas institucionalizadas evitam a descontinuidade excessiva. (SCHMIDT, 2018, p. 127).

Historicamente, o conceito de política pública se consolidou na década de 1950 em países capitalistas centrais, nos quais o Estado intervia na sociedade e na economia, ou seja, não se tratavam de Es-

tados mínimos, possuindo ligação direta com o desenvolvimento do welfare state. No Brasil, a partir da década de 1980 os estudos sobre políticas públicas ganharam grandes proporções e os anos 2000 foram marcados por um grande aumento das pesquisas. Conseqüentemente, houve uma difusão do termo política pública e seu uso na sociedade civil, transpondo os ambientes acadêmicos, contudo essa popularização não foi acompanhada de um rigorismo semântico, acarretando polissemia. Ação governamental é política pública passaram a ser usadas como sinônimos, embora não seja errado conceituar política pública como ação governamental, esta é mais ampla (SCHMIDT, 2018).

As políticas públicas materializam os direitos humanos, mas como as políticas públicas se materializam? Não existe apenas um instrumento, pode-se destacar os que mais comumente são usados, como a criação de legislação, o fomento, a regulação; os serviços públicos e obras públicas, a intervenções da administração pública na propriedade e na economia, poder de polícia e programas administrativos. Contudo, nem toda obra pública ou poder de polícia advém de uma política pública (RECK, 2018).

Pode-se sintetizar aspectos centrais no campo das políticas públicas:

- (i) Ações isoladas, mesmo que importantes, não configuram uma política, que é sempre um conjunto de ações e decisões.*
- (ii) Um conjunto de decisões e ações somente compõe uma política quando decorrem da intenção de resolver um problema político; na execução prática a coerência entre as ações pode ser frágil ou mesmo inexistir, mas é preciso que exista uma intencionalidade prévia a congregá-las.*
- (iii) As ações podem ser executadas diretamente pelo poder público ou delegadas a organizações sociais ou privadas.*
- (iv) Ações de interesse público executadas pela sociedade civil somente constituem uma política pública se integrarem um rol de ações coordenadas pelo Estado; não é necessário que o Estado execute as ações, mas em uma democracia cabe-lhe a função de coordenar e legitimar o processo político (SCHMIDT, 2018, p. 127).*

A partir da breve análise até aqui desenvolvida pode-se destacar a complexidade que envolve as políticas públicas, bem como a gestão pública, respostas simplistas ou autoritárias não são respostas se tratando de políticas públicas.

O gestor de políticas públicas há de reconhecer que as políticas públicas evoluem, e que esta evolução em verdade não é totalmente planejada. As alternativas que surgem são de certo modo espontâneas. Isso não significa que os processos estão à deriva, contudo, uma vez que os administradores conscientes da complexidade estarão monitorando as possibilidades e assumindo os riscos (BITENCOURT; RECK, 2016, p. 141).

Ainda dentro do contexto de gestão pública, o estudo das políticas públicas e sua difusão entre a sociedade civil possui importante papel para a tomada de decisões com a participação de cidadãos, com previsão constitucional no princípio da gestão pública compartilhada que prevê que

[...] as decisões administrativas que impliquem materialização de uma política pública posta na lei devem ser compartilhadas com a comunidade mediante vários instrumentos possíveis, dos quais os mais comuns são os conselhos e as audiências. De fato, no Estado Democrático de Direito, deve-se superar a noção tecnoburocrática que vê as políticas públicas apenas como uma questão de “gestão”. Estabelecer parâmetros e instrumentos de uma política pública significa uma atuação da comunidade sobre si mesma. Desse modo, a Administração Pública não está autorizada a se autoprogamar – exceto naquelas decisões em que predominam questões meramente instrumentais, de meios-fins (RECK, 2018, p. 129).

Os recursos públicos são finitos e toda a escolha gera custos, financeiros ou sociais, “todos os direitos jurídicos, os constitucionais inclusive, pressupõem decisões políticas (que poderiam ter sido diferentes) acerca de como canalizar recursos escassos do modo mais eficaz em face dos problemas e oportunidades mutáveis que se tem em mãos” (HOLMES; SUSTEIN, 2019, p. 188).

Ao se decidir sobre determinada política pública “x”, outras demandas tão importantes quanto aquela não são atendidas, não existe uma predeterminação sobre quais demandas prevalecem, o que se observa é um complexo de situações que envolvem os acordos entre as esferas políticas, a pressão social e a própria influência da mídia – espetacularização das políticas públicas.

Ademais, política pública não se faz em momentos de emergência ou “a toque de caixa”, ela deve ser desenvolvida e analisada a média e longo prazo. Como já referido, não existem respostas prontas ou postas.

Passa-se ao tópico final do presente estudo, o qual busca analisar, com base nos sistemas organizacionais, as decisões que buscam findar políticas públicas, em especial quanto à cooperação federativa trazida na Constituição de 1988.

4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DE COOPERAÇÃO FEDERATIVA: UMA ANÁLISE DA AMEAÇA DE INTERRUPÇÃO DE PROGRAMAS ENQUANTO DECISÃO SOB O ENFOQUE DOS SISTEMAS ORGANIZACIONAIS

Como pode ser concluído pelo modelo de federalismo eleito pela Constituição (art. 23) estabelece-se expressamente que cabe a todos os entes federativos, desde a União até os Municípios, o dever de cuidar de questões relacionadas à saúde, educação, cultura, meio-ambiente, pobreza, dentre outros, no parágrafo único do mesmo artigo determina que leis complementares devem fixar as normas de cooperação entre eles. Logo, a busca em alcançar os objetivos estabelecidos na Constituição é dos entes em conjunto e de forma coordenada. Segundo Bitencourt e Reck (2017, p. 126) a Constituição é uma constituição dirigente em relação aos conteúdos, tendo as políticas públicas como meio para alcançar os fins.

Importantes programas sociais contribuem tanto reduzir as desigualdades e promover o bem-estar, bem como para o desenvolvimento nacional, a título exemplificativo, tem-se o Bolsa Família e o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb).

O Bolsa Família busca combater à pobreza e à desigualdade, sendo que possui três eixos: complementação de renda, acesso a direitos e articulação com outras ações. O programa atende a pessoas em situação de extrema pobreza ou pobreza (renda por pessoa de até R\$ 89,00 mensais ou até R\$ 178,00 para famílias com crianças ou adolescentes até 17 anos) (MINISTÉRIO DA CIDADANIA).

O Programa Bolsa Família contribui para a redução da pobreza, em especial quanto à pobreza extrema, tendo esta caído em média 1,3% ao ano, o que representa, em termos relativos, um quarto da pobreza extrema atingida pelo programa. Apenas para se ter uma ideia do alcance, em 2017, mais de 3,4 milhões de pessoas saíram da pobreza extrema e 3,2 milhões se elevaram em relação à linha da pobreza. Além da pobreza o programa pos-

sibilita a redução das desigualdades, com considerável efeito redistributivo, podendo ter efeitos ainda maiores se os valores forem maiores, bem como se houvesse maior destinação orçamentária. (SOUZA et al, 2018).

O Fundeb é um fundo especial, vinculado à educação, sendo que há um fundo para cada estado, mais o Distrito Federal, sendo que os recursos são destinados aos estados e municípios que oferecem educação básica. A distribuição dos recursos se dá conforme o número de matrículas nas escolas públicas e conveniadas. Os recursos do Fundeb são compostos por 20% das receitas do Fundo de Participação dos Estados, do Fundo de Participação dos Municípios, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, do Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações, da desoneração das Exportações (LC nº 87/96), do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doações, do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores e da cota parte de 50% do Imposto Territorial Rural devida aos municípios. Em caso de insuficiência desses recursos, para que se alcance o valor mínimo por estudante, haverá complementação pela União (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO).

As decisões, quanto às características de elemento, seletividade e temporalidade, buscam permanecer como unidade, de modo que se mantenham premissas para outras decisões. Elas selecionam duplamente: elegem uma das alternativas e impedem as demais e possuem um caráter temporal, o qual traz a noção de que elas são passageiras, ao mesmo tempo em que devem ser usadas como premissas para as decisões seguintes. Das relações entre as decisões surge o primeiro conteúdo das relações, o que também as integra (LUHMANN, 1997).

Logo, na opção de não renovar um programa ou de findá-lo há uma decisão, a qual é selecionada dentre as opções possíveis. Como visto, pelo período de tempo em que a opção for o permanecimento do programa integrante de uma política pública ou da própria política, as escolhas farão parte de uma unidade, sendo que serão a premissas para as próximas decisões. Assim, a interrupção de programas sociais representa um encadeamento de decisões baseadas nesse fim: novos conteúdos de cunho social podem ser criados a partir de uma decisão como esta. É feita uma opção valorativa.

Analisando-se em outra direção, a decisão de mudar programas ou políticas públicas como desencadeamento de decisões e escolhas anteriores, como decorrente da decisão feita na escolha de governantes: a partir da escolha de determinado candidato e sua plataforma surgirão decisões encadeadas com a escolha do governante. A essa relação entre

decisões Luhmann (1997, p. 21) chama de complexidade, definindo esta como o primeiro conteúdo da própria decisão, há uma qualificação recíproca entre as decisões.

Com isso, pode-se refletir acerca da cessação de programas de cunho social poderem ter efeitos reflexos e, mesmo que não concomitantes e imediatos, ainda maiores do que os diretamente gerados. As consequências, em função da organização federativa nacional, ainda podem se estender territorialmente como reflexos dessa decisão. A partir da interrupção de programas (utiliza-se como exemplo o Bolsa Família e o Fundeb), a cooperação necessária entre os entes da federação resta prejudicada pois, entes mais carentes deixam de receber o auxílio dos demais, decorrente da determinação de cooperação. Com essa diminuição dos apoios nas políticas públicas a busca em alcançar a redução das desigualdades e dos demais objetivos da República ficam prejudicados. Ou seja, as decisões sobre questões tão relevantes precisam ter justificativas muito robustas – se é que, ao se considerar as diretrizes constitucionais, seria possível – em função das consequências diretas e das consequências nas decisões seguintes e não possíveis de serem mensuradas de plano.

Então cabe a ressalva de que vige o princípio do não retrocesso, que não permite que avanços em políticas públicas sejam deixados de lado pelo próximo governo, embora mudanças de agenda política na troca de governos seja natural ao estado democrático.

Entretanto, dada a ligação das políticas públicas com os direitos fundamentais, não é possível subtrair conquistas em direitos fundamentais. Assim, por exemplo, um eventual governo que não esteja alinhado com o governo que criou bolsas para os economicamente menos favorecidos poderá reescrever o regime jurídico da referida bolsa, alterando valores, destinatários e condições de sua implementação; não poderá, contudo, simplesmente suprimir tal instrumento da política pública assistencial porque o referido programa já faz parte do programa ético-jurídico de realização dos mínimos existenciais (RECK, 2018, p. 130).

Pois bem, a proteção quanto à decisões que busquem acabar com políticas públicas e programas sociais pode estar nisso, a proibição do retrocesso, o que é também uma escolha/decisão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo cuidou da relação entre políticas públicas, mais especificamente quanto à possibilidade de sua cessação, correlacionadas com a cooperação federativa, fazendo-se uma análise sob o enfoque da decisão conforme os sistemas organizacionais.

Constatou-se que o federalismo, em linhas gerais, caracteriza-se pela descentralização do poder, com divisão vertical e com independência entre os entes e, além disso, com uma divisão de competências. A cooperação federativa busca tornar menor as desigualdades dentro da federação e fomentar a solidariedade entre os entes.

Por sua vez, as políticas públicas são de difícil definição, mas, de modo geral são um conjunto de ações e programas na busca de um objetivo, a concretização de direitos fundamentais, sob a coordenação estatal, de modo a resolver um problema político.

Diante disso, pode-se concluir que as decisões de findar políticas públicas (ou programas integrantes dessas políticas) – dentre as possíveis escolhas – compromete a determinação constitucional de cooperação federativa, em função da cadeia que se estabelece entre as decisões, de modo que ficam prejudicados o dever de solidariedade e alcance da concretização dos direitos fundamentais, com reflexos negativos naqueles entes que mais precisam do apoio. Ademais essa decisão é premissa para as decisões futuras, bem como é resultado das decisões anteriores.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. Federalismo e democracia no Brasil: a visão da ciência política norte-americana. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 14, n. 4, p. 23-31, 2001. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000400004>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400004. Acesso em: 7 ago. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Jânrie Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/173>. Acesso em: 7 ago. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller. Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151, out./dez. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/364>. Acesso em: 7 ago. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller. Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde. *Revista de direito econômico e socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan.-abr. 2017. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/issue/view/1557/showToc>. Acesso: 10 ago. 2020.

BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. Dicionário de política I. Tradução: Varriale, C. C. et al. 11. ed. rev. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 de ago. de 2020.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Impacto da pandemia da COVID-19 na federação brasileira – descentralizando a disfuncionalidade. In: CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (org.). *O direito público em tempos pandêmicos: 9 países, 11 trabalhos e uma porção de inquietudes*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 43-63. E-book. Disponível em: <https://editorial.tirant.com/br/libro/o-direito-publico-em-tempos-pandemicos-E000020005222>. Acesso em: 27 jul. 2020.

COSER, Ivo. O conceito de federalismo e a idéia de interesse no Brasil do século XIX. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 941-981, 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000400005&lng=pt&nrm=isso. Acesso em: acessos em 08 ago. 2020.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende de impostos*. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento*. Barcelona: Anthropos, 1997.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Bolsa Família. Disponível em: <https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acoes-e-programas/bolsa-familia>. Acesso em: 09 ago. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação. Disponível em: <https://www.fnnde.gov.br/index.php/financiamento/fundeb>. Acesso em: 09 ago. 2020.

RAMMÊ, Rogério Santos. O federalismo em perspectiva comparada: contribuições para uma adequada compreensão do federalismo brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/8374>. Acesso em: 09 ago. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. p. 52-69. E-book. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/publicacoes/Políticas-pblicas-e-matriz-pragmtico-sistmica.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. 1. ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018. p. 114-132. E-book. Disponível em: <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/publicacoes/Políticas-pblicas-e-matriz-pragmtico-sistmica.pdf>. Acesso em: 7 ago. 2020.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Do federalismo dualista ao federalismo de cooperação – a evolução dos modelos de estado e a repartição do poder de tributar. Revista Interdisciplinar de Direito, [S.l.], v. 16, n. 1, p. 335-362, jun. 2018. ISSN 2447-4290. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/498>. Acesso em: 09 ago. 2020.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul,

v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v3i56.12688>. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/index>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Angelo. Federalismo e políticas públicas. Brasília: Enap, 2018. E-book. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/3331/1/Livro_Federalismo%20e%20Políticas%20Públicas.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de, et. al. Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a pobreza e a desigualdade: um balanço dos primeiros 15 anos. In: SILVA, Tiago Falcão (Org.). Bolsa Família 15 Anos (2003-2018). Brasília: Enap, 2018. Disponível em: repositorio.enap.gov.br. Acesso em: 09 ago. 2020.

PARTE 02:

ESTADO, MERCADO E SOCIEDADE: EQUAÇÕES DE EQUILÍBRIO

O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA CONTROVÉRSIA HERMENÊUTICA QUE ENVOLVE O ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO MILITAR: UMA ABORDAGEM EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

THE POSITION OF THE SUPREME FEDERAL COURT ON THE HERMENEUTIC CONTROVERSY INVOLVING ARTICLE 142 OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC AND THE (IM)POSSIBILITY OF MILITARY INTERVENTION: AN APPROACH IN LINE WITH THE PRINCIPLE OF SEPARATION OF POWERS

Maurício Martins Reis¹
Mateus Côrte Vitória²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo investigar, de forma mais ampla e aprofundada, a recente controvérsia hermenêutica que envolve a possibilidade de uma intervenção militar constitucional calcada no artigo 142 da Constituição da República. A abordagem será feita à luz de duas decisões monocráticas, ambas em caráter liminar, oriundas do Supremo Tribunal Federal: a primeira trata-se de uma liminar concedida pelo Ministro Alexandre de Moraes nos autos do Mandado de Segurança nº 37.097 para a finalidade de suspender a nomeação do Diretor-Geral

1 Doutor e mestre em Direito, doutor em Filosofia. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP-RS). E-mail: mauriciomreis@terra.com.br

2 Advogado e mestrando em Direito (FMP-RS). E-mail: mateus_vitoria@hotmail.com

da Polícia Federal feita pelo Presidente da República, e a segunda é uma liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.457, de relatoria do Ministro Luiz Fux, que assentou entendimento no sentido da impossibilidade de uma intervenção militar constitucional. Também serão abordados os principais posicionamentos divergentes acerca da temática e os pareceres emitidos pela Câmara dos Deputados e pela Ordem dos Advogados do Brasil sobre o tema. A finalidade da investigação é contemplar alguns dos principais argumentos da controvérsia e as origens fáticas que lhes deram ensejo, contextualizando a discussão, especialmente, sob a ótica do princípio da separação dos poderes, a fim de buscar uma aproximação entre a preservação desse fundamento constitucional e a resolução mais adequada da celeuma jurídica.

O tema tem relevância na medida em que as tensões políticas vêm aumentando nos espaços institucionais da República já há alguns anos. O contexto social, político e econômico brasileiro parece não conseguir se desvincular das sucessivas crises institucionais que marcam a história republicana desde o seu início, e o universo jurídico, aparentemente, não está conseguindo se manter alheio a esse cenário conflitivo existente entre os poderes políticos. As recentes decisões do STF demonstram isso e não parecem ser um bom indicativo na caminhada em direção ao adequado funcionamento do aparato estatal que deve guiar o desenvolvimento de uma nação verdadeiramente comprometida com os valores democráticos.

Dessa forma, nos parece apropriada uma abordagem jurídica que se afaste dos extremos surgidos a partir de um processo de polarização política que vem, lamentavelmente, se desenhando e se concretizando em nosso país a ponto de se imiscuir em todas as esferas públicas. Mais premente ainda se faz o presente ensaio quando se verifica que o próprio Supremo Tribunal Federal parece se render, de forma cada vez mais frequente, às paixões e às ideologias, à retórica e aos conceitos ociosos do ponto de vista jurídico, na tentativa de justificar decisões, ao nosso ver precárias, para o funcionamento da estrutura institucional brasileira e que parecem esconder (não tão bem) um afã de protagonizar a cena política nacional.

A abordagem será feita apresentando, inicialmente, o contexto fático em que teve origem a controvérsia hermenêutica acerca do artigo 142 da Constituição, com a contextualização dos principais posicionamentos doutrinários e das decisões monocráticas oriundas do Supremo Tribunal Federal que abordaram o tema. Ao longo da análise, serão investigadas também as principais ideias extraídas do conteúdo normativo

do referido dispositivo constitucional e igualmente serão apreciadas as disposições da Lei Complementar nº 97, de 1999, que regulamenta aquele dispositivo. Ainda, serão abordados alguns dos fundamentos utilizados nos pareceres emitidos pela Câmara dos Deputados e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto à questão. Ao longo do ensaio, pretende-se demonstrar como esse imbrólio jurídico-político se manifesta à luz do princípio da separação dos poderes para, ao final, aproximar-se das possibilidades hermenêuticas que o artigo 142 da Constituição, de fato e de direito, é capaz de oferecer.

Dessa forma, o objetivo do trabalho não é encerrar a discussão, mas manter o debate vivo em razão da envergadura jurídica, política e social que ele envolve. Ignorar posicionamentos que contrariem as posições mais sedimentadas acerca da temática não nos parece ser a melhor resposta, haja vista que a boa argumentação é a única forma de se rechaçar possibilidades hermenêuticas que se considerem, por um ou por outro motivo, menos adequadas. Assim, necessário se faz abordar de forma menos ideológica e mais objetiva o conteúdo normativo do aludido dispositivo constitucional.

O método de abordagem adotado será o hipotético-dedutivo, equacionando a racionalização do método dedutivo com a experimentação do método indutivo. O procedimento utilizado será o histórico-comparativo, pois investiga o instituto com base em sua origem no passado para o fim de compreender sua natureza e função, além de confrontar os elementos interpretativos em choque, levando-se em consideração seus atributos, para a finalidade de constatar semelhanças e diferenças, bem como as concernentes relações. As conclusões serão ressaltadas ao longo do texto e resgatadas e organizadas ao final.

2 INTERVENÇÃO MILITAR CONSTITUCIONAL PARA SOLUCIONAR CONFLITOS ENTRE PODERES POLÍTICOS: É POSSÍVEL (DEBATER)?

Em 2 de maio de 2020, quando os efeitos decorrentes da declaração de pandemia de Covid-19 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) estavam prestes a completar dois meses, e a sociedade brasileira já se via às voltas com crescentes tensões políticas que, por vezes, ofuscavam até mesmo as notícias da pandemia (além de agravar o já conturbado quadro econômico e social vivido em nosso país), o professor Ives Gan-

dra Martins publicou um curto texto no site Conjur que caiu como uma bomba no meio jurídico.

Ao abordar uma decisão liminar em sede de Mandado de Segurança oriunda do Supremo Tribunal Federal (STF) que suspendia a eficácia do Decreto Presidencial que nomeava Alexandre Ramagem Rodrigues como Diretor-Geral da Polícia Federal (PF), o jurista mencionou que o artigo 142 da Constituição da República possibilitava, no caso de conflitos de atribuições entre poderes políticos, a intervenção das Forças Armadas para reposição da lei e da ordem e garantia da harmonia e da independência dos poderes políticos. Esse posicionamento reavivou, para alguns, o fantasma da ditadura militar, vivida entre 1964 e 1985 em nosso país, e inflamou imediatamente manifestações em sentido contrário.

O contexto fático que deu origem à manifestação de “desconforto”, como o próprio Ives Gandra qualificou em seu escrito, teve início em entrevista coletiva concedida pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Fernando Moro, em que ele relatou a intenção do Presidente da República de interferir politicamente na PF a partir da nomeação do novo Diretor-Geral da instituição. A entrevista foi dada no dia 24 de abril de 2020, apenas dois dias após uma reunião realizada entre o Presidente e seus Ministros de Estado, na qual Moro alegou ter havido pressão política por parte do Chefe do Poder Executivo federal para a nomeação por ele pretendida.

Embora a gravação audiovisual dessa reunião ministerial tenha vindo a público somente um mês após, em 22 de maio de 2020, mediante determinação do Ministro Celso de Mello, as suspeitas que se levantaram acerca da nomeação pretendida pelo Presidente levaram à intervenção do Poder Judiciário no ato administrativo em questão. O Decreto Presidencial que nomeava Alexandre Ramagem Rodrigues como Diretor-Geral da PF foi publicado em 27 de abril de 2020 e, em 04 de maio, o Ministro Alexandre de Moraes suspendeu, em caráter liminar, a eficácia desse Decreto em decisão monocrática proferida nos autos do Mandado de Segurança (MS) nº 37.097 impetrado pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Em sua decisão monocrática, o Ministro relator fundamentou-se na existência de supostas irregularidades que comprometeriam o ato de nomeação, eivando-o de indícios de desvio de finalidade e violando os princípios da impessoalidade, da moralidade e do interesse público. Para embasar faticamente sua decisão, o relator mencionou a entrevista concedida pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública e os fatos por ele noticiados, além de acrescentar que o Presidente teria confessado, também em entrevista coletiva, sua intenção de interferir politicamente na

PF. Por fim, o relator subsidiou sua decisão em mensagens trocadas entre o ex-Ministro e o Presidente através de aplicativo de telefone celular, as quais foram veiculadas em rede de televisão.

Diante desse contexto, o professor Ives Gandra Martins publicou o aludido texto em que expôs suas preocupações com a interferência do Poder Judiciário em atribuições alheias e próprias do chefe do Poder Executivo, sublinhando que uma interferência tal, baseada tão somente em suspeitas, acaba por afrontar a harmonia e a independência dos poderes políticos e poderia gerar, em última análise, a necessidade de uma hipotética intervenção das Forças Armadas para a finalidade de repor a lei e a ordem no país.

Embora a posição de Martins seja minoritária no que toca à viabilidade constitucional de uma intervenção das Forças Armadas, os fundamentos que ele apresenta não merecem ser, de plano, desconsiderados. Aliás, suas preocupações, se vistas com maior atenção e profundidade, devem ser colocadas no centro do debate político, jurídico e institucional, principalmente com vistas a preservar os valores próprios que sustentam a estrutura democrática idealizada pela Constituição de 1988, dentre os quais se situa o princípio da separação dos poderes.

De acordo com a doutrina majoritária, não há nenhuma dúvida acerca da “estreita interligação constitucional entre a defesa da separação de poderes e dos direitos fundamentais como requisito sine qua non para a existência de um Estado democrático de direito” (MORAES, 2008, p. 405). A teoria da separação dos poderes tem amparo nas ideias do Barão de Montesquieu que, para diferenciar democracia de aristocracia, afirma que a primeira existe quando o poder está nas mãos do povo em seu conjunto, enquanto a segunda se mostra quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo (MONTESQUIEU, 2000, p. 19). Aprofundando essa ideia, Montesquieu esclarece que “(n)a aristocracia, o poder soberano está nas mãos de certo número de pessoas. São elas que elaboram as leis e que mandam executá-las; e o resto do povo está para elas, no máximo, como os súditos estão para o monarca, numa monarquia” (MONTESQUIEU, 2000, p. 23-24).

Moraes, nessa linha, aprofunda a análise do princípio, mencionando que

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis,

sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado (MORAES, 2008, p. 405).

Sob essa perspectiva, embora Moraes não investigue, em sua obra, os efeitos do agigantamento do Poder Judiciário, percebe-se que a lógica da usurpação de competências de qualquer dos poderes por parte de outro não parece se coadunar com os valores tutelados pelo princípio em questão, o qual está insculpido no artigo 2º do Texto Constitucional. Embora seja pacífico o entendimento de que desvios de finalidade possam (e devam) ser causa de sustação da eficácia de atos administrativos a ser determinada pelo Poder Judiciário, tais desvios devem estar minimamente comprovados para que isso possa ocorrer, com a observância das regras do contraditório e do devido processo legal. No caso concreto analisado nos autos do MS 37.097, não havia qualquer elemento probatório que fundamentasse a decisão proferida em caráter liminar, haja vista que se baseou em meras suspeitas levantadas por um ex-integrante do governo e numa suposta “confissão” do Presidente da República, que jamais ocorreu.

Aliás, o próprio professor Ives Gandra, em seu texto, afirma que se as suspeitas levantadas pelo ex-ministro da Justiça e Segurança Pública fossem verdadeiras – o que somente poderia ser comprovado dentro do devido processo legal –, não só a nomeação não poderia ocorrer, como também os culpados deveriam ser punidos. Nesse sentido, seu posicionamento está em absoluta conformidade com a possibilidade de o Poder Judiciário interferir em atos oriundos de outros poderes quando eivados de ilegalidade.

Há que se observar, também, a construção argumentativa feita pelo professor Ives Gandra em seu texto. Ele parte do princípio de que não há previsão constitucional ou legal que possibilite ao Poder Judiciário impedir a nomeação e a posse de um agente público do Poder Executivo em razão de meras suspeitas levantadas por um ex-integrante do governo, sem processo ou condenação judicial, não havendo, neste caso, justificativa constitucional para a invasão de competências de um poder em outro.

Nesse sentido, tais suspeitas não podem servir para o impedimento de nomeações por parte do chefe do Poder Executivo, seja no âm-

bito federal, estadual ou municipal, justamente porque tal atribuição não compete, constitucionalmente, ao Poder Judiciário, tampouco se justifica pelo alto teor político de que se revestem tais atribuições, em especial quando não se está no âmbito da aferição da legalidade de um ato por parte do Poder Judiciário – cujo exercício sempre será possível através do devido processo legal.

É relevante registrar o argumento de Ives Gandra no sentido de que, a prosperar o entendimento assentado pelo Ministro Alexandre de Moraes, seria possível a qualquer magistrado brasileiro impedir a nomeação de algum agente público, estadual ou municipal, com base em suspeitas de desvio de finalidade. Levando-se esse entendimento a cabo, terminar-se-ia por esvaziar as atribuições constitucionais dos chefes dos Poderes Executivos federal, estadual e municipal, o que, evidentemente, viola de morte o princípio da separação dos poderes. Em resumo, o desconforto de Ives Gandra se deveu ao fato de a Suprema Corte exercer “funções executivas” e invadir “competências alheias”, o que, para ele, gera insegurança jurídica “e não a estabilidade e a certeza no direito que toda nação deseja” (MARTINS, 2020), pensamento que parece estar muito adequado aos ditames do artigo 2º da Constituição da República.

Dentro desse contexto surgiu uma das críticas mais contundentes ao posicionamento do professor Ives Gandra, apresentada, também no Conjur, pelo professor Lenio Streck, que entende que, caso o artigo 142 possibilitasse a intervenção militar para repor a lei e a ordem e reequilibrar os poderes políticos em conflito, a própria democracia estaria em risco a cada decisão da Suprema Corte, bastando que um dos demais poderes a desobedecesse. Assim, de acordo com Streck, a democracia dependeria dos militares, e não do poder civil, resultando no que ele chamou de “haraquiri institucional” (STRECK, 2020).

No entanto, a crítica do professor Streck parece estar bastante descontextualizada. Ora, a preocupação manifestada por Ives Gandra teve origem no impedimento injustificado, por parte do STF, do exercício de competência privativa do Presidente da República, a teor do artigo 84, inciso XXV, da Constituição, qual seja, a nomeação do Diretor-Geral da PF. Não se trata, portanto, de considerar que qualquer decisão do STF possa acarretar tal situação de conflito entre poderes, mas apenas aquelas que, manifestamente, violarem os limites delineados pelo princípio da separação dos poderes políticos e, portanto, ferirem o funcionamento independente de cada um deles sem demonstrar qualquer indício, mínimo que seja, de irregularidade.

De acordo com o entendimento de Streck (2020), as Forças Armadas não podem intervir a qualquer momento para exercer uma espécie de “poder moderador” detentor do monopólio final da justiça em impasses de relevo institucional, com o que nós concordamos. Entretanto, não foi essa, aparentemente, a sugestão de Ives Gandra. Este apenas indicou que, em casos extremos de conflitos entre poderes, poderia haver a intervenção das Forças Armadas para garantir a independência e a harmonia desses poderes e repor a lei e a ordem, caracterizando, ainda, tal intervenção como indesejada, no sentido de ela se traduzir num instrumento extraordinário de última hora. Embora a missão de garantia da lei e da ordem constante do artigo 142 não pareça ser a mais adequada ao contexto hipotético, como se verá adiante, deve-se lembrar que o dispositivo prevê a função de garantia dos poderes constitucionais que, a nosso ver, trata-se do conteúdo mais apropriado ao contexto do debate.

Ademais, a interpretação restritiva oferecida por Streck acerca do artigo 142, no sentido de que, à luz da unidade da Constituição, o dispositivo apenas estabelecerá que, excepcionalmente, as Forças Armadas poderiam ser utilizadas na segurança pública, não parece ser apropriada. O dispositivo constitucional é muito claro ao estabelecer as missões das Forças Armadas, seja no âmbito de defesa da Pátria (em caso de guerra externa), seja no âmbito de garantia dos poderes constitucionais (em caso de turbulências internas), além de, ao final, explicitar que também é missão delas a garantia da lei e da ordem, mediante iniciativa de qualquer dos poderes políticos.

Portanto, a interpretação defendida pelo professor Lenio Streck de que seria absolutamente inviável uma intervenção militar constitucional parece estar, em verdade, mais distante do conteúdo normativo do artigo 142 do que o posicionamento manifestado pelo professor Ives Gandra, que admite, em caráter excepcional, o emprego das Forças Armadas para a finalidade de restabelecer a independência e a harmonia entre os poderes em hipóteses extremas. Ora, se analisarmos a dicção do artigo 142, veremos que as Forças Armadas são instituições organizadas com base na hierarquia e na disciplina e estão sob a autoridade suprema do Presidente da República, destinando-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer desses poderes, da lei e da ordem. Portanto, em uma primeira análise, é perfeitamente possível a interpretação no sentido de que, se algum dos poderes políticos tiver usurpadas suas competências constitucionais por outro, não havendo meios ordinários a serem utilizados (ou sendo eles ineficazes) para

fazer cessar ou recuar tal intromissão indevida, poderá, em último caso, recorrer ao emprego das Forças Armadas.

Nesse sentido, a doutrina entende que a missão das Forças Armadas de defesa da Pátria insere-se no contexto de “agressões estrangeiras em caso de guerra externa” e que a garantia da lei e da ordem, de âmbito interno, somente pode ocorrer de forma subsidiária e eventual, pois tal função é de competência primária das forças de segurança pública, quais sejam, as polícias federal, civil e militar. Já no que se refere à garantia dos poderes constitucionais, entende-se que tal missão equivale à defesa das instituições democráticas, haja vista que tais poderes, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Constituição, emanam do povo (SILVA, 2005, p. 784).

A partir disso, pode-se estabelecer o seguinte raciocínio: considerando que as Forças Armadas têm por atribuição constitucional a garantia dos poderes constitucionais e das instituições democráticas, e considerando, ainda, que não há instrumentos outros capazes de equacionar conflitos decorrentes de usurpação de competências executivas por parte do STF, é possível, ao menos em tese, a intervenção das Forças Armadas para a finalidade de reequilibrar os poderes e harmonizar tais conflitos. Isso não significa dizer que tal intervenção deva permanecer por tempo indeterminado, muito antes pelo contrário: a literalidade do dispositivo constitucional indica que essa interferência deve se dar somente em hipóteses excepcionais e pelo menor tempo possível apenas para o restabelecimento da independência e da harmonia entre os poderes.

Essa possibilidade não retira o caráter traumático que, certamente, caracterizaria tal intervenção, tampouco qualifica as Forças Armadas como uma espécie de “poder moderador”: apenas indica que, na impossibilidade de solução das tensões originadas de intervenções injustificadas de um poder político em outro, pode haver o emprego dessa modalidade interventiva para restabelecer a normalidade da arquitetura constitucional.

Ademais, José Afonso da Silva refere que, no tocante às características de permanência e regularidade, as Forças Armadas estão vinculadas “à própria vida do Estado” e à “perduração deste” (SILVA, 2005, p. 784), o que apenas reforça o entendimento de que sua missão de garantia dos poderes constitucionais insere-se no contexto de defesa das instituições democráticas e do Estado como um todo. Apesar disso, o entendimento de que a atuação das Forças Armadas pode ser empregada para solucionar conflitos que tendam a danificar o aparato estatal e violar instrumentos constitucionais que se destinam, justamente, a inibir ten-

dências tirânicas e absolutistas, como é o caso do princípio da separação dos poderes, ganha força.

Embora o posicionamento de Streck esteja de acordo com a nossa visão no que se refere à impossibilidade de as Forças Armadas funcionarem como uma espécie de “poder moderador” decisório, não é isto que está em discussão. Ademais, a participação das Forças Armadas reivindicada por Ives Gandra sob a denominação de “poder moderador” não necessariamente repercute a posição institucional de quem ostentará a derradeira ordem: poder-se-ia pensar no esforço de aglutinar os interesses em prol de uma resolução em concerto democrático sob a validação dos poderes em conflito. Faz-se necessário resgatar o cenário fático, anteriormente exposto, em que surgiu a manifestação do professor Ives Gandra. Ora, a invasão de competências privativas do Presidente da República por parte do STF, injustificadamente, acaba tornando o Poder Executivo refém de ilegalidades cometidas pelo próprio Poder Judiciário, o que, no âmbito da Suprema Corte, ganha um relevo político imensurável, visto que, a partir dali, não há órgão outro a quem recorrer.

O mesmo equívoco do professor Lenio aparece, de forma muito mais clara, em outros escritos publicados acerca da controvérsia. Em texto também publicado no site Conjur, Marcelo Labanca, João Paulo Allain Teixeira, Glauco Salomão Leite e Gustavo Ferreira Santos iniciam dizendo que as pessoas que pedem o retorno do Ato Institucional nº 5 (famoso texto normativo editado pelo Poder Executivo no auge da ditadura militar e que continha injustificáveis restrições a direitos fundamentais) e aquelas que defendem a possibilidade de uma intervenção militar calcada no artigo 142 da Constituição estariam defendendo “posições antidemocráticas”. Nada mais equivocando do ponto de vista acadêmico. A posição aqui investigada sequer considera a possibilidade de repristinação de um texto normativo de cunho ditatorial como é o caso do AI-5 (o que esbarraria em inúmeros impedimentos de todas as naturezas), o que não significa dizer que não se possa debater acerca da possibilidade do emprego das Forças Armadas para solucionar tensões políticas que os poderes constituídos não mais têm condições de resolver. Antidemocrático, a nosso ver, é não debater o assunto com a seriedade que ele demanda.

Mas a maior fragilidade do posicionamento desses autores é a premissa absolutamente equivocada em que se baseia sua crítica: eles restringem a discussão do conteúdo do dispositivo constitucional à “garantia da lei e da ordem”, salientando, já no início do texto, que o debate enfatiza essa “terceira tarefa” constante do dispositivo constitucional. No entan-

to, essa premissa não está em conformidade com o debate, que envolve, especificamente, a segunda missão que consta do artigo 142, qual seja, a garantia dos poderes constitucionais – a qual foi totalmente ignorada no desenvolvimento da crítica dos autores. No que se refere à garantia da lei e da ordem, especificamente, de fato as Forças Armadas somente poderão intervir em situações absolutamente excepcionais e de forma subsidiária nos casos em que as forças de segurança regulares não forem suficientes para enfrentar um determinado contexto de convulsão social.

Assim, o desenvolvimento dessa crítica acabou desaguando nas mesmas conclusões, que consideramos errôneas, no sentido de que o posicionamento que admite a intervenção das Forças Armadas estaria chancelando o exercício, por parte delas, de um “poder moderador”. Uma vez mais, é necessário repetir que não há nenhum permissivo legal ou constitucional a corroborar o exercício da função, pelas Forças Armadas, de “moderar” quaisquer conflitos entre os poderes políticos em termos decisórios, papel este que cabe, primordialmente, ao STF como guardião da Constituição.

A divergência (e o debate restringe-se a esse contexto específico) é no que se refere ao conflito entre o órgão de cúpula do Poder Judiciário – o STF – e outro poder – no caso, o Executivo –, conflito este surgido a partir de uma violação da independência perpetrada pelo próprio STF. Nesta hipótese, que fica agravada pelo fato de não haver sequer o reconhecimento da Suprema Corte quanto à existência da violação em causa, inexistindo meios jurídicos ou políticos capazes de conter ou fazer cessar a intromissão, desafia a lógica pensar-se que é o próprio STF quem deve dirimir o conflito.

Ainda no que se refere a essa crítica específica, embora os autores tenham apontado que existem mecanismos de controle da atuação dos Ministros do STF, aparentemente tais mecanismos não têm função alguma quando se trata de uma interferência direta e carente de qualquer fundamentação válida do Poder Judiciário em atribuições privativas do Presidente da República, como impedir a nomeação do Diretor-Geral da PF. Não se trata, aqui, de buscar uma “interpretação diversa daquela defendida pela corte”, tampouco de uma das hipóteses de crime de responsabilidade previstas no artigo 39 da Lei 1.079, de 1950. A violação é ainda mais grave: é a usurpação de função privativa e constitucionalmente expressa de outro poder sem demonstração de qualquer ilegalidade. O conflito, assim, está no plano dos poderes políticos, sendo inócuo pensar-se que poderia ser dirimido a partir de uma diferente interpretação do caso

ou da abertura de processo de impeachment do julgador. Além disso, mesmo que se pudesse enquadrar a conduta do Ministro relator em alguma das hipóteses do artigo 39 da Lei 1.079, de 1950, a natureza política do processo e a necessidade de uma harmonização entre os poderes para o seu processamento acaba inviabilizando essa via, justamente por conta da ausência de condições de diálogo institucional saudável entre os poderes políticos gerada pela intromissão indevida de um em outro.

Dentro dessa celeuma, tanto a Câmara dos Deputados quanto a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) publicaram pareceres contrários à possibilidade de uma intervenção militar. No entanto, o parecer da Câmara, ao abordar a missão de garantia dos poderes constitucionais, interpretou o artigo 15, §1º, da Lei Complementar (LC) nº 97, de 1999, de modo a vincular o emprego das Forças Armadas apenas em casos de ameaças externas. No entanto, não há nenhum impedimento, constitucional ou legal, para que essa ativação seja solicitada pelo Presidente da República, por iniciativa própria, para a solução de conflitos decorrentes da intromissão indevida do órgão de cúpula do Poder Judiciário em suas atribuições privativas, de modo que a interpretação restritiva da Câmara não parece se sustentar.

O parecer do órgão legislativo, ainda, confunde casos de eventual descumprimento de decisão judicial por parte do Poder Executivo ou do Poder Legislativo (o que inegavelmente não pode ocorrer em um Estado de Direito, devendo eventual irresignação com a justiça de uma decisão ater-se ao campo jurisdicional) com um conflito gerado por uma intromissão imprópria do STF em atividades eminentemente executivas com base em rumores e suspeitas não confirmadas dentro das regras do devido processo legal, configurando, assim, situações absolutamente distintas. Por outro lado, o parecer da OAB enfatiza a impossibilidade de que as Forças Armadas exerçam um papel “moderador” entre os poderes, mas também fracassa ao tentar demonstrar a inviabilidade constitucional de uma intervenção para proteção dos poderes constitucionais em casos de violação aos limites delineados pelo princípio da separação dos poderes.

Em acréscimo a tudo isso, foi ajuizada, pelo PDT, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.457, visando à declaração de inconstitucionalidade dos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º da LC nº 97, de 1999. Os dispositivos dessa lei regulamentam a organização e o emprego das Forças Armadas, repetindo a previsão constitucional do artigo 142 no sentido de que estão sujeitas à autoridade suprema do Presidente da República e especificando algumas hipóteses de sua implementação.

Diante disso, o PDT pretendia obter a declaração de interpretação conforme à Constituição da expressão “sob autoridade suprema do Presidente da República” constante da referida LC, restringindo, assim, as hipóteses de atuação das Forças Armadas. Em 16 de junho de 2020, foi publicada decisão monocrática do Ministro relator Luiz Fux que, já em seu relatório, fez referência ao contexto social que ele caracterizou como “polvorosa de setores da sociedade civil e das classes militares em desacordo quanto à destinação constitucional das Forças Armadas”. Esse trecho de sua decisão, cumpre assinalar, deixa transparecer uma visão que, aparentemente, rejeita o debate jurídico quanto ao tema, qualificando posições dissonantes da sua como se estivessem em desacordo com a destinação constitucional das instituições militares, o que não é verdade.

Ainda, a nosso ver, o que o Ministro classifica como “polvorosa de setores da sociedade civil” nada mais são do que controvérsias políticas, inflamadas e manifestadas por meio das redes sociais, que se fazem cada vez mais presentes na vida em comunidade. Quanto à referência às classes militares, efetivamente não se verificou, em momento algum, qualquer movimento militar em direção à arena política no contexto abordado, o que torna obscura, e até mesmo fantasiosa, a referência feita pelo Ministro.

De qualquer sorte, o entendimento assentado pelo Ministro relator foi no sentido de deferir parcialmente a medida liminar pleiteada na ADI nº 6.457, dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 1º, caput, e 15, caput e §§ 1º, 2º e 3º da LC nº 97, de 1999, e assentando quatro premissas: a primeira, no sentido de que a missão institucional das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e na garantia da lei e da ordem não acomoda o exercício de poder moderador entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Já a segunda premissa firmada por Fux é a de que a chefia das Forças Armadas é poder limitado, excluindo-se qualquer interpretação que permita sua utilização para indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros Poderes, relacionando-se a autoridade das Forças Armadas às competências materiais atribuídas pela Constituição ao Presidente da República.

A terceira premissa é a de que a prerrogativa do Presidente da República de autorizar o emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos outros poderes constitucionais – por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos De-

putados –, não pode ser exercida contra os próprios Poderes entre si. E a quarta e última premissa é a de que o emprego das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem, embora não se limite às hipóteses de intervenção federal, de estados de defesa e de estado sítio, presta-se ao excepcional enfrentamento de grave e concreta violação à segurança pública interna, em caráter subsidiário, após o esgotamento dos mecanismos ordinários e preferenciais de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, mediante a atuação colaborativa das instituições estatais e sujeita ao controle permanente dos demais poderes, na forma da Constituição e da lei.

A nosso ver, a primeira e a quarta premissas parecem estar constitucionalmente adequadas, pois reafirmam tanto a inviabilidade do exercício de um poder moderador por parte das Forças Armadas quanto a excepcionalidade do seu emprego, para a garantia da lei e da ordem, nas hipóteses em que as forças de segurança pública se mostrarem insuficientes. No entanto, a segunda e a terceira premissas parecem apresentar falhas e obscuridades bem significativas do ponto de vista institucional. Ora, quando fala em “indevidas intromissões no independente funcionamento dos outros poderes”, o Ministro relator parece ignorar o fato de que, no contexto em que foi julgada a ADI em questão, foi o Poder Judiciário que interferiu, indevidamente, nas atribuições privativas do Poder Executivo ao impedir a nomeação de um cargo público federal sem qualquer demonstração de irregularidade.

Embora não seja uma tarefa difícil concordar com o entendimento de que as Forças Armadas não deveriam servir para equacionar conflitos entre os poderes políticos – pois a própria discussão já deixa clara a incapacidade política dos membros dos poderes de solucionar tais conflitos sem prejudicar a normalidade institucional –, não nos parece adequado assentar o entendimento, sem a realização do debate necessário, de forma precária, mediante liminar, no sentido de que as instituições militares não poderão servir a determinadas finalidades que, em verdade, constam do Texto Constitucional, ainda mais utilizando-se de expressões tão imprecisas quanto “indevidas intromissões”. Esse posicionamento dá a entender que um poder político pode interferir, injustificadamente, nas competências privativas de outro e que qualquer movimento de reação em relação a tal invasão de competências deverá ser visto como uma “intromissão indevida”. Uma conclusão dessas fere os valores sobre os quais se sustenta o Estado Democrático de Direito e torna-se ainda mais frágil

quando tem origem justamente no órgão de cúpula do poder que interferiu indevidamente em outro.

Já quando aborda a prerrogativa de emprego das Forças Armadas, o relator, novamente, afirma que esta não poderá ser exercida “contra os próprios Poderes em si”. Aqui também não fica claro o entendimento do Ministro, pois a tensão foi gerada a partir de uma violação do próprio Poder Judiciário à independência e à harmonia dos poderes. E a solução dada pelo Ministro Fux assume um caráter realmente perigoso do ponto de vista democrático e institucional, pois parece permitir ao STF a intromissão indevida nos demais poderes, tornando prescindível a apresentação de fundamentos que comprovem alguma ilegalidade cometida por este ou aquele poder, o que extrapola os limites constitucionais desenhados pela separação dos poderes e eleva as tensões entre os poderes políticos a um nível, aparentemente, insustentável.

Tendo em vista que não parece haver, além do emprego das Forças Armadas, algum instrumento constitucional à disposição dos demais poderes para solucionar conflitos que envolvam usurpações de competências pela cúpula do Poder Judiciário, o debate faz-se ainda mais necessário. Entender-se de outro modo é avalizar a aglutinação descabida de poderes por parte do STF, o que caminha, inegavelmente, na direção do absolutismo e da tirania, contrariando frontalmente o princípio da separação dos poderes e os valores democráticos que embasaram sua construção. Isto significaria, também, ignorar o fato de que a tirania pode surgir de todos os lados, seja do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou mesmo do Poder Judiciário. Nesse sentido, Montesquieu abordou não só os perigos do poder do clero em uma república, mas também sua conveniência em uma monarquia que tende ao despotismo, afirmando que pode funcionar como uma “(b)arreira sempre boa, quando não existe outra, pois, como o despotismo causa na natureza humana males assustadores, até mesmo o mal que o limita é um bem”, exercendo, assim, tal poder a função de frear o que ele chamou de “poder arbitrário” (MONTESQUIEU, 2000, p. 27).

Pode-se pensar, por outro lado, que o debate traz à tona as (frequentes) problemáticas inerentes ao fenômeno do ativismo judicial. No entanto, embora a figura do ativismo judicial esteja associada à participação mais abrangente e intensa do Poder Judiciário em questões que visem à concretização de valores constitucionais a partir da interferência no espaço institucional dos demais poderes, não há, necessariamente, um confronto entre os poderes, mas tão somente o preenchimento

de determinados espaços vazios (BARROSO, 2019, p. 441-442). Assim, fica muito difícil interpretar a invasão de competência privativa do Presidente da República por parte do STF, baseada em meras suspeitas, como uma “ocupação de espaços vazios”, por exemplo. Trata-se, em verdade, de grave usurpação de competência constitucional que pode, em tese, gerar uma reação institucional que vise à preservação do princípio da separação dos poderes. Em tal cenário hipotético, não haveria por que se indignar mais com a reação (eventual intervenção militar) do que com a ação que lhe deu causa (a própria violação ao princípio).

Dito isso, entendemos que não é adequado, do ponto de vista acadêmico, encerrar o debate acerca das possibilidades hermenêuticas do artigo 142 sob a perspectiva ideológica de que eventual intervenção das Forças Armadas acarretaria, inexoravelmente, o retorno da ditadura militar, perspectiva esta que parece permear todos os fundamentos apresentados por aqueles que entendem não haver espaço constitucional algum para tal recurso extremo.

Além disso, é interessante notar que o Ministro Fux, em sua decisão monocrática, ao apreciar o pedido de restrição das missões constitucionais das Forças Armadas às hipóteses de intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, refere que “tamanho restrição à atuação das Forças Armadas” implicaria na realização, pelo STF, de um “recorte interpretativo que a própria Constituição não pretendeu efetuar”. Ora, conforme visto até agora, a Constituição não pretendeu efetuar qualquer das restrições à atuação das Forças Armadas pretendidas na ADI, tornando contraditória, também nesse aspecto, a decisão que deferiu, parcialmente, a liminar.

O Relator também sustentou que

a chefia das Forças Armadas assegurada ao Presidente da República consiste em poder limitado, do qual se deve desde logo excluir qualquer interpretação que permita indevidas intromissões no regular e independente funcionamento dos outros Poderes e instituições, bem como qualquer tese de submissão desses outros Poderes ao Executivo (FUX, ADI 6457, p. 24).

Ora, se a premissa de que o Presidente da República não pode efetuar intromissões indevidas no exercício dos demais poderes e instituições é verdadeira, da mesma forma o Poder Judiciário, por meio do STF, não poderia impedir o exercício das atribuições constitucionais privativas do Chefe do Poder Executivo federal com base em rumores, des-

respeitando frontalmente não só o princípio da separação dos poderes, como também o contraditório e o devido processo legal.

Completando o arcabouço jurídico que acomoda a controvérsia, é importante salientar que, a teor do artigo 2º-C da Lei 9.266, de 1996, o Diretor-Geral da PF pode ser livremente nomeado e demitido pelo Presidente da República, bastando que seja delegado da Polícia Federal integrante da classe especial. Essa previsão legal se coaduna perfeitamente com a atribuição privativa do Presidente da República prevista no inciso XXV do artigo 84 da Constituição e demonstra, uma vez mais, a impropriedade da intromissão perpetrada pelo STF no Poder Executivo, visto que o requisito legalmente previsto estava preenchido e não havia nada mais do que suspeitas e rumores acerca do desvio de finalidade.

Em acréscimo a estas considerações, causa espanto a ausência de critérios claros utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal nas mais diversas formas de interferência nos outros poderes políticos. Como se vê a partir do presente ensaio, o STF parece não se constringer ao usurpar funções próprias e privativas do Presidente da República, mas, de outro lado, em processos criminais envolvendo parlamentares, por exemplo, apresenta, por vezes, uma deferência exagerada em relação ao Poder Legislativo. Exemplo disso é a recente decisão, em caráter liminar, do Ministro Dias Toffoli nas Reclamações nº 42.389 e 42.355 no sentido de suspender investigações em curso no Estado de São Paulo envolvendo o senador José Serra, utilizando, dentre outras retóricas, o argumento de que “não se pode perder de vista o relevante papel que os membros do Congresso desempenham na estrutura do nosso Estado Democrático de Direito”, o que para ele justifica as prerrogativas e imunidades parlamentares previstas na Constituição. As decisões suspenderam as investigações estaduais até a apreciação do mérito dos processos pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes.

Embora esses exemplos se diferenciem bastante do mérito da controvérsia abordada no presente estudo, as premissas subjacentes são as mesmas, deixando clara uma contaminação política que obscurece as decisões do STF que se relacionam com os demais poderes e dão margem para o debate acerca de instrumentos aptos a solucionar eventuais conflitos institucionais, dentre os quais parece estar situada, como *ultima ratio*, a intervenção das Forças Armadas. Fechar as portas para esse debate seria o suprassumo da intolerância e do descaso para com o princípio da separação dos poderes políticos e para com os valores democráticos pregados pela Constituição de 1988.

Nessa linha, a fim de evitar a adoção de instrumentos deletérios para a democracia e obter o resultado de evitar a aglutinação excessiva de poderes por parte de um determinado poder político, faz-se necessário um sério e responsável debate acerca dos instrumentos constitucionalmente aptos a solucionar as tensões institucionais. Deve-se buscar meios que possibilitem a evolução institucional a partir das crises políticas ao invés de ficarmos presos em uma interminável jornada de progressos e retrocessos, com erros que se repetem e protagonismos políticos patológicos que se alternam em um comportamento institucional afeito à tirania – ora com a ascensão do Poder Executivo em detrimento dos demais, ora com a ascensão do Poder Judiciário sufocando as prerrogativas do Poder Executivo, sem falar na deferência do Poder Judiciário às excessivas prerrogativas de que dispõem os membros do Poder Legislativo a partir do Texto Constitucional, distinção absolutamente injustificável do ponto de vista democrático e que configura uma verdadeira chaga dentro do nosso Estado Democrático de Direito.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, percebe-se que as preocupações expostas por Ives Gandra Martins no texto em que defendeu a possibilidade de uma intervenção militar calcada no artigo 142 da Constituição são adequadas do ponto de vista hermenêutico, em especial se analisadas sob o império do princípio da separação dos poderes. Embora não se possa afirmar, conclusivamente, que o referido dispositivo constitucional permita a atuação das Forças Armadas para solucionar conflitos entre poderes políticos como muitos postulam, o argumento é sólido e a possibilidade interpretativa existe; e pode-se dizer que é, até mesmo, mais clara do que a conclusão em sentido contrário de que é impossível tal destinação constitucional.

As críticas feitas pelo professor Lenio Streck ao posicionamento de Ives Gandra Martins não parecem refutar, conclusivamente, os argumentos deste último. Em que pese estejamos de acordo com a posição de Streck no que toca à inviabilidade de as Forças Armadas funcionarem como uma espécie de “poder moderador” (e, repita-se, esta ideia não parece ter sido apontada por Ives Gandra Martins), sua conclusão de que a intervenção militar é inviável do ponto de vista da sistematicidade e da unidade da Constituição tem uma sustentação, aparentemente, frágil. Não se pode aceitar a intromissão indevida do órgão jurídico-político responsável pela guarda da Constituição em atribuições privativas de ou-

tro poder político e ignorar a existência de mecanismos de controle constitucional, tais como a intervenção das Forças Armadas para garantir os poderes constitucionais, por razões que parecem ser puramente ideológicas. A ideia de que uma intervenção militar com essa finalidade acarretaria, inevitavelmente, um novo período de ditadura militar no país não possui a solidez necessária para refutar essa possibilidade interpretativa. Além disso, uma intervenção desse tipo, por traumática que certamente seria, deveria ser feita em caráter excepcional e temporário até que os objetivos de pacificação estivessem assegurados, e sua possibilidade, do ponto de vista hermenêutico-constitucional, repise-se, existe.

No que se refere à decisão liminar nos autos do MS nº 37.097, que deu ensejo ao debate acima referido, verifica-se que o Ministro relator, ao suspender os efeitos do Decreto Presidencial que nomeava o Diretor-Geral da PF, fundamentou-se em meras suspeitas e rumores levantados em entrevista coletiva por um ex-integrante do governo, sem averiguar se tais suspeitas se confirmavam ou não, tampouco apresentando qualquer elemento probatório que sustentasse sua decisão. Essa intromissão indevida nas atribuições privativas do chefe do Poder Executivo, previstas constitucionalmente, parece ter violado de forma muito grave o princípio da separação dos poderes.

Os propósitos do presente ensaio não incluem o exaurimento do debate, até mesmo pela envergadura da discussão. Há, certamente, argumentos para ambos os lados, tanto em favor daqueles que negam a possibilidade de uma intervenção militar quanto para os que enxergam essa possibilidade no Texto Constitucional. Aparentemente, a Constituição viabiliza, em caráter excepcional e estritamente temporário, a intervenção das Forças Armadas para garantia dos poderes constitucionais quando seu adequado funcionamento se encontre ameaçado e não haja possibilidade de solução de impasses dentro da normalidade institucional. Entretanto, não se pretende aqui esgotar a questão, mas tão somente manter o debate em aberto.

Isto porque, a nosso ver, a temática assume tamanha importância dos pontos de vista jurídico, político e social que não nos parece apropriado desconsiderar argumentos tão consistentes que podem ser trazidos à baila acerca de princípios e valores fundantes da democracia, tais como o princípio da separação dos poderes. Aqueles que se contrapõem aos argumentos aqui sustentados devem apresentar suas construções argumentativas, e não simplesmente se utilizar de ideologias ou de fantasmas políticos do passado para fechar as portas ao diálogo e menosprezar

os argumentos do lado oposto, taxando-os, muitas vezes, de “antidemocráticos” simplesmente por não concordar com eles.

Aliás, a característica antidemocrática mais marcante que temos visto, atualmente, é a fuga ao debate e ao diálogo de muitos que têm vestido a roupagem de defensores da democracia, mas que fecham os ouvidos para todos que pensam de forma diferente. A arrogância nunca foi aliada dos bons debates teóricos e a ausência do debate, esta sim, é elemento que emperra o desenvolvimento científico e, a médio ou longo prazo, ameaça à democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade; PONTES, Roberto Carlos Martins; SANKIEVICZ, Alexandre. Parecer da Secretaria-Geral da Mesa da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/667144-camara-emite-parecer-esclarecendo-que-artigo-142-da-constituicao-nao-autoriza-intervencao-militar/>. Publicado em: 4 jun. 2020. Acesso em: 1 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 102/2019. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

BRASIL. Lei nº 9.266, de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9266.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 97, de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em 1 ago. 2020.

CAMPOS, João Pedroso de. Veja na íntegra os vídeos da reunião de Bolsonaro com ministros. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/veja-os-videos-da-reuniao-de-bolsonaro-com-os-ministros/>. Publicado em: 22 mai. 2020. Acesso em: 24 jul. 2020.

LABANCA, Marcelo; TEIXEIRA, João Paulo Allain; LEITE, Glauco Salomão; SANTOS, Gustavo Ferreira. O artigo 142 da Constituição e os malabarismos

constitucionais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-01/opiniao-artigo-142-constituicao#_ftn4. Publicado em: 1 jun. 2020. Acesso em: 29 jul. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Harmonia e independência dos poderes? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>. Publicado em: 2 mai. 2020. Acesso em: 24 jul. 2020.

MONTESQUIEU, C. L. S. O espírito das leis. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO Mundial da Saúde declara pandemia de coronavírus. Agência Brasil, 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-03/organizacao-mundial-da-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Publicado em: 11 mar. 2020. Acesso em 23 jul. 2020.

SCALETISKY, Felipe Santa Cruz Oliveira; COELHO, Marcus Vinicius Furtado; BINEMBOJM, Gustavo. Parecer da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58182/oab-divulga-parecer-sobre-inconstitucionalidade-das-propostas-de-intervencao-militar-constitucional>. Publicado em: 2 jun. 2020. Acesso em: 01 ago. 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

STF. ADI nº 6457. Relator Ministro Luiz Fux. DJ: 16 jun. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343439427&text=.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2020.

STF. MS nº 37.097. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 4 mai. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342983750&text=.pdf>. Acesso em: 1 ago. 2020.

STF. Presidente do STF suspende investigações contra senador José Serra. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=448495&ori=1>. Publicado em: 29 jul. 2020. Acesso em: 1 ago. 2020.

STRECK, Lenio. Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>. Acesso em 27/07/2020. Publicado em: 21/05/2020. Acesso em: 27 jul. 2020.

O ADVENTO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO POSSÍVEL QUEBRA DO PARADIGMA JURÍDICO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS UNICAMENTE AOS SERES HUMANOS¹

THE ADVENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A POSSIBLE BREAK OF THE LEGAL PARADIGM OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION BEING EXCLUSIVE TO HUMAN BEINGS

Vicente Fidelis Faccenda²

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

Não é de hoje que a discussão acerca da inteligência artificial vem adquirindo protagonismo nos debates acadêmicos das mais diversas áreas do conhecimento social. Seja no meio jurídico, científico ou artístico, já vivemos em uma realidade onde a convivência com diferentes formas de Inteligência Artificial se tornou parte do nosso cotidiano; a “Internet of Things” (IoT), antes uma mera projeção futurista de ficção científica, já pode ser considerada o status quo da nossa sociedade globalizada, aonde a Inteligência Artificial tem papel de destaque para que a sociedade de informação funcione dentro das suas características: informatizada e conectada.

-
- 1 Ensaio desenvolvido sob a orientação do prof. José Tadeu Neves Xavier, elaborado a partir de debates realizados no Projeto de Pesquisa Relações tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade: interesses públicos versus interesses privados, na Faculdade Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP).
 - 2 Mestrando em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na linha de pesquisa Tutelas à Efetivação de Direitos Públicos Incondicionados. Integrante do Grupo de Pesquisa Relações Tensionais entre Mercado, Estado e Sociedade e Interesses Públicos versus Interesses Privados, coordenado pelo Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier. Advogado, LLM em Direito Global e Tecnologia pela Suffolk University Law School. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

O modo como a nossa sociedade vem recebendo essas significantes mudanças passa fortemente pela maneira como o ordenamento jurídico trata as inovações tecnológicas. É importante destacar que é papel fundamental, tanto do acadêmico de direito, como do julgador e do legislador, estar conectado com a realidade latente do advento da Inteligência Artificial como agente determinante de relações complexas e intersubjetivas: segundo Phillip Sales, “law should go with the flow and channel it, rather than merely resist it.” (SALES, 2019, p. 3). Nesse contexto, uma questão importante surge como possível divisor de águas na discussão acerca dos direitos envolvendo Inteligência Artificial: a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como resultado de importantes desenvolvimentos e progressos da humanidade.

A discussão a respeito da dignidade humana está intimamente conectada às reflexões referentes a atribuição de direitos a entidades não-humanas, como a inteligência artificial.

Não há como abordar dignidade humana sem fazer um breve apanhado histórico da evolução do princípio, uma vez que a dignidade humana não se trata apenas de mais um princípio constitucional, mas sim de um conceito abrangente com conteúdo material determinante, originando e “criando” direitos, podendo até se interpretar do conteúdo da dignidade humana a própria concepção de que os seres humanos são sujeitos de direitos. O problema aparece, dentro desse contexto, a partir da pergunta que analisa se poderia, ou não, incluir a Inteligência Artificial como sujeito de direitos e deveres, dentro do que se pode alcançar nos limites da autonomia de uma entidade não-humana. Inclusive, recentemente, algumas formas de inteligência artificial, a exemplo dos algoritmos, foram criadas e desenvolvidas com o objetivo de produzir obras de potencial artístico e criativo, surgindo a concepção denominada de “robôs artistas”. Até o momento, a legislação está longe de apresentar soluções concretas, com apenas algumas sementes sendo plantadas, a exemplo do Parlamento Europeu com seu Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, estabelecendo que fosse elaborada proposta legislativa de regras de Direito Civil sobre robótica. A metodologia de abordagem utilizada para a investigação da temática é o método dedutivo, pelo qual a doutrina, em conjunto com definições conceituais específicas, são analisadas com o intuito de se chegar à conclusão mais adequada. A resposta está longe de ser simples, e não se propõe e nem se faz possível no atual momento de desenvolvimento tecnológico alcançar uma resposta definitiva, mas sim compreender o que é

preciso para que um dia a nossa sociedade possa estar pronta para chegar a uma resposta. O resultado da pesquisa é voltado para o entendimento de que ainda não é possível incluir a inteligência artificial como um sujeito de direitos e deveres.

2 A PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA COMO RESULTADO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA SOCIEDADE E DAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS

O ser humano e sua respectiva integração com a comunidade passaram por profundas transformações com o passar dos séculos, culminando em sociedades complexas e organizadas onde, juridicamente falando, existem marcos que serviram como sementes da estrutura atual, como a Magna Carta, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e as primeiras Constituições burguesas: do convívio em grandes grupos, criou-se concepções de que nós, humanos, somos sujeitos que contemplam direitos e deveres. É possível afirmar que os grandes marcos da civilização se consolidaram a partir da concepção de que o ser humano é um ente comunicativo; tal ponto é central para que se entenda o desenvolvimento do indivíduo inserido em uma sociedade democrática, pois segundo Jurgen Habermas “...podem pretender validade as normas que poderiam encontrar o assentimento de todos os potencialmente atingidos, na medida que estes participam em discursos racionais” (HABERMAS, 1997, p. 164). Começando pela noção bíblica e religiosa, pela ideia da criação do homem como um reflexo da imagem de Deus – segundo Sarmento, até hoje essa tradição religiosa é evocada para explicar a dignidade humana (SARMENTO, 2016, p. 28). Na Idade Média e no feudalismo, a questão da dignidade se manteve travada diante dessa perspectiva religiosa; as mudanças drásticas começaram com o advento da corrente Iluminista na Idade Moderna, com as Constituições burguesas que surgiram por meio do processo revolucionário, principalmente francês e norte-americano: “...a tendência universal dos direitos e deveres humanos ligada à emergência dessa compreensão igualitária da ideia de dignidade da pessoa.” (SARMENTO, 2016, p. 38). A dignidade humana como princípio jurídico começou a se consolidar internacionalmente no contexto do pós-guerra, após o mundo tomar conhecimento dos horrores nazistas.

Dessa constante interação entre seres humanos, que são entes comunicativos, pregou-se definitivamente então o chamado respeito à

dignidade humana. Internacionalmente, tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos como os pactos internacionais sobre direitos civis e políticos e sobre os direitos sociais e econômicos, em seus respectivos preâmbulos, destacam a proteção a dignidade humana, enquanto que na nossa Constituição Federal, este preceito se destaca com um de seus fundamentos. A doutrina majoritária vem encontrando dificuldades em conceituar a dignidade humana, uma vez que, na prática, o teor abstrato da dignidade parece deixar muitas margens para interpretações diferentes e, conforme Luís Alberto Barroso (BARROSO, 2010, p. 9), com forte tendência a se utilizar da dignidade como mera argumentação jurídica ou mesmo como reflexo de uma moral religiosa específica. No entanto, importante salientar as contribuições doutrinárias no sentido de definir, com clareza, quais são os núcleos protetivos da dignidade, materializando o sentido da dignidade da pessoa humana. André de Carvalho Ramos afirma que “a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer” (RAMOS, 2018, p. 84).

Dentro dessa materialização, destacam-se os três elementos essenciais da dignidade humana: o valor intrínseco, a autonomia e o valor comunitário da pessoa humana. Daniel Sarmiento afirma que o valor intrínseco é basicamente “onde todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por ser pessoas” (SARMENTO, 2016, p. 104). Luís Alberto Barroso, por sua vez, sustenta que a autonomia envolve a capacidade que um indivíduo tem de se autodeterminar, decidindo os caminhos da própria vida ao mesmo tempo que constrói sua personalidade, enquanto que o valor comunitário “traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, seguindo seus padrões civilizatórios” (BARROSO, 2010, p. 24-27).

Importante também a contribuição de Ingo Wolfgang Sarlet enfatizando que a dignidade da pessoa humana também abrange o chamado mínimo existencial, que engloba “todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna (portanto, saudável)” (SARLET, 2013, p. 38). Não obstante, a dignidade humana ganha tal magnitude que é amplamente utilizada, tanto aqui no Brasil como em outros países, como critério de interpretação da Constituição, fortificando a ligação do princípio com o respeito aos direitos humanos:

...a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento

basilar da República obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos, mas, também, eleger em seu processo hermenêutico a interpretação que lhe garanta maior e mais ampla proteção. (MORAES, 2016, p. 71)

Portanto, a dignidade da pessoa humana vem de um longo trajeto até chegar ao patamar atual onde, conforme Luís Alberto Barroso a dignidade da pessoa humana serve tanto como justificativa de ordem moral como fundamento normativo para um sistema que respeita direitos fundamentais (BARROSO, 2010, p. 11). No momento que se reconhece uma nova entidade que participa efetivamente das relações humanas consolidadas a partir do respeito à dignidade humana, precisa-se buscar analisar se uma Inteligência Artificial, criada a partir dos avanços tecnológicos do homem, poderia eventualmente ser sujeita à direitos e deveres – o que se interliga diretamente ao quesito autonomia destas entidades não-humanas.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL COMO CRIAÇÃO DOS SERES HUMANOS – DEPENDÊNCIA OU INDEPENDÊNCIA

A valorização da dignidade humana é uma conquista dos direitos do indivíduo. O ser humano, por sua vez, usa de suas capacidades inerentes para o progresso das ciências e da tecnologia e, a partir disso, temos o advento da Inteligência Artificial. Seria todo o percurso percorrido pela civilização, que culminou em uma estrutura democrática que resguarda direitos e deveres a partir de uma concepção de dignidade humana, um impeditivo para que entidades não-humanas tivessem direitos? Ou mesmo a própria noção de dignidade humana poderia ser estendida à Inteligência Artificial, considerando que potencialmente esta pode vir a ter uma participação efetiva na sociedade? Estes são questionamentos atuais que tem ocupado a atenção de muitos estudiosos do Direito – e mesmo de fora dele –, que estão à espera de respostas que possam auxiliar na melhor compreensão do espaço que a Inteligência Artificial assumirá na sociedade.

O ponto principal de análise dessa problemática é o que concerne a autonomia da inteligência artificial e o quanto de desenvolvimento a autonomia avançou, tendo como referência o ser humano. O desenvolvimento tecnológico da inteligência artificial tem sido fulminante nas últimas décadas; ideias que antes pertenciam a um imaginário futurista da ficção científica, hoje vão, aos poucos, sendo parte do nosso cotidiano..

Neste cenário, vale lembrar a lição formulada por Robert Alexy sustentando que existem requisitos descritivos necessários para que se chegue à definição de pessoa necessária para fins de dignidade da pessoa humana, explicando: “one who fulfills the condition of, first, intelligence, second, sentiment, and third, reflexivity in the form of cognitive, volitive, and normative reflexivity is a person” (ALEXY, 2016, p. 90).

Hoje, a Inteligência Artificial dos chamados algoritmos já é imensamente popular. Basicamente a função algorítmica envolve instruções que seguem vários passos, por meio de um processo mecânico, para que se chegue a um determinado fim; segundo Maja Brkan alguns algoritmos já resultam na chamada “automated decision-making”, que é basicamente a tomada de decisão independente dos humanos, com informações prévias colocadas ou não por humanos (BRKAN, 2019, p. 94).

Os algoritmos já se encontram em um momento de desenvolvimento suficiente para se chegar ao chamado machine-learning, considerado por muitos, como Harry Surden “...the most significant and impactful approach to artificial intelligence. It underlies most of the major AI systems impacting society today, including autonomous vehicles, predictive analysis, fraud detection, and much of automation in medicine” (SURDEN, 2019, p. 1315). O juiz da Suprema Corte britânica Lord Phillip Sales define tal processo como “whereby an algorithm optimizes its responses through experience as embodied in large amounts of data, with limited or no human interference” (SALES, 2019, p.4); e, nesse processo, a inteligência artificial algorítmica, embora dependente da ação humana para ser inicialmente programada, já possui uma capacidade de aprender com experiências novas. Porém, importante destacar a limitação do machine learning, onde esse processo não replica os sistemas neurais do ser humano, mas sim examina muito mais informações e detecta padrões adicionais nessas informações que auxiliam na tomada de decisões (SURDEN, 2019, p. 1312).

A questão relativa a autonomia da inteligência artificial, principalmente quando se pensa nos algoritmos, parece bem distante da noção da autonomia que os seres humanos possuem e que, conforme exposto, é materialização fundamental da dignidade da pessoa humana. Uma possível “dignidade da inteligência artificial” parece muito longe do nosso atual paradigma tecnológico.

Entretanto, algumas experiências merecerem ser referidas.

Marco Aurélio de Castro Junior, ao se debruçar sobre a problemática do que chamou de personalidade jurídica do robô, informa sobre

a existência de julgados que se relacionam com computadores, trazendo à colação o caso *Ward v. Superior Court of California*, decidido em 1972, no qual um computador foi interrogado em juízo, pois continha informações que foram obtidas ilicitamente por seu dono em máquina alheia; e, em outras oportunidades foram consideradas negligentes condutas de pilotos humanos que deixaram de observar as orientações de pilotos automáticos, considerando que deveriam prevalecer estas sobre aquelas – casos *Klein v. U.S.*, e *Wells v. U.S.* (CASTRO JUNIOR, 2009, p. 184).

O Parlamento Europeu aprovou em 2016 o *Draft Report with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics*, propondo à Comissão Europeia que redija proposta legislativa de regras de Direito Civil sobre robótica e, pontualmente em seu item 59, alínea ‘f’, recomenda à Comissão que crie um status legal específico para robôs a longo prazo, de modo que pelo menos os robôs autônomos mais sofisticados possam ser estabelecidos como tendo o status de pessoas eletrônicas responsáveis por reparar qualquer dano que possam causar e, possivelmente, aplicando personalidade eletrônica a casos onde robôs tomam decisões autônomas ou interagem com terceiros de forma independente. A Resolução do Parlamento Europeu faz menção, ainda, a adoção de um registro obrigatório para estes robôs e a criação de um seguro com o intuito de responder frente aos danos causados por estes. Neste sentido, seria possível se cogitar de uma *e-personality* ou personalidade eletrônica aos robôs autônomos (inteligentes). Nota-se na iniciativa europeia um claro objetivo de oferecer regulamentação que venha a resolver questões pertinentes à responsabilidade civil, mas mesmo assim representará um marco regulatório de especial relevância na evolução da temática do tratamento e condição jurídica dos robôs inteligentes.

O impacto da Inteligência Artificial também se faz sentir no âmbito do Direito Autoral, colocando em discussão a titularidade de obras criadas por máquinas. Recentemente foi tornado público o projeto *The Next Rembrandt*, capitaneado por uma universidade e o Museu Rembrandt, que por meio da inserção de todas as obras conhecidas deste artista em um sistema de Inteligência Artificial e sob o comando de elaboração de um retrato usando os padrões do artista (com reprodução da imagem de um homem branco, entre 30 e 40 anos, de barba, com roupas escuras, com colarinho branco, usando chapéu), alcançou um resultado extremamente próximo as obras deste pintor (CANTALI, 2018).

Estas são algumas ilustrações sobre a evolução e o estado da arte da temática sobre a condição jurídica da Inteligência Artificial.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda parece cedo para que se possa tomar uma conclusão definitiva a respeito da inclusão de entidades de inteligência artificial como sujeitos autores e receptores de direitos e obrigações. O desenvolvimento tecnológico se encontra em plena expansão, onde o que o público em geral tem conhecimento nem sempre é o estado da arte de fato – muitos adventos novos são protegidos por segredo industrial e só virão a público futuramente.

Processos complexos e avançados como os que envolvem o chamado “machine-learning” fazem com que as máquinas deem um passo a mais no que diz respeito a sua autonomia. Não seria irrealista imaginar que, em um futuro não tão distante, a inteligência artificial será desenvolvida até um ponto de avançada cognição, semelhante a de um ser humano, assim se aproximando dos requisitos propostos por Robert Alexy (ALEXY, 2016).

A dignidade humana, embora ainda não consiga ser utilizada para justificar os direitos das entidades não humanas, nos ensina, por meio de sua função integradora, que a inteligência artificial como criação do ser humano e já integrante da sociedade deve ser utilizada com sabedoria e, principalmente, com respeito a vida humana em eventuais tomadas de decisões, seja decisões pré-programadas por humanos ou decisões tomadas a partir do machine-learning.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Human Dignity and Proportionality Analysis. Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL], v. 16, Edição Especial, p 83-96, 2015.

BARROSO, Luís Alberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público, 2010. Disponível em http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.

BRKAN, Maja. Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond. Oxford. International Journal of Law and Information Technology, v. 27, p. 91-121, jan. de 2019.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência artificial e Direito de Autor: tecnologia disruptiva exigindo reconfiguração de categorias jurídicas. *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, v. 4, n; 2, p. 1-21, jul.-dez. de 2018.

CASTRO JUNIOR, Marco Aurélio de. Personalidade jurídica do robô e sua efetividade no Direito. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Editora Tempo Brasileiro. Rio de Janeiro, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª edição, São Paulo, Atlas, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª edição, São Paulo, 2018.

SALES, Phillip. *Algorithms, Artificial Intelligence and the Law*. Disponível em <https://www.supremecourt.uk/docs/speech-191112.pdf>.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 1, n. 1, p. 29-44, dez. de 2013.

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

SURDEN, Harry. *Artificial Intelligence and Law: and Overview*. *Georgia State University Law Review*, v. 35, p. 1305-1337, 2019.

A ATUAÇÃO CONJUNTA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE NO COMBATE ÀS PRÁTICAS CORRUPATIVAS: UMA ANÁLISE DA ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO NA PERSPECTIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS¹

INTEGRATED ACTION BETWEEN STATE AND SOCIETY IN THE COMBAT OF CORRUPTION PRACTICES: AN ANALYSIS OF NATIONAL STRATEGY AGAINST CORRUPTION AND MONEY LAUNDERING IN PERSPECTIVE OF PUBLIC POLICIES

Rogério Gesta Leal²
Chaiene Meira de Oliveira³

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar de que forma a atuação conjunta entre Estado e sociedade contribui para o combate às práticas corruptivas a partir da análise da Estratégia Nacional de Com-

-
- 1 O presente artigo foi desenvolvido com base nas pesquisas realizadas no grupo de estudos “Estado, administração pública e sociedade” coordenado pelo professor doutor Rogério Gesta Leal vinculado ao Programa de Pós Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.
 - 2 Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC e da FMP. E-mail: gestaleal@gmail.com.
 - 3 Advogada. Servidora pública municipal. Graduada em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (2018). Mestranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa CAPES modalidade II (2019-2021). Pós-graduanda em Direito Penal e Processual Penal na Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. E-mail: chaienemo@outlook.com.

bate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) na perspectiva das políticas públicas. O tema da pesquisa está relacionado ao estudo da atuação conjunta entre Estado e sociedade no combate às práticas corruptivas estando delimitado ao contexto brasileiro a partir da análise da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) enquanto política pública de promoção da transparência e do controle social e consequente concretização do direito fundamental à boa administração pública. Com base nas características da atuação da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro enquanto política pública, tem-se o seguinte problema de pesquisa: de que forma a atuação conjunta entre Estado e sociedade contribui para o combate à corrupção?

No campo teórico a justificativa para realização do presente estudo centra-se no fato de que devido à complexidade das relações estabelecidas entre Estado e sociedade, o combate à corrupção é um dever a ser compartilhado por ambas esferas. Com isso, a análise da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro enquanto política pública se torna essencial no momento em que tal medida, conforme será demonstrado, proporciona dentre outras ações, a transparência e fomento ao controle social, instrumentos essenciais para o combate às práticas corruptivas. A referida política pública, bem como o instrumento específico mencionado, relacionam-se diretamente com o direito fundamental à boa administração pública, o qual entende-se ser um dos campos necessários de análise quando verificada essa integração entre as esferas pública e privada. Além disso, a pesquisa justifica-se por estar relacionada à linha de pesquisa do programa no constitucionalismo contemporâneo, bem como aos estudos desenvolvidos pelos autores no campo da administração pública, Estado, sociedade e combate à corrupção.

A hipótese inicial é no sentido de que a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro constitui uma importante política pública a ser utilizada no combate às práticas corruptivas sendo uma das formas de atuação conjunta entre Estado e sociedade no momento em que na sua formação há representantes das esferas pública e privada, bem como as ações desenvolvidas objetivam resultados a médio e longo prazo, os quais envolvem a transparência e o controle social. Ademais, por meio de tais ações conjuntas, é possibilitada e fomentada a concretização do direito fundamental à boa administração pública, o qual engloba dentre outros fatores a moralidade, a dignidade da pessoa humana e também a confiança nas instituições e órgãos públicos.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo na medida em que partindo da situação ampla quanto a relação estabelecida entre Estado e sociedade no combate às práticas corruptivas passa-se ao estudo específico da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro enquanto política pública. O método de procedimento adotado é o monográfico e a técnica de pesquisa: pesquisa em livros, revistas, periódicos, teses, dissertações, dentre outros meios.

Em conformidade com os objetivos específicos, o estudo está dividido em três etapas, inicialmente pretende-se identificar os aspectos da relação estabelecida entre Estado e sociedade na atualidade verificando a sua complexidade sobretudo no combate à corrupção. Após, visa-se descrever os procedimentos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) enquanto política pública de combate às práticas corruptivas com foco no instrumento escolhido, qual seja a ampliação da transparência e do controle social e conseqüente promoção do direito fundamental à boa administração pública. Por fim, busca-se analisar de que forma a atuação conjunta entre Estado e sociedade contribui para o combate à corrupção no contexto da política pública analisada estabelecendo diretrizes críticas para a sua reformulação diante do instrumento e direito fundamental analisado.

2 APONTAMENTOS INTRODUTÓRIOS QUANTO A COMPLEXA RELAÇÃO ESTABELECIDADA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE

As relações entre o Estado e o mercado sempre foram de extrema complexidade desde o começo das civilizações, contudo, a sua intensificação tem gerado novos desafios no que tange a prevenção e ao combate às práticas corruptivas, isto porque tais relações são complexas e demandam a adoção de medidas pontuais por parte da administração pública em conjunto com a sociedade.

Sobre este aspecto, importante trazer a relação deste fenômeno com a ocorrência da corrupção sendo que Rose-Ackerman (2001) ao abordar a temática, afirma que a corrupção é um dos sintomas de que algo não está funcionando bem na gestão do Estado sendo que as instituições públicas tem como função gerenciar as relações entre o Estado e os cidadãos e muitas vezes, utilizam deste mecanismo para enriquecimento pessoal e para proporcionar benefícios aos corruptores. A autora ao relacionar a corrupção encontrada no setor privado e no setor público, define que a corrupção descreve, entre outros aspectos, a relação existente

entre o Estado e o setor privado. Ou seja, além de outras consequências, a forma como Estado e sociedade se relacionam impacta diretamente nos níveis de corrupção, o modo como é percebida e tratada.

Por sua vez, Rodriguez-Araña (1993) traz em sua obra, a qual tem como foco a ética pública, que um dos aspectos mais relevantes a serem combatidos neste âmbito é a corrupção tendo em conta que esta ao ser concebida enquanto a utilização dos recursos públicos para obtenção de vantagens particulares, é um fenômeno que sempre está sendo produzido nas sociedades porque em todo setor público sempre há indivíduos que não estão seguindo as regras do jogo.

Ademais, a dificuldade em estabelecer mecanismos para o seu combate justifica-se pelo fato que o fenômeno é considerado como algo normal nas relações sociais e conseqüentemente está presente de forma pontual nas relações entre o Estado e a iniciativa privada. Assim, este contexto faz com que a impotência dos funcionários públicos para controlar os atos tidos como imorais faz com que seja necessário o estabelecimento de critérios de ética pública.

Da leitura da obra de Rodriguez-Araña, entende-se que a ética pública mencionada pelo autor pode ser vista no Brasil como parte do princípio da moralidade administrativa. Desse modo, verifica-se que um dos principais problemas da intensificação das relações público e privadas é a ausência de diferenciação entre o que são bens públicos e os bens particulares, gerando assim, práticas corruptivas contrárias a moralidade e aos demais princípios da boa administração, o que foi possível observar ao estudar todo o contexto histórico e normativo das patologias corruptivas no país.

Devido a estas relações, nas palavras de Moreira Neto (2001), a realidade vem sendo alterada e a administração pública passa a ser a junção de um Estado “subsidiário à sociedade”, não podendo ser compreendida apenas como um conjunto de prerrogativas do Estado. Assim, não é mais exigida tão somente a eficácia dos atos públicos, da forma que era vista há algumas décadas, sendo acrescida também a exigência de que estes sejam em conformidade com a licitude e legitimidade, sempre justificando as demandas públicas com base na moralidade e na eficiência, as quais passam a ter status constitucional.

Diante destas considerações, entende-se que se torna necessária a adoção de políticas públicas de combate à corrupção, as quais necessitam a atuação conjunta entre Estado e sociedade na medida em que as necessidades das esferas pública e privada, são distintas, mas não totalmente

separadas. Com isso, a participação entre os órgãos públicos e sociedade civil é essencial para o estabelecimento de metas e obtenção de melhores resultados. Por tal motivo, escolheu-se analisar a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) enquanto política pública, tendo como foco o instrumento da ampliação da transparência e do controle social, o qual por sua vez, relaciona-se diretamente com o direito fundamental à boa administração pública.

3 A ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES INICIAIS E INSTRUMENTOS UTILIZADOS

Inicialmente, acredita-se ser necessário trazer breves considerações quanto a política pública escolhida, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) é uma iniciativa que tem por objetivo a atuação interinstitucional e multidisciplinar, envolvendo diversos órgãos da administração pública com membros dos poderes legislativo e judiciário, do Ministério Público e ainda da sociedade civil. Conforme consta no site institucional (ENCCLA, 2020)⁴, a sua criação ocorreu no ano de 2003, mesmo período em que foi fundado o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção por meio do Decreto nº 4.923/2003. No ano de 2006, foi acrescentada a atribuição de formulação de políticas públicas de combate à corrupção, sendo que o referido conselho continuou presente, inclusive passando por alterações legislativas, o que evidencia a atuação conjunta de ambas entidades na formulação e acompanhamento de políticas públicas de prevenção e combate à corrupção.

Ademais, conforme consta no Plano de Diretrizes de Combate à Corrupção – Ação 01/2018 (ENCCLA, 2018), trata-se de uma rede de articulação com a função de discutir políticas de combate à corrupção, não tendo a atribuição de executar tais medidas. Estando composta por servidores públicos qualificados das diversas esferas de poder, é conferida à ENCCLA a possibilidade de realizar uma análise transversal do tema possibilitando o desenvolvimento de diretrizes de médio e longo

4 Para fins de organização ao longo do texto, as referências das citações do site institucional e documentos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro serão trazidas de forma abreviada sem prejuízo da referência completa ao final do texto.

prazo para o combate à corrupção. Embora certos autores discutam a sua natureza enquanto política pública, entende-se que a ENCCLA pode ser configurada enquanto política pública de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro.

Para fins de organização, os instrumentos que compõem as políticas públicas podem ser divididos entre: a) planos: Os planos, denominados como objetivos estratégicos, conforme infográfico da página 12 do Plano de Diretrizes de Combate à Corrupção – Ação 01/2018, estão divididos em três categorias (prevenção, detecção, punição), os quais subdividem-se entre: fortalecer os instrumentos de governança, integridade e controle no setor público; aprimorar as relações entre os setores público e privado; aprimorar os mecanismos de coordenação e atuação estratégica e operacional do setor público no enfrentamento da corrupção; ampliar a transparência pública e a participação social; aumentar a efetividade do sistema preventivo de lavagem de dinheiro; aumentar a efetividade do sistema administrativo sancionador; aumentar a efetividade da recuperação de ativos.

Bem como, b) programas: quanto aos programas, é possível citar a implementação de programas de capacitação dos agentes públicos com o objetivo de qualifica-los para o exercício de suas funções, bem como prepara-los para a prevenção e detecção de práticas corruptivas e/ou lavagem de dinheiro. Além disso, conforme consta no Plano de Diretrizes de Combate à Corrupção – Ação 01/2018, dentre os objetivos da ENCCLA, os quais encontram-se em execução, está o de incentivar a adoção de programas de integridade pelos órgãos públicos. Além disso, as políticas públicas também são compostas por c) ações: as ações da ENCCLA estão divididas entre: capacitação, estruturação de órgãos, implementação de sistemas, normatização e produção de conhecimento. Como forma de exemplificar, é possível citar as ações propostas para o ano de 2020, nas quais insere-se o aprimoramento do sistema vigente de controle de gastos de campanha eleitoral, bem como a identificação de outras medidas relevantes a evitar/coibir o mau uso de verbas eleitorais; e também a ação de aprimorar os mecanismos de compartilhamento de informações entre órgãos administrativos de fiscalização e controle, e entre estes e os de persecução criminal e improbidade administrativa, com vistas a preservar a segurança jurídica .

É possível citar ainda d) atividades: As atividades relacionam-se com as ações propostas pela ENCCLA, considerando que foram muitas as atividades desenvolvidas ao longo de dezessete anos de estruturação,

cita-se como exemplo aquelas relacionadas ao instrumento escolhido para análise, citando como forma exemplificativa os cursos de capacitação de agentes públicos ofertados, bem como quanto a produção de conhecimento, o material disponibilizado de forma gratuita e acessível à população em seu site institucional.

E, por fim, e) resultados: quanto aos resultados, destacam-se os principais objetivos atingidos dentre os relacionados com o instrumento da política pública escolhido para análise, qual seja, o de promoção da transparência. Assim, no que tange aos sistemas, foi desenvolvido o aplicativo “As diferentes”, por meio do qual cidadão consegue identificar padrões diferenciados na distribuição de recursos públicos e comparar os recursos recebidos e gastos por municípios. Ainda, foram criados, por meio de estratégias conjuntas, o Cadastro de Entidades Inidôneas e Suspeitas (CEIS), mantido pela Controladoria-Geral da União e o Cadastro Nacional de Entidades (CNEs), sob gestão do Ministério da Justiça, os quais possibilitam uma maior transparência dos atos públicos, exigindo a fiscalização constantes sobretudo por parte da sociedade e dos órgãos fiscalizatórios no exercício de suas atividades. Outros resultados alcançados, também relacionados com o instrumento escolhido para análise é a criação do Laboratório de Tecnologia contra a Lavagem de Dinheiro, modelo o qual foi replicado em diversas unidades da federação utilizando-se de uma rede integrada de tecnologia.

Uma observação quanto ao aplicativo mencionado acima é que por meio da Ação 02/2016 (ENCCLA, 2016), definida em reunião realizada no ano de 2015, foi traçado como objetivo a criação de instrumentos de participação social efetiva, possibilitando o fomento à transparência e aumentando as possibilidades de monitoramento pela sociedade civil, o que resultou na criação do mecanismo. Isso demonstra o fechamento do ciclo entre planejamento, desenvolvimento de ações e resultados alcançados pela política pública.

Considerando a ampla atuação da ENCCLA, escolheu-se como instrumento principal para análise, o da ampliação da transparência e controle social, conforme mencionado no início do trabalho. Importante destacar que o referido instrumento engloba diversas ações promovidas por variados entes, os quais compõem a Estratégia Nacional de combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Tal escolha não significa criar uma hierarquia entre os instrumentos utilizados pela política pública, mas sim, para possibilitar uma melhor análise entre a atuação conjunta

entre Estado e sociedade no momento em que este instrumento envolve o direito fundamental à boa administração pública.

Para argumentar quanto a justificação do papel desenvolvido pelo principal instrumento da política pública escolhida, qual seja, o da ampliação da transparência e do controle social, utilizar-se-á inicialmente como base os critérios definidos por Reck (2018) para identificação de uma política pública, no caso da Estratégia Nacional de combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, um conjunto de políticas públicas desenvolvidas.

Dentre os critérios apontados pelo autor, destacam-se: a) um discurso que segue às demandas sociais: tanto a relação à política pública quanto ao instrumento está em conformidade com as demandas sociais, de combate à corrupção e à lavagem de dinheiro de uma forma ampla e especificamente quanto a maior transparência e publicidade dos atos públicos; b) direito como meio de organização dos engajamentos para ação: restou evidente que todas as ações desenvolvidas no âmbito da ENCCLA utilizam-se uma matriz jurídica para o desenvolvimento de suas atividades, o que perpassa desde os entes envolvidos na articulação das políticas públicas até a forma pela qual estas são realizadas; c) materialização dos direitos fundamentais: dentre outros direitos, o direito fundamental à boa administração pública é o que se torna mais evidente no momento em que a preocupação em combater os atos corruptivos relaciona-se diretamente com o agir dos agentes públicos no manuseio do patrimônio estatal e alocação de recursos na concretização dos demais direitos fundamentais sociais, tais como a saúde e a educação.

Quanto ao próximo item, d) ligação com as organizações governamentais: as organizações no âmbito da política pública escolhida são responsáveis pela articulação, realização e fiscalização das metas desenvolvidas; e) influência da sociedade por ela mesma ou parte dela: a sociedade neste caso desenvolve um papel fundamental tanto que faz parte do sistema de articulação da política pública tendo suas ações voltadas desde o planejamento até a fiscalização; f) tentativa de modificação consciente da sociedade: do mesmo modo, a ENCCLA busca não apenas uma mudança de perspectiva governamental ou legislativa, mas também na forma de atuação da sociedade o que é evidente no instrumento de transparência e controle social, o qual é desenvolvido essencialmente pelos atores sociais.

Na sequência, é possível mencionar também: g) programas que se protraem no tempo: este é outro aspecto verificado ao estudar a referida política pública uma vez que as estratégias e programas desenvolvidos não são momentâneos tendo em vista a sua permanência e incorporação

na sociedade brasileira tanto que são constantemente aperfeiçoados; h) uso do poder administrativo: também restou verificado principalmente no que se refere a composição da ENCCLA majoritariamente por órgãos públicos; i) predominância e discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos: na leitura do histórico da ENCCLA e forma como desenvolve as suas atividades, também foi verificada a predominância de discursos pragmáticos, o que será analisado especificamente na sequência e por fim; j) coerência narrativa interna que possibilite a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo: há uma coerência na narrativa da ENCCLA no que se refere aos seus objetivos, qual seja o combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, o que é observado na forma como os integrantes da estratégia articulam suas políticas públicas com o mesmo objetivo em comum, tanto a nível estadual quanto federal.

Esclarecidas as questões iniciais da ENCCLA enquanto política pública, estando expostos os aspectos introdutórios, bem como os instrumentos que a compõem e critérios de articulação enquanto política pública, passa-se a verificar especificamente em que medida a atuação conjunta entre Estado e sociedade ocorre no âmbito destas ações tendo como foco o instrumento escolhido, qual seja, a ampliação da transparência e do controle social considerando o entendimento de que este tópico relaciona-se diretamente com o direito fundamental à boa administração pública, que por sua vez conecta-se de forma direta com tais ações em conjunto.

4 A ATUAÇÃO CONJUNTA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE NO COMBATE ÀS PRÁTICAS CORRUPATIVAS, PERSPECTIVAS A PARTIR DA POLÍTICA PÚBLICA ANALISADA E DIRETRIZES CRÍTICAS

Denota-se inicialmente, que a formação da ENCCLA, por si só, já evidencia a atuação conjunta entre Estado e sociedade na medida em que na sua composição estão presentes membros dos três poderes e também da sociedade civil. Além disso, restou demonstrado que as suas ações ocorrem de maneira conjunta objetivando o alcance das metas estipuladas a cada período, passando por uma posterior verificação de resultados. Com isso, passa-se a analisar com base nos instrumentos envolvidos na política pública tendo como foco a ampliação da transparência e do controle social e a conseqüente busca pela concretização do direito fundamental à

boa administração pública, de que forma tal atuação conjunta é percebida formulando diretrizes críticas quanto a referida política pública.

Especificamente quanto aos instrumentos tradicionais envolvidos na política pública, também estudados por Reck (2018), o instrumento escolhido, qual seja a ampliação da transparência e do controle social, engloba: a) a criação de legislação penal, civil, administrativa; b) fomento; c) regulação; d) serviço público; e) intervenção da administração pública na propriedade e na economia, bem como, f) programas administrativos. Quanto a criação de legislação, a ENCCLA participou da elaboração de diversos anteprojetos e propostas de alterações a projetos de lei em andamento, envolvendo diversos temas, dentre os quais é possível citar: organizações criminosas, lavagem de dinheiro Lei 12.683/12, extinção de domínio, prescrição penal, intermediação de interesses, sigilo bancário e fiscal, improbidade administrativa, responsabilização da pessoa jurídica.

No que tange ao fomento, exemplifica-se com a criação do Sistema Nacional e Bens Apreendidos (SNBA), o qual é gerido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o fomento à alienação antecipada de bens, o que resultou em melhorias do instituto, o qual foi modificado pela Lei 12.683/12 e Lei 12.694/12 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2020).

Entende-se que os demais instrumentos inerentes às políticas públicas estão englobados nas ações. Restou evidente que por se tratar de um sistema de políticas e ações desenvolvidas ao longo de mais de uma década de atuação, os instrumentos utilizados são específicos para cada uma das atividades desenvolvidas, o que por si só já ressalta a sua importância na construção de uma política eficaz no combate à corrupção e à lavagem de dinheiro, o que foi destacado ao mencionar os resultados já alcançados. Assim, cada ente envolvido deverá exercer suas ações voltadas para a concretização da política pela qual é responsável, isso ocorre tanto no âmbito de sua competência territorial, seja municipal, estadual ou federal quanto no de suas funções atribuídas pela legislação, o que não exclui a responsabilidade de uma atuação conjunta respeitados os limites de cada um.

Especificamente quanto a argumentação ética e moral do instrumento escolhido, este relaciona-se acima de tudo com a moralidade administrativa, elencada nos princípios descritos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, o qual, em síntese, determina que as ações da administração pública devem estar pautadas pela moralidade. Ademais, os valores éticos devem embasar as ações desenvolvidas pelos agentes públicos

seja qual for a sua instância de atuação estando presentes neste ponto todos os envolvidos no sistema de organização política-administrativa dos Estados. Ou seja, além de desempenhar o seu papel, as organizações estatais também necessitam executar os argumentos éticos e morais inerentes a própria estruturação do direito, o que no caso do instrumento escolhido está demonstrado pela necessidade da transparência destas ações e prestação de informação a sociedade quanto as demandas que lhe afetam. O entendimento firmado é de que não é possível tratar do direito sem a presença dos elementos éticos e morais presentes na própria estrutura de organização jurídica.

Os argumentos pragmáticos que justificam a escolha do presente instrumento da política pública relacionam-se com a finalidade buscada pelas ações objetivando a transparência, na qual o objetivo final é justamente o de alcançar o direito fundamental envolvido, qual seja, o direito à boa administração pública, por meio de ações concretas que possibilitam a atuação conjunta e sistematizada dos órgãos públicos e sociedade civil com uma finalidade em comum. Por exemplo, para ampliar as possibilidades de controle social por parte dos cidadãos, foi desenvolvido, dentre outras ações um aplicativo, denominado “As diferentonas”, mencionado anteriormente, o qual permite a identificação de padrões diferenciados na distribuição de recursos, além de outras funcionalidades. Ou seja, o instrumento utilizado é justificado no objetivo de alcançar o direito fundamental envolvido na política pública, que por sua vez, é um demonstrativo da necessária atuação conjunta entre Estado e sociedade.

No caso da política pública analisada, ou conjunto de políticas tendo em conta que as ações da ENCCLA englobam uma série de atividades, conforme descrito anteriormente, entende-se estar envolvido o direito fundamental à boa administração pública, sem prejuízo dos demais direitos fundamentais conexos a cada uma das ações realizadas. Com isso, o direito fundamental à boa administração pública é uma das finalidades a serem concretizadas por meio das políticas de prevenção à corrupção e à lavagem de dinheiro, as quais atingem o Estado em sua essência e conseqüentemente a relação estabelecida com a sociedade e a confiança depositada pelos cidadãos nas instituições públicas que os representam e deveriam garantir a concretização e proteção de seus direitos fundamentais.

Quanto a previsão constitucional do referido direito, a Constituição Federal de 1988 dispõe desde a dignidade da pessoa humana, a formação de um Estado Democrático, os princípios inerentes a administração até os instrumentos de controle, todos dispositivos que juntos

englobam o direito fundamental à boa administração pública, o qual de uma forma ampla pode ser compreendido enquanto um dos pressupostos dos regimes democráticos.

No que se refere a elaboração de diretrizes críticas para a reformulação das políticas públicas, entende-se que a transparência de todos os atos públicos, instrumento da política pública escolhido para análise deve estar presente como algo cultural, de modo que uma das diretrizes propostas é justamente ampliar tal participação popular. Por mais que a ENCCLA tem a participação da sociedade civil em sua constituição e também na formulação dos planos de ações, grande parte da população brasileira não tem acesso a estes instrumentos nem ao menos quando os resultados já estão postos, carecendo assim de um maior compartilhamento de informação de modo acessível ao maior número de indivíduos possível.

Ademais, para concretização do direito fundamental à boa administração pública um dos pilares é a confiança nas instituições, assim, para que haja a construção da confiança nas instituições democráticas deve se trazer a público a gestão dos interesses públicos tendo em conta que a sociedade é diretamente afetada pelos atos dos governantes e como consequência, tem o direito de participar ativamente das decisões, bem como exercer o controle social, sobretudo das políticas públicas, as quais os atinge de forma direta.

Outra diretriz que entende-se ser necessária, é o aprimoramento dos sistemas de integração conjunta entre os órgãos da administração pública como forma de facilitar a troca de informações principalmente no que se refere a práticas delituosas como forma de melhor identificar os agentes e aplicar as respectivas sanções tanto na esfera penal, cível ou administrativa. Talvez este seja um dos maiores desafios, com base nas leituras realizadas para o trabalho, até o momento o que se verifica é a atuação deficitária dos sistemas de troca de informação, o que no âmbito da política pública analisada poderia configurar um elemento fundamental na busca pela concretização do direito à boa administração pública.

Por fim, o direito fundamental à boa administração pública está conectado a concepção da administração pública poder ser considerada como democrática, de maneira que esta pressupõe a existência da maior participação social possível, devendo esta ser legítima, ou seja, adquirida por meio de ações comunicativas e permanentes, podendo até mesmo existir conflitos em tal relação, mas sempre permeada pela crítica constante e existência de mecanismos de controle.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou analisar de que forma a atuação conjunta entre Estado e sociedade contribui para o combate às práticas corruptivas a partir da análise da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) na perspectiva das políticas públicas. Dentre os instrumentos que compõem a referida política pública, escolheu-se a ampliação da transparência e do controle social considerando ser um aspecto fundamental na busca pela concretização do direito fundamental à boa administração pública.

Para realização da pesquisa, esta foi estruturado em três tópicos sendo que em um primeiro momento, buscou-se delimitar a complexa relação entre Estado e sociedade e de que forma a sua estruturação impacta no combate às práticas corruptivas, verificando-se que quanto mais sólida a conexão estabelecida, maior será a confiança dos cidadãos nos órgãos e instituições públicas e, conseqüentemente o combate à corrupção será mais eficaz. Além disso, a adoção de políticas públicas de combate à corrupção necessitam da atuação conjunta entre Estado e sociedade na medida em que as necessidades das esferas pública e privada, são distintas, mas não totalmente separadas.

No segundo tópico, foram delimitados os aspectos principais da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) analisando os seus instrumentos, modo de atuação, planos, ações e resultados obtidos nos mais de quinze anos de atuação desde a sua criação no país. Neste ponto, destaca-se a formação da referida política, a qual é composta por membros dos três poderes, além da sociedade civil sendo que a composição por indivíduos dos órgãos públicos e privados é vista como um diferencial na formulação de suas diretrizes e também na obtenção de resultados mais amplos e concretos.

Por fim, foram estudadas diretrizes de atuação conjunta entre Estado e sociedade no combate às práticas corruptivas com base nos instrumentos envolvidos na política pública tendo como foco a ampliação da transparência e do controle social e a conseqüente busca pela concretização do direito fundamental à boa administração pública. Justificou-se a escolha do referido instrumento dentre tantos outros utilizados, os quais foram apresentados nos tópicos introdutórios, devido a sua relação com o direito fundamental escolhido, o qual engloba entre outros fatores a complexa relação estabelecida entre os espaços público e privado uma

vez que tal direito depende da forma como a administração pública é estruturada, mas também como é percebida pela sociedade.

Com isso, respondendo ao problema de pesquisa, o qual questionou “de que forma a atuação conjunta entre Estado e sociedade contribui para o combate à corrupção?” a resposta é no sentido de que a atuação conjunta entre Estado e sociedade não apenas contribui, mas é essencial para o combate à corrupção. Entende-se que não é possível ocorrer a atuação isolada somente de uma das esferas no momento em que os espaços público e privado se misturam em suas ações e formas de atuação. Neste aspecto, a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro é um claro exemplo desta forma de atuação, concluindo que a sua estruturação enquanto política pública é essencial para o combate às práticas corruptivas no país, devendo ser amplamente divulgada, estudada e conhecida pelos cidadãos e agentes públicos.

Retomando aos aspectos introdutórios, restou confirmada a hipótese inicial no sentido de que no sentido de que a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro constitui uma importante política pública a ser utilizada no combate às práticas corruptivas sendo uma das formas de atuação conjunta entre Estado e sociedade no momento em que na sua formação há representantes das esferas pública e privada, bem como as ações desenvolvidas objetivam resultados a médio e longo prazo, os quais envolvem a transparência e o controle social. Ademais, por meio de tais ações conjuntas, é possibilitada e fomentada a concretização do direito fundamental à boa administração pública, o qual engloba dentre outros fatores a moralidade, a dignidade da pessoa humana e também a confiança nas instituições e órgãos públicos.

Quanto aos resultados obtidos com o presente trabalho, foi possível analisar os aspectos teóricos e práticos da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro, verificando a sua estrutura, forma de atuação, planos e resultados, além da formulação de diretrizes críticas para reformulação da política pública, as quais foram apresentadas no terceiro tópico do estudo. Com base nas informações obtidas durante a pesquisa, pretende-se ampliar o estudo envolvendo outros instrumentos além da transparência e do controle social, escolhidos para este artigo, além da continuidade da pesquisa buscando envolver outros dados teóricos e resultados práticos com o objetivo de formular outras diretrizes e divulgar aquelas já apresentadas.

Ademais, os objetivos específicos foram sanados ao longo dos três tópicos da pesquisa, restando o problema de pesquisa respondido e a

hipótese inicial confirmada. Por fim, ressalta-se a necessidade da atuação conjunta entre Estado e sociedade no combate às práticas corruptivas, mas não apenas neste setor, devendo as ações públicas e privadas buscarem objetivos em comum com a concretização dos direitos fundamentais e a busca por uma administração pública transparente e democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sistema Nacional de Bens Apreendidos – SNBA. 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-nacional-de-bens-apreendidos-snba/>>. Acesso em 23 jul. 2020.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). Quem somos. 2020. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>. Acesso em 22 jul. 2020.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). Plano de diretrizes de combate à corrupção. 2018. Disponível em: <http://enccla.camara.leg.br/acoes/copy_of_ENCCLA2018Ao-01PlanodeDiretrizesdeCombateCorrupo.pdf>. Acesso em 22 jul. 2020.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE COMBATE À CORRUPÇÃO E À LAVAGEM DE DINHEIRO (ENCCLA). Ações de 2016. 2016. Disponível em: <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/acoes-de-2016>>. Acesso em 22 jul. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 223, jan/mar. 2001.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos. In. BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil. Essere nel Mondo: Santa Cruz do Sul, 2018.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. Principios de ética pública ¿corrupcion o servicio? Editora Montecorvo, S.A: Madrid, 1993.

ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción e los gobiernos: causas, consecuencias y reforma. Traducción de Alfonso Colodrón Gómez. Madrid: Siglo veintiuno de España editores, 2001.

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E EDUCAÇÃO

THE ROLE OF THE COURT OF AUDITORS IN THE CONTROL OF PUBLIC HEALTH AND EDUCATION POLICIES

Ricardo Hermany¹

Betieli da Rosa Sauzem Machado²

Gabriela da Silva André³

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vivencia uma de suas piores crises financeiras e políticas dos últimos tempos, causada por uma classe política que se preocupa com interesses escusos, que acabam executando de forma ineficiente e precária a gestão dos recursos públicos. Tal crise afeta diretamente a gestão das políticas públicas que devem ser executadas pelos entes, especialmente as de saúde e educação, assim compete para União, estados-membros, Distrito Federal e municípios a sua efetivação.

1 Pós-Doutor na Universidade de Lisboa (2011); Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2003) e Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa (2003); Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (1999); Professor da graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito- Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. E-mail: <hermany@unisc.br>.

2 Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (2020), com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Pós-Graduada em Direito Processual Público pela Universidade de Santa Cruz do Sul e Centro de Ensino Integrado Santa Cruz (2020). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2016). Integrante do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC. Advogada. E-mail: <betielisauzem@yahoo.com.br>.

3 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul UNISC. Integrando do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas (UNISC). E-mail: <gabiandre01052001@gmail.com>.

Evidencia-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como fundamental a dignidade da pessoa humana, bem como confirma os direitos fundamentais ou prestacionais, conforme disposto no artigo 6º da Constituição. Desse modo, o modelo do Estado, democrático-republicano, é considerado como o ponto essencial para a boa aplicação dos recursos públicos, o qual enfrenta como desafio o fortalecimento das instituições e o aperfeiçoamento de mecanismos que estão ligados ao controle da Administração Pública, assim encontra-se inserido o Tribunal de Contas.

O presente artigo se justifica por averiguar como se dá a atuação do Tribunal de Contas no controle das políticas públicas de saúde e educação. Desta forma, por ser a corte de contas tratada como um órgão auxiliar técnico de controle externo, surge o seguinte questionamento: qual o papel do Tribunal de Contas e qual instrumento é utilizado por este órgão para o controle das políticas públicas de saúde e educação?

Desse modo, visando responder ao problema de pesquisa, assim como buscando delinear os caminhos e as bases para a atuação controladora do TCE-RS, demonstra-se de melhor pertinência a utilização dos métodos de procedimento monográfico e o de abordagem dedutivo, eis que partir-se-á de dados gerais – premissa maior -, suficientemente constatados, inferindo-se dados particulares – premissa menor – não contida nas partes examinadas, isto é, busca-se chegar a conclusões mais restritas do que o conteúdo estabelecido pelas premissas maiores.

Quanto a técnica de pesquisa utiliza-se a bibliográfica, voltando-se para o exame de documentação indireta observando os contornos e fundamentos da legislação e de estudos bibliográficos, com a reunião de diversas obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses e outros, que enfrentam os temas abordados na pesquisa.

Além disso, a investigação divide-se em três momentos: primeiramente, analisa-se o federalismo brasileiro e suas características após a Constituição de 1988. No segundo, aborda-se a previsão constitucional dos direitos à saúde e à educação, e o conceito de políticas públicas. Por fim, no terceiro, observa-se o papel do Tribunal de Contas e suas competências, bem como o mecanismo utilizado para o controle de políticas públicas.

1 O FEDERALISMO BRASILEIRO: UM ESTUDO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O surgimento do termo federalismo remonta ao século XVIII, designando a forma de organização implantada nos Estados Unidos, o qual é resultado da união territorial do poder de colônias para formar um Estado. Após a independência surge uma confederação de estados livres e independentes, no entanto começaram a surgir problemas relativos à necessidade de certa força do poder central que permitisse estabelecer a lei e a ordem, bem como que regulasse o comércio, as dívidas e as negociações externas do país. Conseqüentemente, surgiu uma solução conciliatória, pactuada, estabelecida em um acordo entre os entes confederados, o qual, do ponto de vista da organização política e administrativa, visava a manutenção da autonomia das unidades territoriais, ao mesmo tempo em que assegura a unidade nacional, surgindo a federação (COSTA; CUNHA; ARAÚJO, 2010, p. 15).

Evidencia-se que com o passar do tempo o modelo de confederação se mostrou inapto ao atendimento das necessidades comuns de governo, impulsionando os Estados independentes, que se encontrava firmes no propósito de aprimoramento da união entre si, a promulgar uma nova Constituição, através da Convenção de Filadélfia, em 1787, apresentando [uma nova organização política, ou seja, o federalismo (BASTOS, 1992). Lima (2011) complementa que o federalismo é fruto da experiência norte-americana, nos períodos de 1776 a 1787, tendo como principais teóricos James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, os autores da obra “Federalist Paper”, os quais publicaram um conjunto de 85 artigos assinados por “Publius”, sendo um pseudônimo coletivo utilizado por eles, tais artigos foram publicados na imprensa de Nova York, entre os anos de 1787 e 1788.

Além disso, observa-se que as colônias se tornaram estados que, mesmo constituintes de uma mesma nação, mantiveram boa parte de sua autonomia, assim como estabeleceram relações de interdependência – e não de simples hierarquia – entre si e o Governo Federal recém constituído. Ademais, o pacto político-territorial foi garantido por meio de uma Constituição, o mais amplo e originário contrato federativo (ABRUCIO; FRANZESE, 2007, p. 2). De outro modo, Cury (2006, p. 114) conceitua a federação como uma união de entes federados, os quais formam uma única unidade soberana, ou seja, o Estado. Assim, o Estado Soberano é composto por unidades federadas subnacionais, os quais possuem auto-

nomia, de forma relativa, isto é, de acordo com os limites jurisdicionais atribuídos e específicos.

Destaca-se que a diferença fundamental que existe entre a união de Estados em uma confederação ou em uma federação está em sua base jurídica, visto que na confederação os integrantes se encontram ligados por meio de um tratado, do qual podem se desligar a qualquer momento, uma vez que os signatários do tratado conservam sua soberania e só delegam os poderes que quiserem e enquanto quiserem. De outra forma, ocorre em uma federação, eis que os Estados que a integram aceitam uma Constituição comum e, via de regra, não podem deixar de obedecer a essa Constituição e só possuem os poderes que ela lhes assegure (DALLARI, 2019, p. 21).

Soares e Machado (2018, p. 19) complementam que o pacto federativo originado nos Estados Unidos da América necessitou de um forte trabalho de “engenharia institucional”, buscando a dupla autonomia territorial, isto é, do centro político federal (a União) e das subunidades federadas (os estados). No modelo federativo foi criado um sistema de controles mútuos, ou seja, o sistema de freios e contrapesos institucionais (checks and balances), que visam limitar a atuação dos poderes centrais e subnacionais, oportunizando o equilíbrio de poder.

Dessa maneira, elenca-se as principais características do federalismo através de quatro premissas: 1) a necessidade de uma Constituição, ou lei máxima, que estabeleça a forma de Estado Federativo; 2) a existência de duas ou mais esferas de governo, federal ou estadual (em alguns países, como no caso do Brasil, os municípios foram incluídos como esfera de governo), que sejam dotados de autonomia financeira (que possuam recursos financeiros próprios para os próprios gastos), autonomia administrativa (que tenham capacidade de auto-organização dos serviços públicos) e autonomia política (que exista a possibilidade de eleição de seus próprios governantes). Sendo que os Estados federados podem, inclusive, elaborar suas próprias Constituições, bem como possuem Poder Legislativo, Executivo e Judiciário; 3) os entes que formam a federação são indissociáveis; e 4) que exista uma repartição de competências entre os integrantes da federação (CASSEB, 1999).

Ademais, no Estado Federal os entes que o formam (estados, distritos, províncias, regiões e municípios) estão no mesmo patamar hierárquico, visto que não existe hierarquia entre os diversos entes, mesmo que alguns pertençam à esfera federal e outros as esferas estaduais ou municipais (TAVARES, 2012). Dessa forma, Kelsen (1998) salienta que a União é o núcleo do Estado Federal, sendo que em razão disso é atribuído ao

conceito de Federalismo a premissa da descentralização do exercício de poder político elevado a uma ordem jurídica única que deve ser seguida.

Destaca-se que a descentralização é compreendida como uma repartição de poderes, em que de um lado se tem a esfera federal (governo central) e de outro as unidades autônomas (estados-membros), as quais possuem independência relativa, autonomia organizacional, política e financeira. Sendo que este modelo de repartição de competências determinará as matérias incidentes no território nacional em seu todo e em cada unidade federada (KELSEN, 1998). Horta (1995) complementa que a descentralização é o ponto central da estrutura do poder federal, visando a garantia da repartição de poderes e competências entre os diferentes níveis e órgãos, os quais dispõem de autonomia organizacional, financeira e político-administrativa.

É importante mencionar que a descentralização pode ser analisada por meio de dois vieses, qual seja territorial e administrativa. Nesse sentido, verifica-se que a descentralização territorial apresenta múltiplas dimensões – política, legislativa, administrativa e fiscal –, as quais podem variar, de forma independente, uma da outra, definindo configurações que podem distribuir, ao governo central, prerrogativas de formulação e poderes de coordenação para a implementação de políticas públicas pelos governos subnacionais, bem como cooperam para o desenvolvimento de políticas sociais e redistributivas (SOARES; MACHADO, 2018).

Já na descentralização administrativa observa-se que dela pode resultar maior ou menor autonomia subnacional, rescindindo com a ideia de que toda descentralização denota maior poder aos entes subnacionais frente ao governo nacional. Dessa maneira, compreende-se a descentralização administrativa como a transferência de atribuições para os entes subnacionais, entretanto se não for acompanhada de descentralização fiscal pode ocorrer, conseqüentemente, uma maior dependência dos estados e municípios frente à União (SOARES; MACHADO, 2018).

Evidencia-se que a descentralização induz a outra característica do Estado federal, ou seja, a repartição de competências, visto que por meio dessa característica é possível identificar o tipo de federalismo adotado no país. Assim, se ocorre a concentração de competências no poder central o modelo é centralizador ou centrípeto. E se há uma distribuição mais ampla de poderes aos poderes parciais, designando ao poder central somente o que não lhes for possível realizar, o modelo adotado é o descentralizador ou centrífugo (MENDES; BRANCO, 2014).

Nesse sentido, verifica-se que a descentralização é um elemento importante para o federalismo, visto que permite um diálogo entre as instâncias governamentais, as quais são dotadas de condições para gerir seus recursos e atender às demandas apresentadas pelas políticas locais. Além disso, evidencia-se que no Brasil, alguns autores indicam que não houve um processo de descentralização, mas de desconcentração. Em razão de existir uma incapacidade de a União prover os entes subnacionais de condições técnicas e financeiras para gerir de modo autônomo suas políticas (COSTA; CUNHA; ARAÚJO, 2010, p. 15).

Destaca-se que no Brasil todas as Constituições republicanas adotaram o modelo de Estado federativo, sendo que ao longo das Constituições brasileiras o federalismo consagrado nestas não permitiu o aprimoramento e o desenvolvimento na organização do Estado até a Constituição de 1988 (FERREIRA, 2012). Portanto, os ventos da redemocratização em 1980, cooperaram para elaboração de uma nova Constituição (SOUZA, 2003).

Desse modo, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o federalismo brasileiro está voltado para a repartição de poderes, entre as esferas de governo, mais equilibrada, buscando a redução das tensões existentes, anteriormente, na relação desigual entre o governo central e os governos periféricos. Sendo que a Constituição de 1988 enfatiza o federalismo cooperativo, em que o Estado visa garantir uma atuação solidária e conjunta para que se alcancem metas comunitárias (PUCCINELLI JÚNIOR, 2012).

Nesse sentido, a Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, ressalta no artigo 1º que a República Federativa do Brasil é composta pela união indissolúvel dos estados-membros, municípios e do Distrito Federal, formando um Estado Democrático de Direito (BERCOVICI, 2004). Além disso, a Constituição também prevê um modelo federalista de divisão espacial de poder entre os entes – União, estados-membros, Distrito Federal e municípios – no artigo 18, caput, sendo tais entes dotados de autonomia. Souza (2005) ressalta que a Constituição inova em múltiplos aspectos, especialmente ao prever: o aumento na destinação de recursos para as esferas subnacionais; o aumento dos direitos sociais fundamentais como saúde e educação; a previsão de maior controle institucional e social sobre os três níveis de governo.

Ademais, o artigo 1º da Constituição veda o direito de secessão ao entes federativos, em qualquer hipótese ou condição, visto que tal vedação decorre do princípio da indissolubilidade do vínculo federativo,

sendo que a forma federativa no Brasil apresenta status de cláusula pétreia, conforme disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso I da Constituição (TAVARES, 2012).

A federação brasileira é formada por um sistema que apresenta três níveis de governo, compondo um federalismo trino e sui generis, eis que no Direito comparado não existe nada similar, em razão de que os municípios são incluídos como entes integrantes da federação. Sendo que os três níveis de governo apresentam seus próprios Poderes legislativos e executivos, já os níveis federal e estadual detêm seus próprios Poderes judiciários (SOUZA, 2005). Conseqüentemente, por meio destes pressupostos se estrutura um sistema complexo de competências privativas, distribuídas de forma horizontal, e de competências concorrentes, partilhadas de forma vertical, autorizando a participação das ordens parciais no âmbito das competências próprias na ordem central através de delegação (ALMEIDA, 2000).

Krell (2008) ressalta que o sistema de cooperação entre os entes inicia com o reconhecimento de que os entes federativos possuem o dever de colaborar com as demais, visando a orientação, a coordenação e o controle do processo político-administrativo. Também, verifica-se que o sistema de cooperação se justifica em razão de que os recursos e a capacidade de execução estão distribuídos de maneira desigual, buscando proporcionar condições mínimas para o desempenho do papel dentro da estrutura.

Além disso, este sistema de cooperação se concretiza por meio da repartição de competências verticais e se fundamenta no fato de que os governos central, regional e local apresentam como plano à execução da tarefa estatal para que os cidadãos sejam beneficiados. De outro modo, é necessário que exista uma cooperação subsidiária, proporcionando aos entes menores auxílio, quando estes não conseguirem realizar as tarefas sozinhos (KRELL, 2008).

Portanto, visando realizar tais perspectivas, a Constituição fez previsão de competências administrativas comuns ou concorrentes, assim como previu a possibilidade de formar regiões administrativas que tenham como objetivo o de reduzir as desigualdades regionais e promover seu desenvolvimento. Por meio desse modelo de cooperação busca-se corrigir as disparidades regionais, propiciar o equilíbrio econômico em todas as esferas de poder e o bem-estar social, sendo esses ideais os pontos centrais do federalismo cooperativo.

É importante mencionar que a Constituição de 1988 designou expressamente o federalismo cooperativo no Brasil, nos artigos 23 e 24.

Assim, observa-se que o artigo 23 elencada as matérias que são de competência administrativa comum entre a União, os estados-membros, os municípios e o Distrito Federal. No entanto, somente por meio de Lei Complementar que às normas para a cooperação entre à União e os estados-membros, o Distrito Federal e os municípios serão fixadas, nos termos do parágrafo único do referido artigo (BERCOVICI, 2004).

O artigo 24 aborda as matérias de competência legislativa concorrente entre a União, os estados-membros e o Distrito Federal, ressaltando a limitação de que compete à União estabelecer apenas normas gerais e aos estados-membros e ao Distrito Federal de adaptá-las conforme as suas especificidades, desde que não contrariem a lei federal (BERCOVICI, 2004). Destaca-se que o cooperativismo ocorrer através de repartição das receitas tributárias dos impostos federais com os estados-membros e municípios e de impostos estaduais para os municípios (RIBEIRO, 2005).

3 A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS NO ÂMBITO DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À SAÚDE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Com a evolução do Estado para Estado Social, iniciou-se a segunda dimensão de direitos fundamentais, os quais necessitavam para sua concretização uma ação positiva do Estado na ordem social e econômica (SARLET, 1998). Desse modo, evidencia-se que nessa geração se encontram os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, à moradia, à segurança, ao lazer, à previdência social, a proteção à infância, à maternidade e à assistência aos desamparados, estando eles, quase todos, elencados no artigo 6º da Constituição.

Ressalta-se que os direitos sociais são conceituados como prestações positivas realizadas pelo Estado, podendo ocorrer de forma direta ou indireta, com fulcro em normas constitucionais, buscando melhorar as condições de vida dos mais fracos e para igualar as situações sociais que são desiguais, ou seja, podem ser compreendidos como direitos que se interligam ao direito de igualdade (SILVA, 2000).

Cabe mencionar que a eficácia dos direitos sociais prestacionais não é plena, pois dependem do desembolso público de valores, ou seja, estão condicionados à disponibilidade de recursos financeiros e a instauração de políticas públicas. Nesse sentido, a Constituição no §1º do artigo 5º prevê a aplicação imediata quanto às normas referentes aos direitos e as garantias fundamentais (SARLET, 1998).

Desta forma, conforme visto anteriormente, os direitos de saúde e educação foram concebidos pela Constituição como direitos fundamentais sociais, uma vez que assim estão dispostos no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, mais especificamente no artigo 6º da Constituição. Além disso, nota-se que o direito à saúde está reforçado no artigo 196 da Constituição, o qual prevê que o à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que tenham como escopo à redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como que seja garantido o acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua proteção, promoção e recuperação.

Portanto, verifica-se que o direito à saúde está previsto entre os artigos 196 ao 200 da Constituição, os quais de modo geral determinam ao Poder Público a competência para regulamentar, fiscalizar e controlar à saúde pública, além de que as ações e os serviços da saúde serão interligados em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único. Os referidos artigos também definem as diretrizes, atribuições, fontes de financiamento e como deve ocorrer a participação da iniciativa privada na saúde pública. Quanto à competência administrativa referente à saúde, nota-se que essa é comum a todos os entes federados, sendo que as atribuições para a prestação do referido direito encontram-se elencadas no art. 23, inciso II, da Constituição.

A Constituição prevê que as diretrizes dos serviços públicos de saúde devem ser prestadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o qual deve orientar a forma de financiamento, conforme disposto no artigo 198 da Constituição. Salienta-se que a norma constitucional modificou o modo do Estado intervir na saúde, visto que passou de um modelo de caráter excludente e privatista para um sistema de acesso universal e público, que apresenta diretrizes expressas que visam orientar a atuação do administrador público e do legislador infraconstitucional (PIVETTA, 2013).

De outro modo, cabe mencionar que o Poder Legislativo, em relação ao direito à saúde, formulou normas infraconstitucionais: a Lei

nº 8.080³, de 19 de setembro de 1990, com alterações através da Lei nº 8.142⁴, de 28 de dezembro 1990, as quais concomitantemente constituem a Lei Orgânica da Saúde; assim como existem inúmeros atos administrativos emanados pelo Poder Executivo neste sentido.

Destaca-se que além das previsões constitucionais atinentes à distribuição de competências entre os entes federados para prestação dos serviços e legislação quanto à saúde pública, evidencia-se que, a norma infraconstitucional, entre os artigos 15 ao 19 da Lei nº 8.080/90 regulamenta de forma detalhada as competências para cada ente no que se refere ao SUS.

Com relação ao financiamento à saúde, verifica-se que a Constituição no parágrafo 2º e incisos artigo 198, não prevê os índices mínimos de repasse, eis que indicava apenas que o Sistema Único de Saúde seria financiado com os recursos da seguridade social, da União, dos estados-membros, do Distrito Federal e dos municípios. No entanto, o poder constituinte derivado reformador fez a fixação de tais índices, visto que estipulou os percentuais mínimos, os quais foram aprovados através da Emenda Constitucional nº 29/2000, a qual inseriu o artigo 77, caput e inciso II ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Com isso restou previsto que até o exercício financeiro de 2004 os recursos mínimos deveriam ser aplicados nas ações e serviços públicos de saúde, sendo equivalentes, no caso dos estados-membros e do Distrito Federal, a 12% do produto da arrecadação dos impostos no que se refere o artigo 155 e dos recursos previsto nos artigos 157 e 159, inciso I, alínea “a”, e inciso II, devendo ser deduzidas as parcelas que fossem transferidas

3 A Lei nº 8.080/1990 dispõe, em todo o território nacional, sobre as ações do SUS, estipulando as diretrizes para o gerenciamento e descentralização, assim como especifica as competências de cada ente federativo. Ainda, enfatiza a descentralização político-administrativa, por meio da transferência de atribuições relativas aos serviços e as ações de saúde, redistribuindo o poder, as competências e os recursos, para os municípios. Além disso, indica como competência do SUS a definição de critérios, valores e qualidade dos serviços, bem como versa sobre a gestão financeira, deliberando o Plano Municipal de Saúde com fulcro nas atividades e na programação de cada nível de administração do SUS. Ademais, garante a gratuidade das ações e dos serviços de atendimento público e privado, contratados e conveniados ao SUS.

4 A Lei nº 8.142/1990 apresenta o papel e a participação da comunidade na gestão do SUS, simultaneamente ressalta as transferências dos recursos financeiros entre União, estados-membros, Distrito Federal e municípios na saúde e dá outras providências. Assim como, prevê às instâncias colegiadas e os instrumentos de participação social para cada esfera de governo.

aos municípios. Ademais, a referida Emenda incluiu o inciso III ao mesmo artigo, definindo que no caso dos municípios e do Distrito Federal o percentual aplicado deve ser o equivalente a 15% do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o artigo 156 e dos recursos previstos nos artigos 158 e 159, inciso I, alínea “b”, §3º da Constituição.

De outra forma, verifica-se que a Lei Complementar 141/2012 reforçou-se o dever de os estados-membros e o Distrito Federal aplicarem um percentual mínimo de 12% da arrecadação dos impostos em ações e serviços de saúde, nos termos do artigo 6º da Lei Complementar. Sendo dever dos municípios e do Distrito Federal a aplicação de um percentual mínimo de 15%, conforme previsto no artigo 7º do referido diploma.

Com relação ao direito à educação, observa-se que também está previsto no artigo 6º da Constituição como um direito social, em que à União dispõe de competência privativa para legislar sobre suas diretrizes e bases. Assim como à União, juntamente, aos estados-membros e ao Distrito Federal têm competência concorrente para legislar sobre a educação, de acordo com o artigo 22, inciso XXIV, que aborda as diretrizes e bases da educação nacional; e o artigo 24, inciso IX, ambos da Constituição. Além disso, Ranieri (2000) salienta que a competência disposta no artigo 24, inciso IX, prevê que compete à União a edição de normas gerais sobre educação e ensino, bem como aos estados-membros e ao Distrito Federal compete a elaboração de normas suplementares.

Nesse sentido, no título que aborda a Ordem Social dedica o capítulo III (da educação, da cultura e do desporto), na seção I (da educação), entre os artigos 205 ao 214 aborda, sucintamente, a responsabilização do Estado e das famílias como intermediários e responsáveis para a prestação do acesso e da qualidade do ensino, os quais devem organizar o sistema educacional, vinculando o financiamento e a distribuição dos encargos, bem como as competências para todos os entes federativos..

Portanto, o artigo 205 da Constituição destaca a obrigatoriedade de que ocorra uma atuação conjunta entre o Estado e as famílias, assim como indica o dever destes ofertarem não apenas à educação de forma gratuita nos estabelecimentos de ensino oficiais, como também é dever desses a elaboração de políticas públicas que objetivem a ampliação do sistema de ensino.

Verifica-se que além das previsões constitucionais alusivas à distribuição de competências entre os entes federados para prestação dos serviços e legislação sobre a educação, identificam-se duas normas infraconstitucionais voltadas para educação básica, sendo elas: a Lei nº 9.394,

de 20 de dezembro de 1996, que institui as diretrizes e bases da educação nacional (LDB); e a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, a qual ratifica o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Nesse sentido, Ranieri (2000) ressalta que a lei de diretrizes e bases da educação prevê o fundamento, a organização e as condições de exequibilidade, bem como define a estrutura da educação nacional, a qual é de competência legislativa concorrente entre os entes federativos.

De outro modo, destaca-se que para se concretizar o direito à educação e garantir um ensino de qualidade, nos termos do artigo 212 da Constituição, tem papel de destaque o controle orçamentário, o qual deve fiscalizar o cumprimento dos gastos mínimos em educação previstos na Constituição, visando, assim, a garantia da aplicação do piso de recursos provenientes das transferências e dos impostos. Desta forma, é previsto a aplicação anual por parte da União de um percentual mínimo de 18%, e por parte dos estados-membro, do Distrito Federal e dos municípios, o percentual mínimo que deve ser aplicado é de 25%, conforme disposto no artigo 212 da Constituição.

Evidencia-se que algumas áreas são mais abrangentes e beneficiadas do que outras, por decorrência de dois fatores: primeiro, existem algumas prioridades que já foram elencadas pela própria Constituição; e segundo, todos os direitos que necessitam de uma prestação devem se sujeitar a alguns critérios de especificações orçamentárias. Ademais, evidencia-se que a Constituição concedeu status de forma diferenciada à educação e à saúde ao vincular alguns recursos específicos a estes, conforme disposto nos artigos 198 e 212. E, com relação a sua importância, instituiu percentuais mínimos a serem fixados e aplicados (SARLET, 1998).

Desse modo, é importante mencionar que para concretizar os direitos de saúde e educação não basta que exista a previsão de percentuais mínimos, visto que também é necessário que os entes federativos elaborem políticas públicas voltadas para as referidas áreas. Com relação às políticas públicas, Bobbio (1998) destaca que elas são realizadas mediante a intervenção do Estado por meio de ações sociais, jurídicas e administrativas. E Cavalcante Filho (2013) complementa que as políticas públicas revelam a necessidade da existência de programas de ação, os quais devem ser implementados através de ações e normas que busquem concretizar as necessidades sociais relevantes.

Na visão de Bucci (2006) as políticas públicas podem ser definida como programas ou quadros de ação governamental, os quais em um conjunto de medidas articuladas – coordenadas, que tenham como

escopo o de impulsionar, ou seja, movimentar a máquina do governo, buscando a realização de algum objetivo de ordem pública ou a concretização de direito. Portanto, observa-se que as políticas públicas são ações governamentais que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para que sejam realizados os objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Millon (2010) complementa que as políticas públicas são mecanismos que visam efetivar direitos, sendo que os governantes buscam através destes satisfazer ao interesse público ou encontrar soluções à problemas sociais. Desta forma, as políticas públicas são estabelecidas através um conjunto de ações e decisões convergentes, objetivando alcançar um único fim específico. Sendo que é por meio das políticas públicas que o Poder Executivo desempenha o plano de atuação estruturado em etapas, inclusive a tomada de decisões políticas que visam o atendimento do interesse público e a satisfação de direitos ou solução de problemas sociais.

4 O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS E O CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle das finanças públicas efetivado de forma sistemática e técnica através de órgãos especializados ocorre desde o surgimento dos Estados modernos (CAMPELO, 2003). Miola (1996) complementa que o controle deve ser compreendido como um princípio, ou seja, um dogma inerente à atividade estatal, visto que se trata de um princípio administrativo tutelar, material e autotutelar, que tem como propósito o de contrastar, supervisionar e gestar integralmente a Administração. Consequentemente, apresenta como finalidade a de vigiar, orientar e corrigir, prévia ou posterior, os atos, as atividades e decisões da Administração.

Além disso, desde os primórdios do Estado de Direito é inseparável a ideia de controle, visto que é indispensável a existência de instituições e ferramentas que garantam sua submissão à lei. Nesse sentido, evidencia-se que os mecanismos de controle visam assegurar que a Administração atue em conformidade com os princípios do ordenamento jurídico, tais como: legalidade, finalidade pública, moralidade, motivação publicidade, economicidade, impessoalidade, razoabilidade, legitimidade, transparência, entre outros. Ademais, observa-se que o controle abrange, em certas circunstâncias, aspectos relacionados a conveniência e oportunidade, ou seja, aspectos discricionários ou políticos do ato (COSTA, 2006).

Nesse sentido, é importante observar que o Tribunal de Contas na Constituição de 1988 teve suas competências e jurisdições ampliadas, visto que recebeu competências que não estavam presentes nas Constituições anteriores, como por exemplo a de auxiliar do Congresso Nacional no exercício da fiscalização financeira, contábil, orçamentária, patrimonial e operacional da União, bem como dos entes da Administração Pública direta e indireta, com relação à legitimidade, à legalidade, à economicidade e a fiscalização da aplicação de subvenções e de renúncia das receitas (BULOS, 2012).

Evidencia-se que por ser o Tribunal de Contas um órgão auxiliar do Congresso Nacional sua função precípua é o controle orçamentário e financeiro da Administração em auxílio ao poder responsável. Além disso, verifica-se que a Constituição assegura ao órgão de contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, o qual não pode ser subordinado ao Legislativo ou inserido em sua estrutura. Logo, por sua função ser a de atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza é a de um órgão independente, que está desvinculado da estrutura de qualquer Poder (MEDAUAR, 2012).

No que tange à natureza jurídica das decisões da Corte de Contas, esta é objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Porém, o órgão de contas não pode ser considerado ou comparado com um Tribunal Judiciário, visto que não está inserido expressamente no Capítulo III referente ao Poder Judiciário na Constituição de 1988, bem como não é citado no rol dos órgãos integrantes do Poder Judiciário do artigo 92 da Constituição, e também não integra o rol do artigo 127, o qual aborda as instituições que são essenciais à função jurisdicional. Desta forma, Sodré (2006) destaca que a corte de contas é um órgão independente e autônomo, não pertencente a nenhum dos três Poderes da República, que exerce magistratura *sui generis* como um órgão fiscalizador.

Desta forma, evidencia-se que as normas que determinam a função, composição, organização e competências do Tribunal de Contas estão explicitadas nos artigos 70 ao 75 da Constituição de 1988, os quais fazem parte da Seção IX (da fiscalização contábil, financeira e orçamentária), do Capítulo I (do Poder Legislativo), do Título IV (da organização dos poderes). Ainda, os artigos 33, parágrafo 2º e 161, parágrafo único da Constituição, estabelecem mais algumas atribuições aos órgãos de contas.

Salienta-se que a Constituição de 1988 instituiu o Tribunal de Contas da União, o qual é utilizado como padrão para os congêneres estaduais e municipais, sendo que estes detêm as mesmas prerrogativas de

autonomia constitucional que são garantidas aos Tribunais do Judiciário. Ademais, por meio de suas atribuições satisfaz concomitantemente a todos os critérios que os identificam e distinguem como uma estrutura política da soberania, a qual desempenha funções de proteção aos direitos fundamentais (MOREIRA NETO, 2003).

Evidencia-se que no Brasil existem 33 Tribunais de Contas, sendo: 1 Tribunal de Contas da União (TCU)⁵; 26 Tribunais de Contas de Estados (TCE)⁶; 3 Tribunais de Contas dos Municípios do Estado (TCM)⁷; 2 Tribunais de Contas do Município⁸ (TCM)⁹; e 1 Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Desta forma, verifica-se que o artigo 71 da Constituição prevê competências ao Tribunal Contas União (TCU) e o artigo 75 as estendeu para os Tribunais de Contas estaduais, cujas Constituições Estaduais devem seguir, no que couber, o que foi determinado para o TCU. Sendo que para o presente estudo é importante mencionar a competência para efetuar auditorias operacionais prevista no artigo 71, inciso IV, da Constituição, o qual indica que compete ao TCU realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, as inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária,

-
- 5 Responsável pelo controle dos bens, receitas e gastos da esfera federal e sobre os territórios federais, quando houver.
 - 6 Ressalta-se que é um por estado-membro, assim nos estados em que não houver Tribunais de Contas municipais estes exercem jurisdição sobre o estado-membro e sobre todos os municípios, auxiliando a Assembleia Legislativa e as câmaras municipais no controle externo. Desse modo, os TCEs estão presentes nos seguintes estados-membros: Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santos, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo, Sergipe, Tocantins.
 - 7 Para os municípios dos estados-membros: Bahia, Goiás e Pará. Observa-se que o dos municípios do Ceará foi extinto em 2017. Destaca-se que esses órgãos de contas cuidam das contas de todos os municípios dos respectivos estados-membros e auxiliam as câmaras municipais. Nesses Estados a atuação do TCE se restringe ao controle dos órgãos e recursos estaduais.
 - 8 Nos municípios de: São Paulo e Rio de Janeiro. Desse modo, salienta-se que nos estados-membros de São Paulo e Rio de Janeiro, o TCE exerce jurisdição sobre o Estado e todos os municípios, com exceção do município da respectiva capital.
 - 9 A sigla TCM é utilizada tanto para os três Tribunais de Contas dos Municípios do Estado, quanto para os 2 Tribunais de Contas do Município, porém existem diferenças em suas jurisdições e atuações.

operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos três Poderes e demais entidades referidas no inciso II (LIMA; DINIZ, 2018).

Ressalta-se que as atribuições dos Tribunais de Contas podem ser agrupadas em quatro categorias: 1) opinativa e informativa, por meio da emissão de parecer prévio sobre as contas do chefe do Executivo e nas respostas às consultas formuladas ao Tribunal; 2) fiscalizadora, no caso das auditorias e inspeções; 3) corretiva, quando assinala prazo para correção de irregularidades; e 4) jurisdicional especial, no momento em que julga as contas do chefe do executivo, conforme previsto no inciso II do artigo 71 da Constituição (PARDINI, 1997).

Consequentemente, é necessário a realização de auditorias operacionais para se verificar a atuação dos gestores quando executam os programas governamentais, eis que, os recursos públicos devem ser utilizados de forma econômica, eficaz e eficiente. Bem como é possível analisar, com esse tipo de auditoria, se os programas do governo são efetivos, isto é, se a sociedade vem sendo beneficiada (SILVA, 2006).

Dessa maneira, observa-se que a fiscalização realizada por meio de inspeções e auditorias desempenham um papel importante dentre as atividades de controle externo a cargo dos órgãos de contas, visto que não existe limitação constitucional ou legal com relação ao exercício dessa competência. Além disso, visa à apuração imediata de ilegalidades ou irregularidades, ao agir de forma preventiva; permitindo uma ação pedagógica, ao instruir os fiscalizados sobre a melhor forma de execução das atividades e correção das eventuais falhas, bem como tende a causar forte pressão intimidativa com o intuito de coibir a ação de atos ilícitos (GUERRA, 2003).

Assim, as auditorias operacionais, dentro do controle externo, são entendidas como a avaliação da eficácia no cumprimento dos objetivos, dos programas e das metas de uma entidade, bem como avalia a legalidade, a economicidade e a eficiência na administração dos seus recursos. Ademais, a adoção das auditorias operacionais é importante em razão da necessidade do controle e da avaliação permanente do desempenho das atividades governamentais, que visa demonstrar à sociedade o bom emprego dos recursos públicos (ROCHA, 2013).

Com relação a implementação das políticas públicas, Meneguim e Freitas (2013) destacam que não basta que sejam limitados os gastos aos percentuais mínimos, os quais devem ser investidos em cada área, determinados pelo Estado como essenciais para o atendimento das necessidades sociais, visto que que é crescente a necessidade de se valorizar as po-

líticas públicas. Sendo importante que sejam analisados os motivos que tornam determinada intervenção necessária, o planejamento das ações para que se desenvolva a iniciativa, como se dá a definição dos agentes que são encarregados de implementá-las, realizando, ainda, um levantamento das normas disciplinadoras e uma avaliação de impactos.

Nesse sentido, verifica-se que auditorias operacionais traçam diretrizes, as quais visando destacar se há espaços para melhorias. Com isso, evidencia-se que esse modelo de auditorias não se limita a apontar apenas os problemas, mas procura realizar recomendações aos responsáveis pelas políticas públicas. Salienta-se que as referidas recomendações têm força quase obrigatória, eis que os responsáveis por executar as políticas devem justificar de forma detalhada caso descumpram as recomendações, sob pena de responsabilidade. As determinações possuem caráter obrigatório pelos órgãos auditados, pois são decorrentes de exigência legal, ou seja, a própria lei estabelece a forma que será realizada a escolha, cabendo ao gestor decidir somente nos pontos em que a lei deixou tais possibilidades abertas (LIMA; DINIZ, 2018).

Portanto, o Tribunal de Contas exerce um papel socialmente importante e fundamental, o qual vem sendo fortalecido com a realização das auditorias operacionais, pois a sociedade e o Poder Legislativo podem verificar como estão sendo aplicados os valores referentes aos percentuais mínimos e como são executados os programas governamentais, especialmente, nas áreas da educação e saúde. Desta forma, evidencia-se que as auditorias operacionais são consideradas instrumentos ou mecanismos que buscam à fiscalização da efetivação das políticas públicas referentes aos direitos fundamentais de saúde e educação.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa objetivou-se responder qual o papel do Tribunal de Contas e qual instrumento é utilizado por este órgão para o controle das políticas públicas de saúde e educação. Para tanto, em um primeiro momento observou-se a formação do federalismo brasileiro, dando-se ênfase após a Constituição de 1988.

Em um segundo momento analisou-se a previsão dos direitos à saúde e à educação no ordenamento brasileiro. Desse modo, nota-se que os direitos à saúde e à educação foram concebidos pela Constituição como direitos fundamentais, uma vez que estão dispostos no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, no seu artigo 6º. Assim, à saúde encontra-se

disposta entre os artigos 196 ao 200 da Constituição e à educação está prevista entre os artigos 205 ao 214 da referida norma. Além disso, destacou-se no decorrer do referido ponto, as normas infraconstitucionais que dispõem sobre o direito à saúde e à educação, bem como verificou-se os percentuais mínimos que devem ser aplicados pelos entes federativos.

Por fim, em um terceiro momento verificou-se o Tribunal de Contas, o qual é um órgão independente e autônomo, não pertencendo a nenhum dos três Poderes da República, que exerce magistratura *sui generis* como um órgão fiscalizador. Além de ser um órgão público especializado em auxiliar o Congresso Nacional no controle externo dos gastos públicos, no que tange às atividades financeiras e orçamentárias, o qual apresenta como atribuições principais a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Após identificou-se que os órgãos de contas possuem competência para realizar auditorias operacionais, nos termos do artigo 71, inciso IV, da Constituição, as quais têm como finalidade o controle de políticas públicas. Sendo que as auditorias operacionais traçam diretrizes, visando destacar se há espaços para melhorias. Com isso, evidencia-se que esse modelo de auditorias não se limita a apontar apenas os problemas, mas procura realizar recomendações aos responsáveis pelas políticas públicas, bem como avaliam a eficácia no cumprimento dos objetivos, dos programas e das metas de uma entidade, além de avaliar a legalidade, a economicidade e a eficiência na administração dos seus recursos.

Nesse sentido, respondendo ao problemas de pesquisa, é possível observar que o Tribunal de Contas tem um papel socialmente fundamental e que o instrumento utilizado pelo órgão de contas mais eficaz na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, de saúde e educação, são as auditorias operacionais, pois a sociedade e o Poder Legislativo podem através destes verificar como estão sendo aplicados os valores referentes aos cumprimento dos percentuais mínimos e como vem sendo executados os programas governamentais referentes às áreas de educação e de saúde.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, F. L.; FRANZESE, C. Federalismo e Políticas Públicas: O Impacto das Relações Intergovernamentais no Brasil. In: Maria Fátima Infante Araújo;

Lígia Beira. (Org.). Tópicos de Economia Paulista para Gestores Públicos. 1. ed. FUNDAP: São Paulo, 2007, v. 1, p. 13-31.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BERCOVICI, Gilberto. Dilemas do Estado Federal Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990a. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://por.tal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/lei8080.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 25 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm>. Acesso em: 24 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 24 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPELO, Valmir. O tribunal de contas no ordenamento jurídico brasileiro. In: SOUSA, Alfred José de, et. al. (Coord.). O novo tribunal de contas: órgão protetor dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

CASSEB, Paulo Adib. Federalismo: aspectos contemporâneos. Coleção saber jurídico. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Limites da iniciativa parlamentar sobre políticas públicas. fev. 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD122-JoãoTrindadeCavalcanteFilho.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

COSTA, Jean Mário Araújo; CUNHA, Marla Couto; ARAÚJO, Rosimeire Baraúna M. de. Federalismo cooperativo brasileiro: implicações na gestão da educação municipal. *Jornal de Políticas Públicas Educacionais*, n. 8. p. 14-23, jul./dez. 2010.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Federalismo político e educacional. In: FERREIRA, Naura Syria Carapeto (Org.). Políticas públicas e gestão da educação. Brasília: Líber Livro, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O Estado federal. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERREIRA, Gustavo Sampaio Telles. Federalismo constitucional e reforma federativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GUERRA, Evandro Martins. Os controles externos e internos da administração pública e os Tribunais de Contas. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

HORTA, Raul Machado. Estudos de Direito Constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Joachim Andreas. Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes; DINIZ, Gleison Mendonça. Avaliação de políticas públicas pelos Tribunais de Contas: fundamentos, práticas e a experiência nacional e internacional, p. 399-416. In: SACHSIDA, Adolfo (Org.). Políticas Públicas: avaliando mais de meio trilhão de reais em gastos públicos. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

LIMA, Rogério de Araújo. Os artigos federalistas: a contribuição de James Madison, Alexander Hamilton e John Jay para o surgimento do federalismo no Brasil. Revista de Informação Legislativa. v.48. n.192. p. 125-136, out./dez., 2011.

MEDAUAR, Odete. Controle da administração pública. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MILLON, Lara Vanessa. Participação popular nas políticas públicas municipais: eficácia e implementação. Revista de Direito, v.13, n.17, p. 59-71, 2010.

MIOLA, César. Tribunais de Contas: controle para a cidadania. Revista do Tribunal de Contas do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, v. 14. n. 25, p. 204, jan/jun., 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEGUIN, Fernando B; FREITAS, Igor Vilas Boas de. Aplicação em avaliação de políticas públicas: metodologia e estudos de casos. In: Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado, n. 123, mar de 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/nepsf1.html>>. Acesso em: 15. jul. 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. In: Encontro Luso-brasileiro de Tribunais de Contas. 1. ed. 2003, ESTORIL. Lisboa: T.C., 2004.

PARDINI, Frederico. Tribunal de contas da União: órgão de destaque constitucional. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997. (Tese de doutoramento em Direito).

PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à saúde: Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial. 2013. 270f. (Dissertação Mestre em Direito do Estado - Ciências Jurídicas), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

PUCCINELLI JR, André. O federalismo cooperativo e a reserva do possível no âmbito da saúde, educação e saúde pública. Tese (Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Federalismo fiscal e reforma tributária. In: Temas de Direito Constitucional Tributário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Função da Auditoria Operacional na Avaliação e no Controle de Entidades Governamentais. Disponível em: <<http://www.betatreinamento.com.br/visita/Funcao%20da%20Audit%20Op.htm>>. Acesso em 16 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Eliane de Sousa. Auditoria operacional: um instrumento de controle social. 2006. Disponível em: <<http://www.tce.ba.gov.br/Publicacoes/conteudo/artigo1.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

SOARES, Márcia Miranda; MACHADO, José Angelo. Federalismo e políticas públicas. Brasília: Enap, 2018.

SODRÉ, Mariana Priscila Maculan. Controle de Constitucionalidade pelo Tribunal de Contas da União. In: SOUZA JUNIOR, José Geraldo de (Org.). Sociedade democrática, direito público e controle externo. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Revista de Sociologia Política. Curitiba, n. 24, p. 105-121, jun. 2005.

SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: Práticas institucionais. Revista Lua Nova: revista de cultura e política. São Paulo, n. 58, p. 37-60, 2003.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO: UMA ANALOGIA DO ARTIGO 22 DA LEI 11.340 DE 2006 AOS CASOS EM QUE A VÍTIMA E O AGRESSOR TRABALHAM PARA O MESMO EMPREGADOR

THE WOMAN VICTIM OF VIOLENCE IN THE FIELD OF WORK: AN ANALOGY OF ARTICLE 22 OF LAW 11.340 OF 2006 TO THE CASES IN WHICH THE VICTIM AND THE AGGRESSOR WORK FOR THE SAME EMPLOYER

Isadora Hörbe Neves da Fontoura¹
Suzéte da Silva Reis²

1 INTRODUÇÃO

A Lei 11.340 de 2006, intitulada Lei Maria da Penha, possui como finalidade garantir os direitos humanos e a paz social às mulheres que foram vítimas de violência. Para isto, elencou em seu artigo 7º, cinco espécies de violências que a mulher poderá vir a sofrer e estará sob a proteção da lei. Quais sejam: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Para a efetiva proteção

1 Graduada do décimo semestre do curso de direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante do Grupo de Pesquisas “Relações de Trabalho na Contemporaneidade”. Integrante do Grupo de Pesquisas “Direito, Cidadania & Políticas Públicas”. Integrante do “Grupo de Trabalho em Apoio a Refugiados e Imigrantes”. Endereço eletrônico: isadorahorbe@hotmail.com. Currículo Lattes: 9740515127681628.

2 Doutora em Direito (Área de concentração: Direitos Sociais e Políticas Públicas) pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Mestre em Direito, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito e do Curso de Graduação em Direito da UNISC. Professora de Cursos de Especialização Lato Sensu em diversas instituições de ensino superior. Coordenadora do Grupo de Pesquisas “Relações de trabalho na contemporaneidade”. Endereço eletrônico: sreis@unisc.br. Currículo Lattes: 0526411653933592.

à mulher que está em situação de violência doméstica e familiar, a Lei 11.340 de 2006 assegurou em seu artigo 22, dez medidas protetivas de urgência que tem por objetivo principal o afastamento do agressor perante a ofendida e, se for o caso, de sua família.

A mulher que se encontra em cenário de violência doméstica e familiar, para poder recomeçar a sua vida, necessita estar longe do violentador que retirou dela o direito mais fundamental de todos: o direito à vida. Há situações em que a vítima é dependente financeiramente do agressor que, inquestionavelmente, é o responsável pelo seu sustento. Todavia, poderá existir casos em que a mulher agredida não é dependente financeiramente do seu violentador e, inclusive, poderá ter a chance de trabalhar no mesmo local que ele. Não há previsão no ordenamento jurídico para estes casos específicos onde a vítima e o agressor trabalham para o mesmo empregador. Entretanto, o artigo 22 da Lei Maria da Penha é nítido ao dizer que o violentador não poderá se aproximar da vítima, caso sejam deferidas as medidas protetivas de urgência a ela, neste sentido, não poderá trabalhar no mesmo local que ela.

Desta maneira, mesmo que não haja nenhum dispositivo legal tratando acerca da proteção jurídica à mulher vítima de violência na esfera trabalhista, na situação em que esteja trabalhando para o mesmo empregador que o seu violentador, conforme as medidas protetivas de urgências elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, é de necessidade imperiosa que o agressor não possa chegar perto da vítima, portanto, não possa estar prestando os seus serviços no mesmo local que ela.

Para responder ao problema de pesquisa de que forma a mulher que foi vítima de uma violência possa ter a proteção jurídica necessária no ambiente de trabalho, nos casos em que for empregada do mesmo empregador que o seu agressor, utilizou-se o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica. A hipótese é a analogia do artigo 22 da Lei Maria da Penha das medidas protetivas de urgência, que obrigam o afastamento do agressor perante a vítima.

2 A LEI 11.340 DE 2006

Intitulada como Lei Maria da Penha, a Lei 11.340 de 2006 possui como finalidade principal proteger à mulher que sofreu ou está sofrendo violência doméstica e familiar. Em seus 46 artigos, a supracitada lei possui como propósito coibir, prevenir e erradicar a violência para assegurar a integridade física, psíquica, sexual, patrimonial e moral da vítima.

A Lei Maria da Penha foi um marco histórico para a luta dos direitos das mulheres, em razão de que antes do dia 7 de agosto de 2006, data em que foi sancionada pelo Presidente da República a referida lei, não havia proteção jurídica à mulher que fosse violentada. Neste sentido, caso uma mulher fosse vítima de uma violência, não existiria uma lei que assegurasse os seus direitos no ordenamento jurídico e, por esse motivo, muitas vezes as mulheres eram agredidas e não denunciavam por medo de nada acontecer com o seu agressor. Nada ocorreria com o violentador e, caso ele tivesse ciência da denúncia da ofendida, poderia agravar as formas de violência ou cometer um ato fatal contra ela.

O fato de que não poderia ocorrer nenhum acontecimento ao violentador, como o obrigatório afastamento do agressor à ofendida e, se for o caso, de seus familiares, ou até mesmo a prisão, anteriormente à Lei 11.340 de 2006, é justificado em razão de que a violência contra a mulher foi por muitos períodos vista como algo normal e comum em uma relação afetiva. Esses períodos remetem a era do sistema patriarcal. Conforme Porto (2007, p. 13) a violência é considerada uma constante na natureza humana. Desde a aurora do homem e, provavelmente, até o crepúsculo da civilização, a violência acompanha passo a passo a humanidade, a cada atitude em que reemerge no cotidiano, nossa paradoxal condição, tão selvagem quanto humana.

No sistema do patriarcado, a mulher sempre foi relegada a um segundo plano, tendo como responsabilidades a criação dos filhos e as tarefas domésticas envolvendo a casa. Não tinha voz para opinar, as decisões sempre eram proferidas pelo seu marido. O homem, na era patriarcal, era detentor de muitas responsabilidades e muitos mais direitos que as mulheres. Dessa maneira, na relação matrimonial, o marido tinha poder sobre a sua esposa, seus princípios e pensamentos. Se houvesse quaisquer discórdias por parte da mulher no casamento, o homem poderia utilizar de métodos agressivos para obter a resposta que desejava de sua esposa.

No caso da violência contra a mulher, tal hipossuficiência decorre de todo este desenvolvimento histórico, antes resumido, que a colocou em uma posição submissa frente ao homem, encarada como o “sexo frágil”, detentora de menores responsabilidades e importância social. O homem, desde a infância, foi sendo preparado para atitudes hostis, para arrostar perigos e desafios, mesmo com o uso da violência. As próprias atividades lúdicas normalmente incitadas à infância masculina são relacionadas ao uso da força, das armas, do engenho,

ao passo que a mulher, pelo contrário, foi historicamente preparada para a subserviência e a passividade (PORTO, 2007, p. 18).

Os métodos agressivos, comuns e normais vistos pela sociedade, em razão de não existir uma lei anterior que punisse o homem que praticasse violência contra a mulher, eram todas as formas de violência que a Lei 11.340 de 2006 possui como objetivo erradicar. Neste sentido, as violências nas relações afetivas eram presentes e aceitáveis. Sem uma proteção jurídica assegurada, a vítima da violência não tinha para quem recorrer.

Anteriormente a 2006, ano em que foi criada a Lei Maria da Penha, existia já a Constituição Federal de 1988 que elencou em seu artigo 5º os direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, dessa maneira, não podem ser violados. Indubitavelmente, o direito mais fundamental de todos e que é violado quando uma pessoa está sofrendo ou sofreu alguma espécie de violência é o direito à vida. Entretanto, somente com a criação da Lei 11.340 de 2006 que as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar começaram a ser ouvidas e tiveram coragem para irem denunciar os seus agressores. Mesmo tendo o direito à vida violado, ou seja, uma cláusula pétrea assegurada na Carta Magna violada, as ofendidas não tinham voz para terem efetiva proteção jurídica. Por esta razão, é inquestionável afirmar que a Lei Maria da Penha foi um dispositivo revolucionário na luta das mulheres por seus direitos.

A Lei Maria da Penha não é uma simples lei, é um precioso estatuto, não somente de caráter repressivo, mas, sobretudo, preventivo e assistencial. Verdadeiro microssistema que visa coibir a violência doméstica trazendo importantes mudanças. Apesar de não ser uma lei penal, nítido o seu colorido penalizador, ao tratar com mais rigor as infrações cometidas contra a mulher, no âmbito familiar, doméstico e em relações íntimas de afeto. Enquanto no processo penal comum vige o princípio in dubio pro reo, no caso de violência doméstica vigora o in dubio pró-mulher. Pela primeira vez é emprestada credibilidade à palavra da mulher (DIAS, 2019, p. 93).

Esta tão significativa lei para o avanço dos direitos das mulheres, foi criada através da luta de uma sobrevivente, que também teve o seu nome em homenagem a lei: Maria da Penha Maia Fernandes.

Enquanto estava cursando mestrado na cidade de São Paulo, Maria da Penha conheceu a pessoa que iria inseri-la em um ciclo de violência: Marco Antonio Heredias Viveros. No início da relação, Mar-

co Antonio era considerado uma pessoa calma, sem traços de agressividade e violência. Entretanto, com o passar dos anos, Marco Antonio começou a se revelar o agressor que sempre foi. Estas características conceituam o ciclo da violência.

Antes mesmo de o relacionamento tornar-se abusivo, há sinais indicativos de cuidados: apego rápido, ciúme excessivo, controle do tempo, isolamento da família e dos amigos, uso de linguagem derogatória, culpabilização da mulher e minimização dos abusos. A vulnerabilidade própria do enamoramento e do apaixonamento converte-se em cegueira. O ciclo da violência é perverso (DIAS, 2019, p. 22).

Dessa forma, o ciclo de violência tem início de uma forma lenta, devagar e sutil. Acompanhado de muitas declarações amorosas, presentes e mimos do violentador para a vítima, a vida a dois parece ser um sonho. Todavia, caso haja alguma situação em que a mulher discorde de algo que o agressor acredite, com o seu instinto agressivo, já parte para a violência contra a mulher. É comum que a violência psicológica, a presente em todas as outras espécies de violência que a Lei 11.340 de 2006 visa combater, seja a primeira a ser manifestada. Ataques de ciúmes, desconfianças do agressor perante a vítima, são acompanhados de humilhações e inferiorizações à mulher, o que causa a baixa autoestima e a extinção do amor próprio na vítima. Após as agressões verbais, o violentador evolui para a violência física, causando ferimentos externos na vítima. Em um primeiro momento, a ofendida possui o desejo de ficar longe daquele que a violentou verbalmente e fisicamente, entretanto, todo o comportamento agressivo que o homem teve com ela, transforma-se para grandes demonstrações de amor. E, neste momento, o ciclo se reinicia.

A mulher vítima da violência aceita o seu agressor de volta e por um período ele continua sendo amável, até começar a ser quem realmente é. Como entrou muitas vezes nesse ciclo e de tanto o agressor atingi-la com palavras de baixo calão, a vítima começa acreditar em todos os dizeres negativos que ele direcionou a ela. Há ocasiões em que a ofendida começa a desenvolver sentimentos de obsessão perante o seu violentador e não consegue enxergar a violência que está sofrendo, justificando sempre os seus atos de violência contra ela como se fosse sua culpa.

Maria da Penha Maia Fernandes vivenciou este ciclo de violência. Todavia, Maria da Penha tinha ciência de que estava sofrendo violência de Marco Antonio, mas, temendo a sua segurança e das suas filhas, já

que não havia um disposto legal garantindo a sua proteção jurídica, não tomou nenhuma atitude para encerrar este ciclo. Precisou vivenciar situações desagradáveis que o agressor Marco Antonio a submetia.

Eu vivia em função de evitar que as coisas piorassem, sempre na mesma luta para controlar as crianças a fim de que não o irritassem. Minhas filhas continuavam sujeitas ao distúrbio emocional do pai, que sempre acordava de péssimo humor. Tudo era motivo de bater nas filhas, quebrar os brinquedos ou objetos quaisquer que encontrasse à sua frente. Às vezes, só por encontrar uma cadeira, toalha ou outro objeto fora do lugar, já era motivo para gritar, quebrar as coisas de casa com tanta raiva que nos amedrontava, inclusive as babás, as queridas Dina e Rita, que a tudo testemunhavam, espantadas. Ele parecia buscar mínimos motivos para provocar as situações de agressividade (FERNANDES, 2010, p. 28).

Este cenário de violência que Maria da Penha aceitava por conta do medo, mudou radicalmente após duas tentativas de homicídio que sofreu de Marco Antonio, pois, nestas ocasiões, ela começou a ir atrás de seus direitos na justiça.

Na primeira tentativa de homicídio, Maria da Penha recebeu dois tiros nas costas que acabou por deixando-a paraplégica. Na segunda tentativa, Marco Antonio tentou eletrocutar Maria da Penha enquanto tomava banho. Todavia, somente após dezenove anos e seis meses da segunda tentativa de homicídio, o agressor Marco Antônio foi preso. Maria da Penha precisou esperar anos para que o Poder Judiciário realmente fizesse justiça para com ela e suas filhas, além de todo o sofrimento que havia passado durante os anos do ciclo de violência que foi submetida. (FERNANDES, 2010, p. 101)

A luta para que Marco Antonio fosse considerado culpado não foi nada fácil. A morosidade da justiça brasileira adiava o julgamento do agressor de Maria da Penha. A sobrevivente necessitou recorrer a instituições de peso para que o julgamento fosse, finalmente, realizado e o violentador fosse considerado culpado. As instituições que Maria da Penha recorreu foi a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA) e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Em virtude da publicação do relatório 54/2001, o caso de Maria da Penha foi conhecido internacionalmente.

O caso de Maria da Penha chegou ao conhecimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), sediada em Washington, Estados Unidos. [...] Pois bem, em 20 de agosto de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia apresentada pela própria Maria da Penha, bem como pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Em virtude de tal provocação a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou, em 16 de abril de 2001, o Relatório 54/2001. Trata-se, sem dúvida, de documento indispensável a quem pretende entender a situação da violência contra a mulher em nosso País e, dada à repercussão que ganhou, inclusive no meio internacional, serviu como poderoso incentivo para que se restabelessem as discussões sobre o tema, culminando, passados pouco mais de cinco anos de sua publicação, com o advento, finalmente, da Lei Maria da Penha (CUNHA; PINTO, 2011, p. 24-25).

Com toda a repercussão nacional e internacional do caso de Maria da Penha Maia Fernandes, foi sancionada no dia 7 de agosto de 2006 a Lei 11.340 de 2006, em homenagem a esta sobrevivente.

A Lei Maria da Penha possui como finalidade principal erradicar e combater a violência contra a mulher. Diante disso, elencou cinco espécies de violências que estão sob a sua proteção: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. Todas as violências estão previstas no artigo 7º da supracitada lei:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual

não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm).

A mulher que sofreu uma das cinco espécies de violências que a Lei Maria da Penha visa combater, deverá ir à uma delegacia de polícia, principalmente as delegacias especializadas no atendimento à mulher (DEAM), para registrar um boletim de ocorrência contra o seu agressor e, caso seja de sua vontade, solicitar as medidas protetivas de urgência.

3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Elencadas no artigo 22 da Lei Maria da Penha, as dez medidas protetivas de urgência possuem como objetivo fazer com que o violentador não possa mais se aproximar da ofendida. Se as medidas protetivas forem deferidas à vítima e o agressor desrespeitá-las, será preso.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 ;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;*
- c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;*
- IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;*
- V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.*
- VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação; e (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020)*
- VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (Incluído pela Lei nº 13.984, de 2020) (BRASIL, 2006, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).*

No inciso I, encontra-se a medida protetiva de urgência referente a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente. Esta medida serve para que caso o agressor tenha porte de armas, não cometa um delito fatal contra a vítima. Já que o autor do delito teve coragem de violentá-la, não é ilusão acreditar que ele possa finalizar com a sua vida através de tiros, se possui uma arma.

A suspensão da posse ou restrição do porte de armas é considerada uma prevenção para que não ocorra um delito mais agravado à ofendida. E, caso o agressor não tenha legalmente o porte de armas, também será retirado este instrumento dele e ainda culminará uma pena maior por estar portando a arma ilegalmente.

Expressa no inciso II, há a medida obrigatória de afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida. Esta medida também é considerada preventiva, no sentido em que se o violentador continuar convivendo com a ofendida, no mesmo lar, domicílio ou local, ao ter ciência de que ela foi denunciá-lo, ele poderá ter uma atitude de violência mais drástica perante a vítima.

Também poderá ocorrer o caso em que a mulher vítima de violência vá a delegacia registrar o boletim de ocorrência e solicitar as medidas protetivas de urgências, relatando que o seu agressor está ameaçando-a de morte. Nessa situação, para que não ocorra a efetivação das ameaças de morte, o violentador não poderá estar mais convivendo com a ofendida.

Obviamente, o afastamento do lar somente será deferido ante a notícia da prática ou do risco concreto de algum crime que o justifique, e não como mero capricho da ofendida, dado que, muitas vezes, o afastamento do varão extrapola os prejuízos à sua pessoa,

significando medida violenta que também priva os filhos do contato com o pai. Existindo, porém, indicativos de um passado violento entre o casal e do risco de sérios desdobramentos, o afastamento do agressor do lar é uma das medidas mais eficazes para prevenir consequências danosas que a convivência sob o mesmo teto pode permitir e até mesmo encorajar (PORTO, 2007, p. 94).

No inciso III há a proibição de três determinadas condutas, quais sejam: aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação e frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida.

A primeira proibição, sendo a não aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor, além de enaltecer a importância que o inciso II do artigo 22 traz sobre a distância entre o violentador e a vítima, nesta determina proibição, abarca a questão dos familiares da ofendida e das testemunhas que presenciaram as agressões. O não contato do agressor com os familiares e as testemunhas tem por objetivo evitar que o autor do delito possa fazer ameaças a eles, impedindo-os de incentivarem a vítima a continuar lutando por seus direitos e também para omitirem o que realmente possuem conhecimentos das ocasiões em que ocorreu os delitos das violências.

A segunda proibição refere-se ao não contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. Esta proibição possui como finalidade impedir que o agressor possa fazer ameaças a ofendida, seus familiares e testemunhas por mensagens de celular e ligações.

Outra restrição positiva prevista na Lei Maria da Penha é a possibilidade proibir o contato do agressor com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação. A vedação abrange diversas formas: telefone, carta, e-mail, Messenger, WhatsApp, redes sociais, etc (DIAS, 2019, p. 172).

A terceira e última proibição é a não frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. Para a vítima da violência ter a oportunidade de recomeçar a sua vida após todos os momentos terríveis que vivenciou, ela necessita ficar longe

do violentador. Se continuar convivendo com a pessoa que a retirou o direito de viver uma vida plena e saudável, poderá começar a desenvolver problemas psíquicos, em virtude de sempre ter a chance de se recordar de todas as situações ruins que passou com o agressor.

Esta proibição de conduta também é uma atitude preventiva, pois o violentador, caso continue frequentando o mesmo local que a vítima após as agressões, poderá cometer novas violências contra ela, mesmo com o deferimento das medidas protetivas de urgência.

No inciso IV, está a medida protetiva de urgência de restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar. Os filhos da vítima e de seu agressor, são ouvidos por uma equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar, que constatará se os dependentes estão sendo ou não agredidos também pelo pai. Caso os filhos estejam sendo violentados, o agressor não poderá se aproximar dos menores.

Expressa no inciso V, encontra-se a medida protetiva de urgência de prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Como em determinados casos a vítima da violência doméstica e familiar é dependente financeiramente do autor do delito, ele necessita prestar alimentos provisionais ou provisórios para manter o sustento da ofendida e de seus filhos, se tiverem em comum.

Finalizando o rol das medidas protetivas de urgências, estão elencadas nos incisos VI e VII, medidas protetivas que possuem como objetivo auxiliar o agressor em seu tratamento psíquico após ter executado agressões contra a vítima, quais sejam: comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio.

Para que a vítima da violência doméstica e familiar consiga as medidas protetivas de urgência, ela necessita ir a uma delegacia de polícia, preferencialmente à delegacia especializada no atendimento à mulher, registrar um boletim de ocorrência, preencher o formulário nacional de risco e proteção à vida com o policial competente e, assim, solicitar as medidas protetivas de urgência. A autoridade competente para deferir ou não as medidas é o juiz de direito da comarca onde a vítima for registrar. O magistrado terá o prazo de 48 horas para decidir.

Diante do exposto, as medidas protetivas de urgências possuem como objetivo principal fazer com que a vítima possa retomar a sua vida com tranquilidade, longe da pessoa que lhe causou tantos momentos ruins e dolorosos. A palavra normalidade foi extinta do seu dicionário

quando estava presente no ciclo de violência, todavia, com o deferimento das medidas protetivas de urgência, a supracitada palavra poderá voltar, aos poucos, a fazer parte do seu cotidiano.

4 A MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DO TRABALHO

Quando uma mulher se encontra em cenário de violência doméstica e familiar, independente de quaisquer violências que ela tenha sofrido, inquestionavelmente, está com o seu psicológico e emocional atingido. Todo o ser vivo que sofra alguma violência fica debilitado, inferiorizado e machucado. A violência é uma afronta a todos os direitos fundamentais.

A violência doméstica é um problema que atinge mulheres, crianças, adolescentes e idosos em todo o mundo. Decorre da desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres, bem como da discriminação de gênero ainda presente tanto na sociedade como na família. [...] As estatísticas provam que as mulheres são alvo permanente de agressões físicas e morais tanto no espaço público quanto no privado, em virtude, principalmente, do preconceito e da discriminação (CAVALCANTI, 2007, p. 19).

Dessa maneira, com os seus direitos violados em decorrência de todas as agressões que sofreu, a vítima fica extremamente vulnerável e debilitada psicologicamente. Por esta razão, mesmo que as violências tenham acabado em virtude de a ofendida ter denunciado o seu agressor, e, porventura, terem sido deferidas as suas medidas protetivas de urgência, ela não poderá mais conviver com a pessoa que a retirou bruscamente o direito a uma vida saudável e equilibrada. É necessitará de um período afastado do emprego para conseguir se reequilibrar.

Não existem garantias trabalhistas às mulheres que sofreram alguma espécie de violência. O artigo 9º da Lei 11.340 de 2006 é o único dispositivo no ordenamento jurídico que discorre acerca da questão da vítima no ambiente de trabalho.

9º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso.

§ 1º O juiz determinará, por prazo certo, a inclusão da mulher em situação de violência doméstica e familiar no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal.

§ 2º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica:

I - acesso prioritário à remoção quando servidora pública, integrante da administração direta ou indireta;

II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.

III - encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de dissolução de união estável perante o juízo competente (BRASIL, 2006, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).

O parágrafo segundo e inciso segundo do artigo 9º, abrange a questão do vínculo trabalhista à mulher que sofreu uma violência. O magistrado ou, se for o caso, o perito, poderá conceder um período de até seis meses para o afastamento da ofendida em seu ambiente de trabalho com manutenção do vínculo trabalhista, para que ela possa se recuperar dos traumas sofridos em decorrência das violências.

Este afastamento, sendo na esfera pública ou privada, é uma forma de que a mulher consiga transformar o cenário desprezível em que vivia e resgatar sua integridade psicológica, emocional e física que foi deteriorada durante o período das agressões. Todavia, não há nada na lei que assegure que se a mulher que foi vítima de violência precise de mais de seis meses para ficar afastada de suas atividades laborais, a justiça possa garantir esse período a mais.

Não há expressa previsão da possibilidade de prorrogação da medida para além de seis meses. Acontece que acaso não encerrado o feito principal neste prazo, persistindo os motivos ensejadores da manutenção cautelar do vínculo trabalhista, com a séria e fundada possibilidade de comprometimento da integridade física e psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, parece óbvio que a medida acauteladora deva ser prorrogada, quantas vezes parecer necessário e suficiente para manutenção da ordem pública, evitando-se, assim, a possibilidade de reiteração criminosa por parte do agente (DIAS, 2019, p. 184).

Nesse sentido, por lógica, caso seja constatada a necessidade imperiosa de que a mulher que foi violentada necessite ficar afastada mais do que o prazo máximo de seis meses concedidos a ela, o juiz, dada as circunstâncias comprovadamente necessárias, deverá conceder um prazo maior a vítima.

Quando a ofendida possui o deferimento da manutenção do vínculo trabalhista previsto no parágrafo segundo e inciso segundo do artigo 9º, não há nada expresso no dispositivo da forma em que ela vai continuar recebendo o seu salário. Portanto, é necessário fazer o questionamento de quem irá continuar pagando a vítima caso ela se afaste do emprego, se não há nenhuma previsão na lei falando sobre. Essa pergunta sem resposta, pode ser o motivo de mulheres que foram vítimas de violência e precisam trabalhar para se sustentar, não solicitem o afastamento do emprego ao magistrado, em virtude de não existir previsão de como irá ocorrer o pagamento nos momentos em que ela estiver afastada se recuperando das violências.

Dessa maneira, não há previsão de ser o empregador obrigado a proceder aos pagamentos nas circunstâncias do contrato de trabalho, bem como não se encontra entre as hipóteses de que a ausência do empregado não é considerada falta ao serviço, conforme artigos 131 e 474 da Consolidação das Leis do Trabalho. Diante do exposto, é necessário refletir se o afastamento determinado judicialmente é hipótese de suspensão ou interrupção do vínculo trabalhista. Caso se trate de suspensão do contrato de trabalho, a mulher terá a sua situação agravada, em virtude de que deixará de receber salário quando já se encontra privada do auxílio do marido ou companheiro agressor. De outra forma, não há como afirmar que ocorre a interrupção do contrato de trabalho, o que oneraria sobremodo o empregador que seria obrigado a pagar o salário da empregada, sem que possa contar com a respectiva contraprestação, pelo período de até seis meses. Na verdade, nesta situação, terá de pagar duas vezes: para a empregada vítima de violência que foi afastada e em favor daquela que a substituiu. A doutrina tem como tendência considerar que se trata de licença não remunerada em razão de ser descabida interpretação extensiva. (DIAS, 2019, p. 188)

Há situações em que a vítima que sofreu a violência é prestadora de serviços. E também existe casos em que a vítima e o agressor são empregados do mesmo empregador. Todavia, não há nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico assegurando proteção à mulher que sofreu violência doméstica e familiar e que trabalhe no mesmo local que seu

violentador. Nesse sentido, pela justiça, a ofendida teria que continuar trabalhando concomitantemente com o agressor.

Como discorrido anteriormente, o artigo 22 da Lei Maria Penha institui as medidas protetivas de urgências que possuem como finalidade principal o afastamento do agressor perante a vítima. Mesmo que não haja uma lei falando sobre o caso da mulher vítima de violência e de seu agressor prestarem serviços no mesmo ambiente de trabalho, poderá ser feita uma analogia ao supracitado artigo 22 da Lei 11.340 de 2006.

Dessa forma, o artigo 22 da Lei Maria da Penha elenca as medidas protetivas que obrigam o agressor, neste sentido, são aquelas voltadas diretamente ao sujeito ativo da violência doméstica, impondo-lhe obrigações e restrições que deverão ser cumpridas. As medidas protetivas de urgência restringem direitos, impondo ao agressor um comportamento omissivo, dessa maneira, a conduta ativa que afronte a ordem de abstenção tipificará o crime de desobediência à ordem judicial, previsto no art. 359 do CP. (PORTO, 2007, p. 91)

Nesta seara, se a vítima da violência solicitar as medidas protetivas de urgência e elas forem deferidas, o agressor não poderá chegar perto dela, caso contrário estará cometendo o delito de desobediência à ordem judicial.

Portanto, mesmo que não exista um dispositivo legal assegurando proteção à mulher que sofreu violência na esfera trabalhista neste caso específico de a vítima e o agressor prestarem serviços para o mesmo empregador, seria uma contradição e um viés de institucionalidade às medidas protetivas de urgência a mulher que sofreu violência continuar frequentando o mesmo ambiente que o seu violentador.

A mulher que sofreu violência necessita estar longe de seu violentador para conseguir recomeçar a sua vida. Estar convivendo com o agressor “normalmente” no ambiente de trabalho, será um impedimento para que a ofendida consiga seguir em frente, podendo agravar a violência psicológica que ela sofreu durante o ciclo de violência que esteve submetida e sofrerá por não conseguir ter a tranquilidade de viver uma vida sem ver o rosto todos os dias de quem lhe causou tanta dor e desespero. Por esta razão que a Lei Maria da Penha elencou as dez medidas protetivas de urgência, para que a mulher conseguisse voltar a viver, voltar a ter o seu direito a uma vida plena e saudável.

5 CONCLUSÃO

A Lei 11.340 de 2006 é considerada um dispositivo de deveras importância para o avanço dos direitos das mulheres. Em seus 46 artigos, trouxe segurança jurídica às mulheres que sofreram alguma das cinco espécies que a referida lei visa erradicar, como as medidas protetivas de urgências que efetivam a proteção às vítimas, afastando o agressor.

Quando uma mulher esteve em um ciclo de violência, após finalizado, ela necessita de um tempo para poder colocar a palavra “normalidade” em seu dicionário novamente. E, para que isso ocorra, a ofendida precisa estar afastada daquele que lhe causou tantas dores e sofrimentos. Caso contrário, não conseguirá recomeçar a sua vida com leveza e tranquilidade, sempre sendo assombrada pelos momentos terríveis de seu passado causado por seu violentador.

Há casos em que a vítima e o agressor trabalham para o mesmo empregador. Não há nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico discorrendo acerca da proteção jurídica que a mulher vítima de violência possui na esfera trabalhista caso preste serviços para o mesmo empregador que o seu agressor. Entretanto, é de necessidade imperiosa que nestes casos específicos seja feita uma analogia ao artigo 22 da Lei Maria da Penha.

As medidas protetivas de urgência obrigam o afastamento do agressor perante a vítima, justamente para evitar que a violência psicológica que ela sofreu durante o período das agressões continue se agravando e, também, para evitar possíveis futuras novas agressões. Dessa forma, é inquestionável que se a vítima tenha deferida as medidas protetivas, o agressor não possa chegar perto dela e estar frequentando os mesmos locais que ela. Ou seja, ele não poderá mais frequentar o mesmo ambiente de trabalho.

Diante do exposto, mesmo que não exista no ordenamento jurídico uma lei protegendo à mulher que sofreu violência no ambiente de trabalho nos casos em que ela e o seu violentador trabalhem para o mesmo empregador, por analogia ao artigo 22 da Lei 11.340 de 2006, o agressor não poderá trabalhar no mesmo local que ela, para que possa prevenir sua integridade psíquica e física.

Em resposta ao problema de pesquisa de que forma a mulher que foi vítima de uma violência possa ter a proteção jurídica necessária no ambiente de trabalho, nos casos em que for empregada do mesmo empregador que o seu agressor, restou confirmada a hipótese da possibilidade

da analogia ao artigo 22 da Lei Maria da Penha, que obriga o afastamento do agressor perante a vítima e, assim, previne a ofendida de poder desenvolver problemas graves psíquicos, em razão de não conseguir se desligar do ciclo de violência que vivenciou com o agressor.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. Violência doméstica: análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/06. Salvador: Editora JusPODIVM, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência Doméstica: Lei Maria da Penha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, MARIA BERENICE. A Lei Maria da Penha na Justiça. 6. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. Sobrevivi... posso contar. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Porto Alegre: Editora Livraria dos Advogados, 2007.

PARTE 03

SEGURANÇA PÚBLICA E POLÍTICA CRIMINAL: A EXPANSÃO DA INTERVENÇÃO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

PRISMAS DA LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

LIBERTY PRISMS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Rodrigo Chamorro da Silva¹
André Machado Maya²

1 INTRODUÇÃO

Embora seja, há muitos séculos, objeto da atenção de filósofos, cientistas políticos e juristas, o estudo da liberdade parece nunca superar um problema filosófico congênito: a relatividade valorativa de sua definição.

A apreciação da amplitude do direito de liberdade varia ao talante das diversas visões de mundo dos autores. Os conflitos dos intérpretes entre a tutela ou a restrição da liberdade parecem não escapar das determinações histórico-culturais de cada sociedade. Trata-se de um grave desdobramento, pois compromete os fundamentos das ações estatais, na tutela desse direito de primeira dimensão, em razão da ausência de padrões dogmáticos consensualmente seguros. Como resultado, desemboca-se no relativismo cognitivo em prejuízo de respostas adequadas ao estabelecimento de políticas públicas transparentes e socialmente eficazes.

A falta de entendimento consensual do ideal de liberdade determina a incomensurabilidade das intervenções estatais, com prejuízo à consolidação da democracia, aos mais caros valores constitucionais (em choque com outros postulados como, por exemplo, o da segurança pública) e, em

1 Mestre em Direitos Públicos Incondicionados, Especialista - MBA em Direito de Empresa e Direito Tributário, Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: chamorro@mprs.mp.br.

2 Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUCRS; Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Advogado. Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail de contato: andremmaya@gmail.com.

última análise, à própria garantia processual dos bens públicos incondicionados (resposta dada pelo Estado-Juiz ao pedido de tutela da liberdade).

Este assunto será abordado prefacialmente mediante um bosquejo jurídico-filosófico, para, na sequência, agregar ao tema algumas das contribuições oferecidas pelo direito pós-positivista. Em desfecho, traçar-se-ão meios de potencial superação da elevada relatividade do direito de liberdade e, por conseguinte, da insegurança jurídica que este fator impinge ao Estado Democrático de Direito. Para tanto, analisar-se-ão os ideais de coerência e integridade presentes na reconstrução da história institucional e da leitura moral do direito de Dworkin (não uma moral qualquer, mas a moralidade política instituída no Direito), bem como a teoria argumentativa de Alexy em prol da jusfundamentabilidade do direito de liberdade.

2 A RELATIVIDADE MORAL DO POSTULADO DA LIBERDADE

Toda moral supõe determinados princípios, normas ou regras de comportamento que são enraizados em cada sociedade, em condições específicas de tempo e espaço. Nessa conjuntura, a conceituação de grandezas abstratas e de forte conteúdo moral como a ideia de liberdade não se restringe a um entendimento procedural e formal, mas se respalda na análise dos dilemas morais humanos, da cultura dos povos e dos saberes práticos.

Ao longo da história, diversos modelos filosóficos se sucederam na tentativa de elaborar enunciados éticos com base no estudo dos fatos morais. Nesse fluxo, ao se buscar uma mensuração do conceito de liberdade, será inevitável a influência das diferentes teorias éticas, de tal modo que, exemplificativamente, enquanto alguns dirão que dada definição é correta porque integra uma dada virtude (aristotelismo), outros refletirão que será mais adequado o ato que promover o maior bem para o maior número (utilitarismo) e, outros, ainda, defenderão o agir que se conforme a interesses universalizáveis (kantismo). Em suma, a investigação do conteúdo dos direitos conduzirá a um diferente juízo prático-moral na resposta a depender da cultura e período da história de que se esteja a tratar.

Esse fenômeno atinge aos próprios direitos fundamentais de um modo geral, bastando notar que a sua diversidade terminológica contempla expressões como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”, o que, se de um lado confirma o alto grau de heterogeneidade, ambigui-

dade e ausência consensual na sua conceituação, de outro repercute, profundamente, na compreensão do significado e do conteúdo dos direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 27).

No contexto político norte-americano, Ronald Dworkin (2006) aduz que a divisão da comunidade política representa uma contraposição de argumentações desprovidas de fundamentos sólidos e/ou despidas de esforço dos participantes no alcance da verdade por meio de estratégias dialéticas dialogais. Explorando essa ideia, Francisco Motta (2017, p. 77) afirma que, para o autor estadunidense, a política norte-americana teria chegado a um estado deplorável, no qual lados divergentes (na especificidade, liberais e conservadores) não se tratariam mais como parceiros de um autogoverno, mas como disputantes de um mero embate sem o menor respeito intelectual recíproco. Em suma, Dworkin anota a falta de uma argumentação decente na vida política americana, entabulada por pessoas que compartilham premissas díspares a respeito de princípios políticos básicos, a exemplo de dois intrinsecamente relacionados e que constituem a centralidade temática do presente artigo: liberdade e democracia.

A propósito desses dois postulados, Hans Kelsen (2000, p. 11 e 140) pontifica que “o significado original do termo ‘democracia’, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de ‘governo do povo’ (demos = povo, kratein = governo)”. E, como essência do vocábulo, ter-se-ia o princípio da liberdade, no sentido da autodeterminação política. Contudo, mesmo essas duas palavras possuem uma gama de interpretações que obstam uma definição estanque e demandam um esforço do exegeta que vai além da literalidade, tanto que Kelsen questiona se um governo do povo é necessariamente um governo para o povo e vice-versa. Indaga, também, os limites hermenêuticos da própria expressão povo, uma vez que, se o ordenamento jurídico pudesse permitir, dentro de sua semântica, a existência de apenas uma pessoa, estaria, de viés, também assentindo com a transmutação de uma autocracia para uma democracia, o que não parece aceitável.

A definição de democracia, pois, não passa ao largo de uma abordagem multidisciplinar (moral, jurídica, política, cultural etc.) cambiante conforme o fluxo sucessório dos contextos histórico-sociais, problematizando a tarefa de se desvelar, concreta e estavelmente, qual o ideal de liberdade mais consentâneo a garantir a consagração dos valores democráticos aspirados pelo homem da modernidade, como se passará a ilustrar doravante mediante um breve esboço jurídico-filosófico.

Por primeiro, no Estado Liberal de Direito³, criam-se ambientes indutores do individualismo, da livre iniciativa, da autonomia privada e das liberdades públicas; avultam os solenes compromissos estatais de abstenção, de prestações negativas do Estado que significam, em suma e na prática, altaneira deferência às aludidas liberdades públicas do indivíduo, do sujeito de direito (notadamente do indivíduo burguês contratante); fortalecem-se compromissos públicos cujo conteúdo central é o dever de não embaraçar o exercício pleno dos direitos privados ligados às liberdades civis ou liberdades públicas (direitos de primeira geração ou dimensão)⁴. Também se percebe preocupação com a limitação da barbárie, dos excessos e desvios de poder próprios dos totalitarismos mediante a afirmação e culto à legalidade estrita e formal inerente ao positivismo como doutrina de tutela das liberdades e da segurança jurídica dos cidadãos (em especial a burguesia).

3 O Estado liberal, sobretudo na experiência ocidental, é associado aos direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão. O desenvolvimento da luta por reconhecimento dos direitos fundamentais, ao longo da história, foi categorizada através da ideia das gerações (ou dimensões) de direitos, tendo cada onda uma específica diretriz moral e uma especial meta política. Conforme Sarlet: “Os direitos fundamentais da primeira dimensão encontram suas raízes especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII (nomes como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant), segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, que marcaram o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental.” (SARLET, 2012, p. 45). Anota Bonavides que “os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado” (BONAVIDES, 2010, p. 563-464). Ainda sobre a tutela das liberdades, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que são “poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Constituem o que Constant iria denominar de ‘liberdade dos modernos’, numa fórmula que se tornou famosa” (FERREIRA FILHO, 2006, p. 23).

4 No que diz respeito aos direitos do cidadão contra ações negativas do Estado ou direitos de defesa, Alexy (1986, p. 193-201) subdivide-os em três grupos: a) direitos a que o Estado não impeça ou obstaculize ações do possuidor do direito, como exemplo o direito de locomoção do titular, de manifestar sua crença, expressar sua opinião; b) direitos a que o Estado não atinja alguns posicionamentos do indivíduo que possui o direito, como exemplo a inviolabilidade do domicílio; c) direitos a que o Estado não extinga certas posições jurídicas do possuidor do direito, como o direito à propriedade.

Esse curso histórico é alternado pelo Estado Social de Direito, compreendido, segundo o constitucionalista português Jorge Miranda, como o modelo de organização constitucional que sucede o Estado liberal ou que com ele parcialmente coexiste – como “um esforço de aprofundamento e de alargamento concomitantes da liberdade e da igualdade em sentido social, com integração política de todas as classes sociais”⁵.

Observa-se, portanto, que os direitos de defesa, negativos ou de liberdade, são aqueles que garantem ao seu titular jusfundamental, tanto em face do Estado como do particular, uma abstenção apta a lhe proteger contra eventuais embaraços e obstáculos de seus direitos; de outro lado, no caso dos direitos positivos ou prestacionais (ou sociais, econômicos e culturais), próprios do Estado Social, o titular do direito tem uma ação, material ou normativa, mormente em face do Estado, idônea a proteger a sua igualdade, sem prejuízo ao regular exercício de suas liberdades. Mas, como se obter um conceito democrático de liberdade frente à problemática da relatividade moral decorrente das distintas concepções de Estado, do avanço civilizatório e das diferentes comunidades políticas existentes em nível mundial?

Conforme Adela Cortina e Emilio Martínez Navarro (2005, p. 172-173), é óbvio que se deve descartar uma doutrinação em alguma das concepções morais professadas pelos distintos grupos que fazem parte de uma sociedade pluralista, porquanto nenhuma dessas teorias é compartilhada por todos os membros da sociedade, tampouco legitimamente é oponível perante as outras. Mas, de outro lado, também se deve rejeitar, no extremo oposto, uma assepsia valorativa porque tal método despe o hermeneuta de critérios e hábitos reflexivos que melhor propiciem o enfrentamento dos desafios conceituais. Nesse aspecto, existiria uma valiosa herança moral que as sociedades liberais democráticas não devem estar dispostas a renunciar, “a saber, o respeito profundo pelos mínimos

5 No rol das Constituições sociais que se seguiram à Mexicana de 1917 e à Alemã de 1919, o constitucionalista lusitano inclui a Constituição Brasileira de 1988. Para o autor, a crise do chamado Estado-Providência – que antecede o modelo do Estado Democrático de Direito – foi “derivada não tanto de causas ideológicas (o refluxo das ideias socialistas ou socializantes perante ideais neoliberais) quanto de causas financeiras (os insuportáveis custos de serviços cada vez mais extensos para as populações activas cada vez menos vastas), de causas administrativas (o peso da burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social).” (MIRANDA, 1997, p. 95 e 98).

de justiça e os valores que os tornam necessários, o anseio de desenvolver e exercer a autonomia pessoal e o desejo de auto realização pessoal”.

Para Dworkin (1996, p. 08), a leitura moral da Constituição, que para ele é indispensável, convive com a natural existência dos desacordos sobre os direitos, mas não afasta a responsabilidade política dos atores democráticos. Segundo o jusfilósofo de Oxford, os princípios da Constituição, em seu conjunto, impõem aos Estados tratar qualquer pessoa sob o seu domínio com igual status moral e político, bem como com idêntica consideração e respeito às liberdades individuais.

Em um semelhante prisma, Arnaldo Miglino (2010, p. 125-136) aduz haver aspectos comuns entre as concepções clássica e contemporânea de Estado: fundar-se em valores como liberdade, igualdade e solidariedade; descentralização do poder; vontade da maioria imposta pela dialética e não pela violência e, por fim, respeito à lei garantido por um sistema judicial. Tais princípios, segundo o autor, são “essenciais à democracia” – qualquer democracia.

Ainda, parece haver harmonia teórica na inteligência de que os direitos fundamentais guardam estreita relação com os direitos do homem; são direitos universais e de natureza moral, cuja validade independe de sua positivação, não obstante sejam direitos preferenciais que devem ser formalizados na Constituição por prevalecerem sobre o Direito positivo (representam a medida de sua legitimidade). Nesse aspecto, direitos, como a liberdade, revelam-se fundamentais porque a sua violação (ou não satisfação) atinge o âmbito nuclear da autonomia do ser humano, constituindo, ainda, modelos abstratos na medida em que podem ser limitados por outros direitos ou pela proteção de bens coletivos, a exemplo da segurança pública. Pode-se dizer, também, que são direitos individuais positivados na Constituição que representam a intenção de conversão dos direitos humanos em direito positivo (GAVIÃO FILHO, 2011, p. 37/38).

Por fim, a transmutação do Estado Social para o Estado Democrático de Direito mediante a promulgação, após a última grande guerra, de sucessivas Constituições democráticas, reintroduziu novos elementos materiais aos sistemas jurídicos modernos, responsáveis por uma ainda maior valorização axiológica do fenômeno jurídico e, por conseguinte, propiciou o advento de um novo paradigma constitucional: o neoconsti-

tucionalismo ou pós-positivismo.⁶ Como se verá no próximo item, este novo panorama alçou a missão de se desvelar o conteúdo do direito de liberdade à patamares ainda mais complexos.

3 A LIBERDADE (E A SUA RELATIVIDADE) NO DIREITO PÓS-POSITIVISTA

Embora se opte por adotar a expressão pós-positivismo⁷ no título do presente item, não se buscará polemizar aqui acerca de qual a designação mais adequada para se nominar o atual paradigma do constitucionalismo contemporâneo, mas se acentuar que, nesta atual fase, a

6 Para parcela da doutrina nacional e estrangeira, o atual paradigma do constitucionalismo é nominado de pós-positivismo, pelo qual se compreende “o movimento crítico, que encerra o predomínio da dogmática jurídica tradicional, [...] abre-se [...] duas vertentes. Uma delas é desenvolvida por autores que buscam na moral uma ordem valorativa capaz de romper os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo [...] amparam-se, fundamentalmente, na argumentação capaz de legitimar as posições assumidas pelos intérpretes [...] os nomes de Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy [...]. Em outra banda, encontram-se autores que abraçam o pragmatismo, como [...] Friedrich Muller, Peter Habêrle e Castanheira Neves” (CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 136-138). Para Bonavides, o pós-positivismo é uma terceira fase que corresponde aos momentos constituintes das últimas décadas em que os princípios passam a ser considerados a base normativa dos sistemas constitucionais, especialmente a partir dos estudos de Boulanger, Dworkin e Alexy (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010).

7 Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que o termo pós-positivismo é inapropriado: “Uma observação preliminar no que concerne à impropriedade da expressão ‘pós-positivismo’. Ela induz à ideia de que, antes da pós-modernidade, a prevalência do positivismo era absoluta. Ora, isto está longe da verdade. Numerosas eram as correntes que com ele competiam e, sem dúvida, grandes filósofos do direito não eram adeptos dessa doutrina. Para citar alguns, Gustav Radbruch, John Rawls, Giorgio del Vecchio, Miguel Reale etc. Tal expressão, em consequência, faz caricatura simplificada, e simplória, da realidade jurídica, o que evidentemente serve de expediente para o combate contra o direito moderno. E, em contraste com os demais traços apontados do pós-positivismo, é distorcido esse direito moderno como um direito formalista, cego para os princípios, maquinal na interpretação e sem força jurídica às normas constitucionais. Tudo isso inexacto.” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 158-159, jan./abr. 2009).

teoria do direito busca estudar como interpretar e aplicar o seu objeto nos casos em que a lei não é clara quanto à regra a ser aplicada. Tal se dá tanto em virtude de sua vagueza ou ambiguidade, quanto em razão da existência de conceitos jurídicos indeterminados (como liberdade) ou cláusulas abertas cuja aplicação exige qualificada interpretação *ex ante* (CALSAMIGLIA, 1998, p. 209).

Frente a tais contrapontos, a doutrina passou a concluir pela insuficiência das ferramentas fornecidas pelo positivismo. Nesse sentido, Calsamiglia (1998, p. 215): “Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación.” Para o autor, assim, o positivismo jurídico não dava atenção aos elementos externos ao direito positivado e que seriam necessários para resolver os casos difíceis, sobretudo porque chegar a tanto redundaria em extrapolar o seu objeto de estudo mediante a inserção de elementos valorativos que romperiam os limites entre a moral e o direito. Nas suas palavras:

Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre derecho y moral no se lo permite. Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. (CALSAMIGLIA, 1998, p. 212).

Acentue-se, de outro lado, que o pós-positivismo não despreza o direito posto, mas altera o foco de interesse de estudo do legislador para o intérprete e o Estado-Juiz, reconhecendo a indeterminação do direito, bem como a sua conexão com a moral e a política, tanto quando da produção da norma, quanto no momento da sua aplicação.

Conforme Luis Pietro Sanchís (2003, p. 101), o novo paradigma constitucional é utilizado para referenciar, de modo nem sempre preciso, quatro novas acepções da cultura jurídica: a) neoconstitucionalismo como Teoria do Direito na ótica da organização política; b) neoconstitucionalismo como Teoria do Direito, enquanto explicação desse modelo institucional; c) neoconstitucionalismo como ideologia ou filosofia política, enquanto análise do Estado Constitucional de Direito como o mais justo modo

de organização política e d) neoconstitucionalismo como ciência jurídica, enquanto proposta antijuspositivista de conceber o Direito.

Paolo Comanducci, classifica o neoconstitucionalismo em teórico, ideológico e metodológico. Como teoria do Direito, ele se preocupa com a superação do modelo positivista tradicional, focando-se na centralidade da Constituição nos sistemas jurídicos. Nessa ótica, os demais ramos do Direito devem ser interpretados a partir do disposto por uma

Constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la omnipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley. (COMANDUCCI, 2005, p. 83).

No plano ideológico, mira a garantia dos direitos fundamentais arrolados na Constituição, conferindo central relevância aos mecanismos de defesa desses, ao passo que a limitação do poder estatal é posta em um plano secundário – ao contrário do constitucionalismo dos séculos XVIII e XIX (conforme visto no item anterior). Isso porque o poder estatal, no âmbito dos sistemas jurídicos democráticos, não é mais visto com receio pela ideologia pós-positivista, marcada pelo apoio ao modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito. Ao adotar o arquétipo axiológico da Constituição como norma, o paradigma ideológico propugna por uma obrigação moral de obediência à Constituição e às leis conformes à Constituição.

Por fim, enquanto metodologia do Direito, o neoconstitucionalismo transcende a dicotomia do ser e do dever ser, propiciando a abertura do Direito para a Moral (COMANDUCCI, 2005, p. 85).

Nada obstante haja uma miríade de matizes que as expressões neoconstitucionalismo e pós-positivismo adquiriram nas últimas décadas, entre os teóricos do Direito Constitucional repousam alguns caracteres consensuais na cena político-jurídica contemporânea. Daniel Sarmiento aponta as seguintes mudanças fundamentais trazidas pelo paradigma neoconstitucional:

(a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito,

com a irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos; e (e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário (SARMENTO, 2007, p. 1)⁸.

No concernente à reaproximação entre o Direito e a Moral, com a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos (d), o pós-positivismo acaba herdando, também, a problemática da relatividade moral vista no primeiro item deste artigo ao se tratar da discussão em torno da definição de conceitos jurídicos indeterminados como a liberdade. Nesse aspecto, Duarte e Pozzolo (2010, p. 64-72) identificam cinco vertentes de penetração da moral na teoria jurídica pós-positivista: 1) Princípioalismo: o argumento dos princípios, juntamente aos argumentos da correção e da injustiça, aceita a conexão entre o direito e a moral; 2) Judicialismo ético-jurídico: a elaboração de juízos de adequação e de justificação de natureza ética ao lado dos elementos jurídicos, em atenção à tese da conexão entre direito e moral; 3) Interpretativismo moral-constitucional: a intervenção dos juízos de valor na interpretação deve tomar em consideração os valores morais da pessoa humana na aplicação da Constituição; 4) Ampliação do conteúdo da norma fundamental: o neoconstitucionalismo discute o problema da validade jurídica, defendendo a inclusão, no conceito de norma fundamental, de conteúdos morais, sendo que o argumento da injustiça funciona como uma pretensão de correção do sistema normativo e 5) Conceito não-positivista de Direito: a concepção positivista se limita ao direito positivo, no plano da vigência, sendo que o pós-positivismo aponta para o direito que deve ser, inserindo no âmbito da validade das normas jurídicas um grau mínimo de justificação ética.

8 Com a constitucionalização do Direito citada no texto por Daniel Sarmento (c), passa-se a exigir-se, como condição de validade das leis, a sua conformação com o texto constitucional, ao contrário das primeiras fases do constitucionalismo, quando essa mesma validade dependia unicamente da forma regular de sua produção, ótica cuja base repousa no positivismo jurídico originário. Segundo Luigi Ferrajoli: “La existencia (o vigencia) de las normas, que em el paradigma paleo-iuspositivista se había dissociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida y por consiguiente vigente y, sea substancialmente invalida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales” (FERRAJOLI, 2005, p. 18).

Neste cenário, à medida em que (I) se passa a aceitar a conexão entre o direito e a moral; (II) a elaborar juízos de adequação e de justificação de natureza ética em adição aos elementos jurídicos; e (III) a se incluir no conceito de norma fundamental os conteúdos morais, a consequência é a ampliação da dificuldade de se obter certeza do direito e definição segura dos conceitos jurídicos indeterminados, fator propulsor de significativa insegurança jurídica. Tal aspecto contribui para o aumento da discricionariedade dos juízes e a indeterminação ex ante do Direito, fortalecida no Estado Constitucional com a roupagem de um ativismo moralizante fundado na doutrina pós-positivista – a qual, contraditoriamente, busca combater essa mesma discricionariedade contida no positivismo⁹. Sobre este ponto, pertinente a crítica de David M. Beatty:

[...] Se os juízes são livres para definir palavras como “vida”, “liberdade” e “igualdade” como bem lhes apraz, a sua supervisão dos poderes eleitos do governo não faz o menor sentido.

[...]

Para conciliar a prática do controle judicial de constitucionalidade com a soberania do povo para governar a si mesmo, é preciso demonstrar que não é com base em suas opiniões pessoais sobre o certo e o errado que os juízes resolvem conflitos e julgam o modo que os governantes exercem os poderes do Estado. É preciso haver uma teoria sobre o modo com que os juízes devem exercer seu poder de controle de constitucionalidade. [...] (BEATTY, 2014, p. 8).

Comanducci (2010, p. 93) apregoa que, na situação atual, a criação ou a ponderação de princípios, caso a caso, não são atividades que perseguem o valor da certeza do Direito, mas sim, outros objetivos, destacando-se a delegação de poderes para determinar o conteúdo do Direito, vale dizer, a hetero e/ou autoatribuição aos juízes de uma parte do poder normativo. No ponto, o autor peninsular critica a tese da leitura moral da Constituição, de Ronald Dworkin, sustentando inexistir uma moral comum na sociedade, mas um pluralismo ético, de modo que a sua teoria concebe a moral como corretiva ou externa ao direito, ao passo que a proposta teórica de Dworkin, ao compreender o Direito como inte-

⁹ Luigi Ferrajoli chega ao ponto de dizer que a vertente principialista do constitucionalismo, por conferir primazia ao papel dos princípios e da ponderação, bem como ao conceber o Direito “como uma prática jurídica”, confiada à atividade dos juízes, o aproximaria do realismo jurídico: o Direito seria aquilo que os tribunais dizem que é. (FERRAJOLI, 2012, p. 21).

grante da moralidade política, aproximar-se-ia da tese habermasiana da cooriginariedade entre Direito e Moral.

Em que pese a acima destacada crítica de Comanducci, para este opúsculo, Ronald Dworkin, com a suas teorias político-normativa e da decisão judicial, também se afasta do modelo pós-positivista ou neoconstitucionalista, ao desenvolver limites e vínculos para a construção de respostas corretas e hermeneuticamente adequadas à Constituição. Pode-se dizer que a teoria integrativa de Dworkin, a teoria da argumentação de Alexy, o constitucionalismo garantista de Ferrajoli e, no Brasil, a Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck¹⁰, rechaçam o neoconstitucionalismo na interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais, em razão dos riscos do subjetivismo e do decisionismo (solipsismo judicial).

Mas como se construir uma decisão democrática quanto ao conceito, amplitude e limitações do direito de liberdade sem que se incorra na problemática da relatividade moral? Eis o tema que será tratado no item final ancorado nos marcos teóricos alexyano e dworkiano.

4 A VIVIFICAÇÃO DA LIBERDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Robert Alexy classifica os direitos fundamentais como (1) direitos a algo (ações negativas – não embaraço de ações, não afetação de características e situações e não eliminação de posições jurídicas – e ações positivas – fáticas e normativas); (2) liberdades e (3) competências. As ações negativas e positivas são as omissões e ações que o Estado deve ter em relação ao indivíduo.

O direito à liberdade determina que o Estado “não embarace o titular da liberdade no fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre”. Por fim, as competências são as regras e fórmulas que concedem

10 Para o autor, o pós-positivismo não superou o positivismo normativista em razão do solipsismo metódico, o qual dá ensanchas ao ativismo judicial. Streck refere ter se afastado do neoconstitucionalismo porque ele aposta em “elementos não democráticos, como a ponderação e a discricionariedade judicial. Ou seja, a grande pergunta não é respondida pelas teses neoconstitucionalistas: quem controla aquele que controla ou diz por último o que a lei (ou a Constituição) é? A pergunta que acrescento é anterior: no caso da ponderação, quem escolhe os princípios a serem ponderados?”. Em sua visão, no Constitucionalismo Contemporâneo, a juridicidade não se dá por subsunção ou dedução, mas na “applicatio, em que interpretar e aplicar não são atos possíveis de cisão”. (STRECK, 2014. p. 129-30).

direitos de ação (ALEXY, 2006). Essa classificação de Alexy é assim apresentada por Jorge Reis Novais:

[...] uma classificação tripartida entre direitos a alguma coisa (enquanto pretensões individuais a ações ou omissões por parte do Estado), liberdades (enquanto alternativa de comportamento, faculdade de o seu titular fazer ou não fazer) e competências (enquanto possibilidade de o seu titular alterar a situação jurídica através de ações próprias) (NOVAIS, 2003, p. 313).

Para Ingo Sarlet (2012, p. 393-395), a dogmática jurídico-constitucional contemporânea apresenta aspectos de acentuada importância normativa dos direitos fundamentais, dentre os quais se destacam três, que, segundo a tradição constitucional de matriz germânica, acolhida por vários sistemas, inclusive o brasileiro, correspondem às seguintes categorias epistêmicas: âmbito de proteção (ou suporte fático), limites, e limites aos limites dos direitos fundamentais. Segundo o autor, o âmbito de proteção de um direito fundamental nem sempre se afigura de pronta identificação, especialmente em decorrência das indeterminações semânticas invariavelmente presentes nos textos normativos. Todavia, nem toda a intervenção em um direito fundamental configura uma limitação, pois algumas situações tratam de configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar seu exercício. Ingo frisa, ademais, que eventuais limitações dos

direitos fundamentais somente serão tidas como justificadas se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição¹¹.

Segundo Robert Alexy (2006, p. 276-278), o conceito de limite ou restrição a um direito fundamental soa familiar e não problemático, pois a questão não está na restrição, e sim na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessa limitação e na distinção entre restrições e outros fatores como regulamentações, configurações e concretizações. Uma concepção chamada teoria externa sustenta que há duas coisas – o direito e sua restrição, o que dá lugar à ideia de que existe o direito em si e o direito restringido, que é o que resta após a restrição. Já, para a teoria interna, existe apenas o direito com um determinado conteúdo, substituindo-se a ideia de restrição por limite. Assim, enquanto para a teoria interna o direito fundamental existe desde sempre com seu conteúdo determinado e com limites iminentes, a teoria externa aparta o direito fundamental de suas restrições. Para essa última, existe uma posição *prima facie*, que corresponde ao direito antes de sua limitação, e uma posição definitiva, que equivale ao direito já limitado. Nesse sentido, uma concepção individualista de Estado e sociedade se afina à teoria externa, enquanto outra que acentue o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. Por outro lado, saber se é correta uma ou outra teoria depende essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras ou princípios. Tomando-se posições definitivas, a teoria externa pode ser refutada; mas, partindo-se de posições *prima facie*, a teoria interna se torna refutável (ALEXY, 2006, p. 278).

11 Na dicção do constitucionalista: “Sob a perspectiva formal, parte-se da posição de primazia ocupada pela Constituição na estrutura do ordenamento jurídico no sentido de que suas normas, na qualidade de decisões do poder constituinte, representam atos de autovinculação fundamental democrática que encabeçam a hierarquia normativa imanente ao sistema. No que diz com a perspectiva material, parte-se da premissa de que a Constituição não se restringe a regulamentar formalmente uma série de competências, mas estabelece, paralelamente, uma ordem de princípios substanciais, calcados essencialmente nos valores da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes. O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo essencial destes direitos), como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionalmente designado de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais, muito embora a controvérsia que paira sobre a correção da inclusão da proibição de retrocesso nesse contexto”. (SARLET, 2012, p. 400 e 404).

Sarlet (2012, p. 281-282) afirma que as restrições a direitos fundamentais são normas e, como tais, devem ser compatíveis com a Constituição. Entre as espécies limitadoras de direitos fundamentais estão as normas que fundamentam a competência do Estado para criar regras mandatórias proibitivas aos cidadãos. As normas de competência mais importantes para a teoria das restrições são as estabelecidas por meio das reservas legais constitucionais, pelas quais o legislador é constitucionalmente autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais. A essa competência do legislador corresponde a sujeição do titular de direitos fundamentais. Para o constitucionalista, as reservas legais não são, enquanto tais, restrições, mas fundamentam a possibilidade jurídica das limitações. O caráter restritivo dessas normas é apenas potencial e indireto, pois se baseia em uma natureza limitadora que permite possam as normas serem, ou não, criadas.

Portanto, há que se distinguir as normas que limitam bens jurídicos protegidos *prima facie* das que fundamentam a competência estatal para realizar essas limitações: as primeiras consistem em mandados ou proibições dirigidos aos titulares dos direitos fundamentais; já as últimas – chamadas reservas legais – configuram autorizações constitucionais para o legislador ordinário restringir direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 398).

Uma norma restritiva a direito fundamental pode ser uma regra ou um princípio. Esclarece Alexy (2006, p. 281-285) que uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com a sua vigência, no lugar de uma liberdade ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não-liberdade ou um não-direito definitivo. Os “princípios restridores”, não têm, por si sós, o poder de colocar o indivíduo em posições definitivamente restringidas de não-liberdade ou não-direito. Para se alcançar a restrição definitiva, faz-se necessário um sopesamento entre o princípio constitucional atingido e o(s) princípio(s) que o restringem. Um princípio é uma restrição a um direito fundamental se há casos em que ele é uma razão para que, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surja uma não-liberdade definitiva ou um não-direito definitivo de igual conteúdo.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais comportam limitações de três espécies: por expressa disposição constitucional, por norma

legal promulgada com fundamento na Constituição ou, ainda, por força da colisão entre direitos fundamentais¹².

Calil de Freitas (2007, p. 64-65), usando a classificação de Alexy e examinando o âmbito de proteção dos direitos fundamentais positivos e negativos, afirma que, quando se está diante de uma “norma permissiva, que estabelece liberdades protegidas, a hipótese fática coincide plenamente com o âmbito de proteção”. Para ele, nesse caso há “uma conexão entre a hipótese fática e o âmbito de proteção”, havendo uma “congruência” que “se dá com a máxima intensidade”. Na hipótese de direitos fundamentais, tanto o Estado como o particular não podem impossibilitar o possuidor do direito de exercer atividade para a qual tem liberdade jusfundamental. Contudo, há casos em que a liberdade do possuidor do direito se une à obrigação de não “criar embaraços, obstáculos, estorvos” aos demais, de modo que esse tipo de proteção é negativa, configurando-se a “legitimação para a postulação judicial da necessária tutela contra eventuais violações”. Mas essas normas e sua proteção não deixam de incluir, ainda que indiretamente, determinada prestação estatal quando se fizer indispensável a tutela jurisdicional, mesmo sendo o Estado o violador, pois constituem as “denominadas liberdades protegidas”.

Ronald Dworkin (2006, p. 131), por sua vez, ostenta uma visão integrativa dos ideais de democracia e liberdade. O autor norte-americano diferencia a democracia majoritária da democracia em parceria. Na primeira, a democracia é o governo por meio da decisão da maioria, em consonância com a decisão de grande número de pessoas veiculada pelas eleições decorrentes do sufrágio universal. Ele esclarece que não há garantias de que a maioria decidirá com equanimidade; isto é, suas decisões podem ser injustas para as minorias, cujos interesses a maioria sistematicamente ignore. Já conforme a visão da parceria, a democracia significa que cada uma das pessoas que compõem o governo é parte integrante de um empreendimento político coletivo. Nesse prisma, as decisões da maioria serão democráticas apenas quando certas condições forem observadas para a proteção dos interesses de cada cidadão como integrante do empreendimento político.

12 Para Sarlet: “Como é fácil reconhecer, não é possível ao Constituinte – tampouco ao legislador ordinário – prever e regular todas as hipóteses de colisões de direitos fundamentais. Tendo em vista a caracterização dos direitos fundamentais como posições jurídicas *prima facie*, não raro encontram-se eles sujeitos a ponderações em face de situações concretas de colisão, nas quais a realização de um direito se dá ‘às custas’ de outro” (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Op. Cit. p. 402-403).

A concepção majoritária de democracia finda por ser puramente procedimental e independente de outras dimensões de moralidade política, o que significa que uma decisão é democrática mesmo que seja imoral. Já a concepção de parceria vincula a democracia à moralidade política para determinar que uma decisão é democrática quando ela respeita os ditames da justiça, igualdade e liberdade. Na concepção de parceria, em suma, a democracia é substantiva e não meramente procedural (DWORKIN, 2006, p. 134).

No concernente aos juízes, como a leitura moral condiciona a interpretação constitucional à disciplina da integridade constitucional, a eles não cabe ler suas próprias convicções dentro da Constituição. Os juízes, assim, não devem ler uma cláusula moral abstrata como expressão de qualquer julgamento moral particular, mas sim buscar consistência na estrutura da Constituição como um todo, aliada às linhas mestras da interpretação constitucional feita, anteriormente, por outros juízes. Cada magistrado deve se integrar como parte com os demais, no passado e no futuro, tendo conta de como a sua contribuição se ajusta com o restante para, desse modo, todos conjuntamente serem responsáveis por elaborar uma moralidade constitucional coerente (DWORKIN, 1996, p. 10-11).

Nessa ambiência, a tese da “única resposta correta” (one right answer) é apresentada por Dworkin como uma maneira de se criar uma blindagem hermenêutica ao relativismo da moral no Direito e de diversos outros conceitos jurídicos indeterminados como a liberdade. Tal não obriga a que o juiz tenha que alcançar a resposta correta, mas que, ao menos, tente buscá-la, a partir de argumentos de princípio e não de política, valendo-se, para tanto, da tradição, da coerência e da integridade do Direito. Inexiste “método” para se chegar à resposta correta, no sentido cartesiano, não havendo como se garantir, do ponto de vista metodológico, a correção da conclusão. A verdade, assim, exsurdirá não como correspondência lógica, mas como coerência, dentro de uma cadeia inter-

pretativa. A resposta correta¹³, pois, não decorre do juízo de ponderação do juiz, alvo de muitas críticas, como já se disse, mas da reconstrução principiológica do caso, por meio de uma decisão estribada em argumentos de princípio jurídico e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas) (STRECK, 2009, p. 187).

Conforme García Figueroa, Dworkin, além de direcionar suas críticas ao positivismo jurídico e ao realismo, também repudia o utilitarismo. Nas suas palavras, a teoria dworkiana:

“se mostra decididamente contrária ao utilitarismo. Esta corrente unificaria o positivismo e realismo jurídicos porquanto que ambos compartiriam a comum característica de excluir a moral do direito. [...] Neste sentido, Dworkin sai em defesa dos direitos morais das pessoas frente aos cálculos consequencialistas das correntes utilitaristas, erigindo-se assim em um autêntico ‘anti-Bentham’. Por outro lado, participa em um amplo movimento tendente a romper a circularidade implícita no sintagma ‘Estado de Direito’ quando

13 Para Alexy, um sistema de regras, princípios e procedimento é incapaz de levar a um resultado preciso, servindo apenas para pautar o discurso com um mínimo de racionalidade, mas não oferecer uma única resposta correta. Ter-se-ia, no máximo, apenas uma decisão aproximadamente correta (1998, p. 18). Segundo o jurista de Kiel, dada a relatividade moral que impera na sociedade, não seria possível uma teoria moral de cunho substantivo, mas apenas procedural, isto é, de formulação de regras ou condições para a argumentação ou para uma decisão racional. Alexy assevera não serem catalogáveis os pesos de todos os princípios e de todas as possíveis relações de prioridades abstratas e concretas entre eles, de modo a se permitir determinar de maneira unívoca a decisão correta em cada caso. Contudo, o autor propõe o estabelecimento de uma ordem obtida de um sistema de condições de prioridade *prima facie* ou decorrente de uma decisão judicial. A partir de uma decisão em um caso concreto, poder-se-ia defender a possibilidade dessa sentença estabelecer relações de prioridade para outros casos concretos por meio da formulação de uma lei de colisão: “As condições, sob as quais um princípio prevalece sobre outro, formam o pressuposto fático de uma regra que determina as consequências jurídicas do princípio prevalente” (ALEXY, 1998:15). Estabelece-se, assim, força aos argumentos a favor da prioridade de um princípio, criando certa ordem hierárquica. Embora tal não possa ser tomado como uma determinação definitiva, traz para o opositor o ônus da prova em contrário. Desse modo, fiel à sua teoria argumentativa, Alexy repudia a pretensão de correção trazida pela teoria dworkiana por concebê-la como uma pretensão de certeza (argumentação) – e não de correção. Na visão aqui defendida, a discrepância entre os autores, embora tenha sensível apelo dogmático, não é ontológica e tampouco fragmenta o desiderato fulcral do presente artigo de superar a problemática da relatividade dos valores morais. Não se exige, pois, que o juiz tenha de alcançar a resposta correta, mas que tente buscá-la a partir de argumentos de princípio e ancorado na coerência e na integridade do Direito.

o direito é identificado com a vontade do Estado”. (GARCÍA FIGUEROA, 1998, p. 220).

Nessa toada, as consequências da decisão jurídica democrática devem ser balizadas não na perspectiva utilitarista, mas à luz de uma compreensão hermenêutica de natureza deontológica da comunidade de princípios, nos contornos de uma “ética da responsabilidade”; dentre eles, avultam os postulados da coerência e da integridade cujo manuseio, na lição de Neil MacCormick (2006, p. 193), demanda a observância dos precedentes judiciais e da sua natureza universal. Assim, em respeito às vigas constitucionais do Estado Democrático de Direito e ao dever de responsabilidade política, o intérprete deve sempre exercer a função de concretização dos direitos fundamentais, como a liberdade, na perspectiva da democracia constitucional. Nesse sentido, decisões tomadas por argumentos metajurídicos alicerçados em razões pragmatistas/consequencialistas, direcionadas aos resultados/impactos, afastando-se da coerência de princípios, podem fragilizar a autonomia do direito em prol da política, da economia ou do clamor social. Por isso, a racionalidade, a universalizabilidade e a coerência são filtros hermenêuticos para uma resposta constitucionalmente adequada; ou seja, a noção de “justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual” (MACCORMICK, 2006, p. 126).

Daí a importância da superação tanto do paradigma positivista da discricionariedade judicial, quanto do pós-positivista de relatividade moral, pois ambos permitem ao juiz a possibilidade de decidir algum hard case relacionado ao direito de liberdade com base em seu “livre convencimento motivado”. Esse panorama é condizente com o solipsismo judicial, no qual o magistrado, tal como Crusóe preso em uma ilha deserta (consciência), não adere às expectativas comunitárias quanto à produção de respostas constitucionalmente adequadas. Ao contrário, nas palavras de Dworkin, o magistrado deve ser visto como um

“romancista na corrente. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante

a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção” (DWORKIN, 2001, p. 236).

Nessa linha, o enfoque da liberdade, em uma visão discursiva e democrática, escuda-se das divagações que um aprofundamento filosófico inspira, acentuando a extensão expositiva/metódica e centrando sua atenção no conhecimento da diversidade cultural e de seus pressupostos normativos. Reconhece-se que a definição de direitos/valores como a liberdade nunca experimentou unanimidade na história do homem. Muito ao revés, complexas e não raro excludentes são as tentativas de sistematização das suas conceituações ao longo da história. Mas, mesmo assim, no Estado Democrático de Direito, deve o intérprete tentar alcançar a delimitação da amplitude valorativa que deve ser dada à liberdade no caso concreto a partir de argumentos de princípio e não de política; valendo-se da integridade do Direito para, com base em uma coerente cadeia interpretativa, resgatar a significância da liberdade imersa na tradição, de modo a fortalecer o seu núcleo jusfundamental e afastar os perigos de sua derrotabilidade que prontamente existiriam caso não houvesse a devida argumentação e ponderação.

As inumeráveis interpretações filosóficas sobre a liberdade tendem a enclausurar o tema em um mundo noológico autônomo e baseado em uma razão ideal. As concepções se divisam ou em uma axiomática da moral coletivista, difusa e universal, ou no domínio das contingências individuais e das singularidades subjetivas. Pautadas na noção antropocêntrica de sujeito e na limitação empírica da humanidade, as interpretações clássicas da liberdade apresentam hoje suas brechas e insuficiências, razão pela qual a elas devem ser albergadas as modernas teorias do constitucionalismo que superam o predomínio da dogmática jurídica tradicional em prol de teorias discursivas com prisma mais integrativo ao ideal de democracia. Autores como Robert Alexy e Ronald Dworkin, os quais extraem da moral uma cadeia valorativa e argumentativa idônea a romper com os limites impostos pelo ordenamento jurídico positivo, são representativos expoentes dessa corrente jusfilosófica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi o de contribuir com a epistemologia da liberdade no Estado Democrático de Direito, cuja significação, embora, haja séculos, tome de inúmeros pensadores sensíveis análises, contradito-

riamente parece não deter base consensual no pulsar das sociedades democráticas. Para tanto, não se buscou sintetizar as classificações doutrinárias do termo na tradição jurídico-filosófica, mas oferecer nortes hermenêuticos hábeis a fortalecer a jusfundamentabilidade do direito de liberdade.

A relação entre o texto e a norma, já dizia Friedrich Müller, é mediada pelo processo de interpretação, de tal modo que a produção de sentido normativo resulta, na concepção gadameriana, em “deixar que o texto nos diga algo”. “Escutar o texto” conduz à alteridade e a intersubjetividade que constroem a solução do caso concreto. Daí porque, como visto no primeiro item do presente artigo, a discussão em torno da liberdade é profundamente vinculada a um discurso ético acerca das distintas correntes morais que se intercalam no curso evolutivo da historicidade humana e de suas respectivas categorias estatais.

Nesse contexto, o problema filosófico e secular da relatividade moral clama por uma hermenêutica que, sem a pretensão de definitividade (Gadamer), se pautem em argumentos de princípio em prejuízo dos políticos (razões utilitaristas ou consequencialistas). Tal inteligência, aliada à teoria argumentativa alexyana e à coerência do direito dworkiana, conduz às ideias do fortalecimento dogmático dos direitos fundamentais e do “romance em cadeia”, os quais inserem o exegeta em um sistema interpretativo focado na jusfundamentabilidade da liberdade e na integridade do Direito. Com isso, rejeitam-se apreciações pautadas no subjetivismo decisório em prol do dever de responsabilidade política e ético-discursiva.

Em reforço, o dever de fundamentação (Alexy) e o controle democrático (Dworkin) exercido pelas partes e pelo processo também possuem o atributo de atenuar a tomada de decisões sobre as liberdades individuais com déficit democrático, isto é, sem qualquer vinculação a uma hermenêutica jurídica que integre o texto, com coerência, a uma cadeia interpretativa e argumentativa que garanta a tutela dos direitos fundamentais em detrimento de limitações estatais injustificadas. Ao contrário, o conteúdo da decisão deve refletir a pré-compreensão do Direito e da Constituição por parte do intérprete, de molde a construir um sentido constitucional adequado à moralidade política existente na tradição jurídica.

Ativismo judicial e responsabilidade política orientada ao cumprimento da Constituição definitivamente não combinam. Deve o hermenauta, pois, resgatar na argumentação (Alexy), na integridade, na autenticidade e na coerência (Dworkin) os espaços de comunicação entre o Direito, a Moral e a Política. Nesse propósito, insta referenciar que o atual Código de Processo Civil prevê os deveres de estabilidade, coerência e integridade

da jurisprudência (artigo 926) e, igualmente, norteia para a necessidade da adoção dos precedentes judiciais como mecanismo de controle da prestação jurisdicional e da tutela processual dos bens públicos indisponíveis com um mínimo grau de previsibilidade e segurança jurídica.

Desacordos sobre conceitos jurídicos indeterminados (como liberdade) são razoáveis e as pessoas podem divergir sobre eles enquanto levarem o Direito a sério, daí a percepção de que a institucionalização da responsabilidade político-decisória na garantia das liberdades individuais é um elemento intransponível para que um Estado de Direito possa de fato transcender a Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derecho y Razón Práctica* 2. ed., México: Fontamara, 1998

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. *Alemã Theorie der Grundrechte*, São Paulo, Malheiros, 2006.

BEATTY, David M. *A essência do Estado de Direito*. Tradução de Ana Aguiar Cotrim; revisão de tradução de Lenita Ananias do Nascimento. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, Alicante, v. 21, n. 1, p. 209-220, 1998. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/postpositivismo-0.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo) Constitucionalismo: un análisis meta-teórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 75-98.

CORTINA, Adela; NAVARRO, Emilio Martinez. *Ética*. Tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 7.

DWORKIN, Ronald. *Is Democracy Possible Here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 131.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005. p. 13-29.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 21.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 250, p. 151-167, jan./abr. 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/4141-9375-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Principios y positivismo jurídico: el no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998. p. 220.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

KELSEN, Hans. A democracia. Tradução Ivone Castilhos Benedette et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. Tradução de Waldéa Barcelos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MIGLINO, Arnaldo. A cor da democracia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 6. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, (Tomo I).

MOTTA, Francisco José Borges. Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica. Coleção hermenêutica, teoria do direito e argumentação. Coord. Lênio Streck. Editora JusPODIVM, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 313.

SANCHÍS, Luis Pietro. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 11ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. 2007. Disponível em: <http://emprendimentosjuridicos.com.br/docs/daniel_sarmento_o_neoconstitucionalismo_no_brasil1.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Lições de crítica hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ENCARCERAMENTO EM MASSA E PANDEMIA: ENTRE BUSCAR ALTERNATIVAS RESOLUTIVAS E O FRACASSO ANUNCIADO

MASS INCARRIAGE AND PANDEMIC: BETWEEN SEARCHING RESOLVING ALTERNATIVES AND THE ANNOUNCED FAILURE

Jackson Da Silva Leal¹
Eduarda Viscardi Da Silveira²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar a questão do encarceramento enquanto escolha política, definida como objeto de ultima ratio pela dogmática da ciência penal enquanto princípio, mas elevada à prioridade político-criminal no contexto contemporâneo de populismo punitivo neoliberal.

Nesse sentido, pretende-se analisar a questão do encarceramento enquanto uma opção político criminal, que permitiu colocar a realidade brasileira entre os países com maior população carcerária do mundo³, e

-
- 1 Doutor em Direito (UFSC), professor permanente do programa de Pós-graduação (mestrado) em Direito da UNESC, coordenador do Grupo de Criminologia Crítica Latino-americana (UNESC), membro da Comissão Estadual de Assuntos Prisionais (OAB/SC), advogado criminal sócio do Escritório Leal, Viscardi e Araújo Pessoa Advocacia Criminal.
 - 2 Especialista em Direito Constitucional, Graduada em Direito (ESUCRI), membro da comissão de Direitos Humanos da Seccional de Criciúma/SC (OAB/SC), advogada criminal sócia do Escritório Leal, Viscardi e Araújo Pessoa Advocacia Criminal.
 - 3 População carcerária com base em números absolutos, mas que não permite averiguar comparativamente variações de encarceramento em realidades distintas; dessa forma, a taxa de encarceramento se apresenta como uma variável interessante, na medida em que mede, de acordo o encarceramento a partir de mostas para cada 100 mil habitantes, o que permite o comparativo enquanto política criminal encarceradora de realidades diversas.

entre os países de maior taxa de encarceramento, consoante se verifica nos dados consolidados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN).

Esse é o contexto em que o sistema penitenciário brasileiro como uma verdadeiro massacre anunciado – o que se potencializa com uma realidade de pandemia e incapacidade do Estado em lidar com tal realidade –, o que se permite, a partir de Lola Aniyar de Castro, chamar de – matar de cárcere – tendo em vista a elevada capacidade de letalidade do sistema penal e penitenciário brasileiro; que não se apresentam como resultado de um funcionamento anômalo e extraordinário, mas sim resultado de sua atuação e existência própria.

Assim, essa abordagem vem ao encontro da realidade dura e angustiante da advocacia criminal, no sentido da dificuldade em fazer frente ao poder encarcerador do Estado, sendo esse o grande desafio, e que encontra óbice em diversas estruturas jurídicas e institucionais, e que esse trabalho busca apresentar apenas uma dimensão, que é do encarceramento, em situação de pandemia e a partir do contexto de superencarceramento.

Nessa linha, esse trabalho se constitui, metodologicamente como revisão e reflexão teórica, desde o acúmulo teórico da criminologia crítica, buscando fornecer elementos concretos, práticos, pragmáticos, que possam contribuir com uma abordagem científico-criminal crítica acerca do contexto de encarceramento em massa e o contexto de pandemia de corona vírus.

Nesse sentido, analisa-se, inicialmente a problemática do encarceramento brasileiro como sendo uma construção política, para passar a uma proposta de desencarceramento, como uma via fundamental para repensar a realidade da violência punitiva brasileira, e terminar com a análise acerca da realidade prisional brasileira em contexto pandemia e seu desastre anunciado.

2 ENCARCERAMENTO ENQUANTO PROBLEMA SOCIAL AO DESENCARCERAMENTO COMO CAMINHO

Em uma das obras clássicas e mais importantes da criminologia crítica contemporânea, o professor Alessandro Baratta (2011) delinea uma importante distinção, que ele traça entre política criminal e política penal. A partir delas aponta como sendo a política criminal um complexo de decisões políticas e estruturas institucionais e conceituais, para tratar de maneira ampla como fenômeno da conflitualidade social, margina-

lização e em meio a isso, também a problemática questão da criminalidade, inerente a organizações sociais complexas e altamente desiguais. Entretanto, a política criminal não se resume a efetivação de normas incriminadoras, tipificações, e repressão criminal – como se pretende fazer crer – mas sim, a conjunção com políticas de ordem social, que visem redução da vulnerabilidade social.

Com essa definição, se permite apontar que na realidade brasileira, e de maneira geral no mundo ocidental capitalista, se pode verificar o que Baratta delimita como sendo a existência de políticas penais – pura e simplesmente – como sendo uma política que se resume e fragmenta enquanto organização persecutória de sujeitos marcados pela vulnerabilidade diante das instituições de controle sociopenal. Ou seja, a política penal brasileira se cinge a proporcionar base e sustentação para a repressão penal e punitiva, desde o aparato dogmático penal, a políticos ideológicos a legitimar a política de repressão (encarceradora), como sustentadora de uma suposta ideia de ordem social, a que se tem qualificado como política de lei e ordem.

A partir disso, trabalha-se com a ideia de que a política penal encarceradora como resultante de vontades políticas dirigidas a tal fim, o que proporciona à realidade prisional brasileira se constituir em uma “era do grande encarceramento”. Como aponta Nils Christie (1993), na Indústria do Controle do Crime comparando países de similar estágio de desenvolvimento socioeconômico, apresentando taxas de encarceramento tão dispares entre si, com realidade de violência aproximadas, o que denota que não se trata de uma relação entre as variáveis criminalidade x encarceramento (ou violência x encarceramento) que se apresentam como variáveis independentes; sendo o encarceramento muito mais aproximado a variável desemprego (ou taxas de empregabilidade), como demonstrou há muito Rusche e Kirchheimer (2004), mas isso já seria objeto que demandaria outra discussão; em síntese, a política penal encarceradora, se apresenta como um delineamento político (escolha).

O que se apresenta nesse trabalho, como sendo a política penal brasileira, como sendo de uma política de encarceramento como única via, aparece para Debora Regina Pastana (2019), em um interessante estudo comparativo entre Brasil e Argentina, como sendo um Estado Punitivo Consolidado, no qual, segundo os dados consolidados do DEPEN, e expostos na pesquisa de Victor Martins Pimenta (2018), de que em uma década (2005-2015) o Brasil dobrou sua população prisional.

Na mesma linha, Salo de Carvalho, na obra *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo*, demonstra que o aumento do encarceramento na realidade brasileira, não encontra paralelo ou justificção na elevação de taxas de criminalidade, tendo em vista, sobretudo, certa regularidade e manutenção dos índices de crimes violentos.

Podendo-se dizer que a elevação do encarceramento se deveu, sobretudo, a elevação do aprisionamento decorrente dos índices de prisões provisórias, e endurecimento da política de drogas (que andam de mãos dadas), ou seja, de uma escolha político-penal para o encarceramento.

Como aponta Nils Christie (2011), é importante ter em mente que o cárcere é a imposição de dor e sofrimento que enquanto sociedade impõe-se a determinados indivíduos, como resultado de uma determinada conduta, que se define como crime. Entretanto, que essa não seria a única resposta a condutas indesejáveis, mas apenas uma dentre tantas possibilidades diante de condutas sociais danosas. E que, está-se a optar por respostas político-penais, que impõem dor e sofrimento. Ou seja, é uma escolha política-penal que tem marcado as sociedades ocidentais (em diferentes níveis, coimo já se falou), aplicar níveis intencionais de dor, ainda que isso se faça sob a forma (palavra) encobridora dessa imposição de dor e sofrimento, e que as chamemos de ressocialização, reintegração, reeducação, nada disso retira a realidade do comando de que o direito penal e a prisão são mecanismos, como denomina Alagia (2018), de fazer sofrer.

A isso que, para efeito desse trabalho, se busca demonstrar como a constituição da política penal encarceradora, de imposição de dor e sofrimento, que, não obstante seja denominada como problema social, mas que sempre tem sido colocada na linha da frente da política penal neoliberal.

Nesta linha, Gresham Sykes (2017) aponta, o que chama de configuração filosófica da prisão, na qual se justifica com base em, principalmente, três postulados, que seriam, primeira, que a prisão deve ser uma experiência suficientemente desagradável a fim de garantir a dissuasão e a reincidência; em segundo, que a ameaça e existência material e potencial da prisão, dissuade a todo o restante da sociedade, existindo como uma sombra, a orientar a pauta comportamental de cada cidadão; e em terceiro, manter topicamente fora de circulação e da sociedade, temporariamente determinados indivíduos, ao que se denomina segurança.

Toda essa crença denominada de filosofia da prisão por Sykes, pode ser denominada pelo que Zaffaroni (2013) chamou de pensamento mágico, tomando o falso por verdadeiro, acreditando que no endurecimento da pena e no encarceramento como sinônimo de segurança, justiça e retribuição. Alejandro Alagia (2018, p. 320) escreve: “A pena não dissuade, não previne nada, não interrompe agressões, não ressocialização, mas ainda assim a lei e a doutrina interpelam o sujeito a favor da crença sem encontrar resistência”.

Nesse sentido é o importante livro de Iñaki Rivera Beiras (2019), no qual aponta como sendo a única possibilidade de mudança concreta, profunda do sistema de justiça criminal, uma política criminal, na acepção de Baratta, orientada a uma política de desencarceramento. Orientada desde a perspectiva de contração do direito penal enquanto instrumento regulatório, mediante, primeiro, o respeito aos princípios da lesividade, e da intervenção mínima (BATISTA, 2011), ou seja, utilização do direito penal e da ameaça punitiva (privação da liberdade), para somente as agressões mais graves, princípios que tem sido absolutamente desconsiderados no atual momento do giro punitivo, ou mesmo desde um garantismo radical do uso das prisões preventivas.

Assim, a lógica do encarceramento e da violência deve ser rompida, a fim de que as penas duras, a vingança e distribuição de sofrimento humano cessem, pois tais fatores não resolvem a problemática social, pelo contrário causa uma falsa sensação de segurança, devendo haver um necessário e urgente resgate de uma postura abolicionista de retração da prisão, ou, mesmo, como aponta Iñaki Rivera Beiras (2019), não a ressocialização através da prisão, mas, a reintegração social apesar da prisão.

3 POLÍTICA PENAL BRASILEIRA E ENCARCERAMENTO: O QUE PARECE SER UMA VIA DE MÃO ÚNICA

O fenômeno da política penal populista, descolada da realidade das taxas de violência e criminalidade violenta, como se demonstrou acima, que busca dar uma vazão aos anseios (construídos) de segurança pública com base no endurecimento de leis penais poderia parecer ser uma política de viés pura e simplesmente conservador, diante da virada neoconservadora que vivencia a realidade latino-americana e ocidental de maneira geral, como demonstra Wendy Brown (2019).

Entretanto, como se verificou, foi bem antes da virada conservadora, mas ainda sob o apogeu dos chamados governos progressis-

tas e de esquerda na América Latina, que se aderiu ao ideário punitivo, mantendo a cartilha neoliberal das políticas penais de encarceramento em massa, aparelhamento das estruturas punitivas, e endurecimento da legislação penal (LEAL, 1997).

Como também demonstrou a grande pesquisa de doutoramento de Carolina da Costa Ferreira (2017), abordando como se dá o processo de adoção da política penal populista, voltada para a produção de resultados punitivos como satisfação da demanda por segurança. Para, a partir daí, demonstrar a necessidade do que chama de Estudo de Impacto Legislativo (EIL), como ferramenta fundamental para buscar responder algumas questões como: essa lei é necessária? Essa lei (definição penal), tem os elementos para combater de maneira efetiva o problema a que se pretende? Qual o impacto da execução da lei para o sistema judicial como um todo? A capacidade do Estado em colocar a lei em prática? Não existem outros mecanismos que já realizem esse objetivo? Ou mesmo, outros mecanismos (não encarceradores) que proporcionem efeitos semelhantes?

Ou seja, no sentido de avaliar antes de uma lei entrar em vigor e produzir efeito, o impacto de suas disposições. Desde impactos sociais, impactos institucionais e financeiros, ou mesmo a capacidade do Estado e efetivá-los, ou mesmo, a própria capacidade jurídico-normativa de produzir efeitos práticos concretos e não redundantes.

Entretanto, não parece ser a diretriz que tem orientado o processo legislativo brasileiro, e em se tratando de reforma e alterações penais se apresenta bastante problemático, tendo sido verificado os caminhos e direção das alterações da LEP em um período de 20 anos (entre 1995-2015), verificando-se, que, não obstante o fenômeno carcerário, as alterações são feitas no sentido de intensificá-lo e endurecê-lo ainda mais (FERREIRA, 2017).

Da mesma forma, em Criminologia e Neoliberalismo, verifica-se quais os encaminhamentos que se tem dado em termos de alteração legislativa, e o que tem orientado essas alterações, em um período de leis alteradas entre 2003-2015, podendo-se identificar como o discurso da impunidade estando por trás de grande parte das leis penais criadoras ou alteradoras de definições penais (LEAL, 2019). O que demonstra, como a demanda criminalizadora, e impositiva da violência penal se apresenta como prioritária na agenda política brasileira, o que, por sua vez, qualifica exatamente o que se trabalhou, a partir da definição de Baratta, de política-penal, simplificando o fenômeno e as relações sociais ao simples

ato de ameaçar e punir – encarcerar – como sinônimo de ordem e mecanismo de imposição de paz social.

Nessa linha, se amplia o espectro de atuação do direito penal, que se apresenta como um mecanismo a regular os mais íntimos espaços das relações modernas, no que Jonathan Simon (2007) chamou de Governando através do crime, no qual a demanda e regulação criminal determina governos, eleições e orçamentos; ou seja, se situa no centro da governabilidade. Simon narra que, na democracia norte-americana, isso produz a figura do promotor de justiça, como uma agente político na trincheira do discurso conservador da lei e ordem. No caso brasileiro a demonstração mais marcante foi a figura do juiz Sergio Moro, juiz, que foi alçado à Ministro da Justiça, e redator do projeto de lei denominado anticrime. Assim, a Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime – altera, revoga ou acrescenta diversos dispositivos do Código Penal e Código de Processo Penal, além da própria Lei de Execução Penal (nº 7.210/84).

Um das mudanças com a promulgação do pacote anticrime é no que tange o artigo 33, §5º do Código Penal, onde se passa a adotar irrestritamente o cumprimento inicial das penas em regime de fechado para todos os acusados, havendo elementos subjetivos de habitualidade delitiva, independente da reincidência. O artigo 2 da Lei dos Crimes Hediondos, fora alterado para dificultar a possibilidade de progressão de regime, e também o artigo 7, impedindo os condenados do regime fechado e semiaberto ou presos provisórios de saídas temporárias.

Salientando que, a própria lei 8.072/90, em sua versão original, previa o cumprimento da pena em regime integralmente fechado, e precisou de 12 anos para ter o dispositivo declarado inconstitucional. Entretanto, com a lei do afamado pacote anticrime, se revive um recrudescimento punitivo, impondo regime fechado de maneira generalizada para diversos crimes e indivíduos (identificados como pertencentes a organizações criminosas), entre outras mudanças.

Uma clara demonstração de não utilização do Estudo de Impacto Legislativo, e sequer de tentar responder, se essa lei não se apresenta redundante, se era efetivamente necessário, ou mesmo qual o impacto que causaria do sistema penal justiça criminal. A demonstração mais clara dessa falta de avaliação, é no que diz respeito a criação da figura jurídica do juiz de garantias, que determina uma divisão de tarefas entre dois juízes no mesmo processo, sendo que um fica responsável pelas decisões na fase de investigação (das garantias) e o outro pelo julgamento e sentença em primeira instância. Tal figura do juiz de garantias não se

encontrava no texto original apresentado pelo ex-juiz Sérgio Moro, fora posteriormente emendado pela deputada Margarete Coelho (PP) e pelo deputado Paulo Teixeira (PT), uma vez que este é contrário à criação do cargo (CONNECTAS, 2020).

Atualmente a criação do juiz de garantia encontra-se suspensa de acordo com a liminar proferida pelo Ministro Luiz Fux, pois tal implementação enseja uma completa reorganização da justiça criminal do país, havendo impactos orçamentários que devem ser analisados a fim de não violar o novo regime fiscal da União (CONJUR, 2020).

Porém o que chama atenção, é que no Brasil a condenação recai sobre recorte de classes e raças muito específico, qual seja, o negro e pobre da periferia, devendo o tramite penal, seja ele investigatório ou processual, ser fiscalizado, contudo tal possibilidade fora suspensa, demonstrando a falta de preocupação, políticas e mecanismos concretos aptos a frear o crescimento e inflacionamento carcerário.

Ainda, se destaca a mudança prevista no artigo 310 do Código de Processo Penal, pois se trata da mudança que acarretará um prejuízo emblemático no que tange a encarceramento em massa. A mudança diz respeito à inversão da lógica quanto à prisão preventiva, passando a adotar como regra e não mais como exceção, para todos os acusados identificados como criminosos habituais ou profissionais (G1, 2019).

Assim, diante das alterações citadas advindas da Lei nº 13.964/19 – pacote anticrime – o encarceramento é trazido como uma grande solução para a questão criminal, porém na realidade o encarceramento se mostra como um grande e preocupante problema, uma vez cada vez mais é comum se ter notícias de que “presos são mortos em rebelião”, “os presídios brasileiros são um antro de doenças matáveis” e “o número de encarcerados não para de crescer”, ou seja, o encarceramento se apresenta como a *prima ratio*.

4 ENCARCERAMENTO EM MASSA E PANDEMIA: DESASTRE ANUNCIADO

O cenário prisional e penitenciário brasileiro já se apresenta profundamente problemático, ilegal, muitas vezes ilegítimo, e sobretudo, irresponsável do ponto de vista da própria manutenção da estrutura (e seus funcionários), e, ainda mais, do ponto de vista do compromisso com os indivíduos reclusos, o que permite a Luis Carlos Valois (2019), qualificar de estado de coisas inconstitucional. E ganha o acréscimo de dramatici-

dade, com o advento de uma pandemia global, altamente contagiosa, e com uma letalidade considerável, que ganha capacidade de dizimação no contexto prisional, tendo em vista todas as suas carências e incapacidades estruturais decorrentes do superencarceramento.

Desde o início de março, o Brasil teve o primeiro caso confirmado para o COVID-19, sendo que imediatamente o Ministério da Saúde, juntamente com a Organização Mundial da Saúde (OMS) emitiram recomendações para a não propagação do vírus, quais sejam, a utilização de máscara, lavar as mãos e/ou utilizar álcool em gel e evitar aglomeração com o distanciamento/isolamento social (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

Nesse contexto era apenas uma questão de tempo para o Coronavírus adentrar o ambiente extremamente fértil para sua propagação, tendo em vista que o sistema prisional brasileiro é marcado pela superlotação e falta de estruturas mais básicas de saúde dentro das unidades prisionais, salvo raras exceções. Fatores que aceleram tal acontecimento, corroborando ainda, o total desarranjo entre o número de vagas disponíveis e a velocidade que o encarceramento ocorre, diante da cultura do punitivismo, onde se prende muito mais do que se liberta, eis que o sistema possui uma porta de saída extremamente burocrática (BOLETIM LUA NOVA, 2020).

De acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), o Brasil possui uma população prisional de 748.009 presos, sendo que desse total, no ano 2019, 229.823, correspondente a 30,43%, eram presos provisórios e possuía-se um déficit de vagas de 312.925. No estado de Santa Catarina a população prisional é de 23.470 presos, sendo que 5.686 encontram-se custodiados provisoriamente (DEPEN, 2020).

Com a pandemia do COVID-19 e todo o contexto de precariedade e gravidade existente nos presídios brasileiros, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) emitiu a Recomendação 62/2020 que traz orientações ao Judiciário para conter a propagação do vírus nas prisões, dentre elas são a reavaliação das prisões provisórias, a suspensão do dever de apresentação periódica ao juízo, a concessão de saída temporária dos regimes fechados e semiaberto, a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, ou ainda, aquelas com diagnóstico suspeito ou confirmado de Covid-19, bem como as portadoras de comorbidades, enquadrando-se nos grupos de risco, para aos quais a possibilidade de complicação em caso de contágio é bem maior (CNJ, 2020).

Contudo apesar de tais recomendações proferidas, no primeiro mês de grande proliferação do vírus, já se registraram vários casos de pessoas infectadas nos presídios, tendo o primeiro caso registrado em 08 de Abril (EL PAÍS, 2020), e hoje já se tem o número de 6.626 presos infectados e 66 mortos, sendo ao contrário do fora divulgado pela mídia que se tratava de um ambiente “relativamente seguro” em relação à pandemia e “não havia o que temer” (DEPEN, 2020).

Fica evidente através do atual cenário que as medidas adotadas pelas administrações prisionais e pelo sistema de justiça criminal, ao que toca a prevenção da pandemia que assola o país, são insuficientes e precárias, apesar da gritante subnotificação, o número de infectados junto aos dados oficiais do DEPEN não param de aumentar, tanto em relação ao número de infectados, como o número de mortes, tanto de presos quanto de funcionários e membros do staff institucional.

A situação do preso nos presídios brasileiros junto com a pandemia do Coronavírus resulta numa realidade completamente devastadora, sendo que o isolamento social é a principal arma para frear o contágio, entretanto a aglomeração e a superlotação dentro das celas é o que se vive há muito tempo, passando a ser um contrassenso entre o vírus e a realidade prisional.

Além de toda a precariedade existente nos presídios ao que tange a superlotação ante o encarceramento desenfreado, a falta de higiene, o ambiente insalubre e degradante a situação se agrava ainda mais, pois a assistência à saúde é especialmente preocupante, sendo que apenas 4 em cada 10 estabelecimentos prisionais possuem unidade básica de saúde, e em muitas delas, com mal funcionamento, com equipe irregular e com falta de insumos e medicamentos hospitalares (BOLETIM LUA NOVA, 2020).

A cultura enraizada em que pessoas presas merecem ser punidas severamente tem o reflexo na baixa consideração pela condição de saúde dessas pessoas privadas de liberdade, acarretando graves problemas de saúde, pois não possuem tratamento médico adequado por anos.

Assim, o quadro sanitário com a pandemia dentro dos estabelecimentos prisionais e com o déficit de assistência à saúde por longos anos, só agrava o risco de contaminação e morte pela COVID-19.

Apesar de todas as frentes que os encarcerados já têm de enfrentar, a efetivação dos seus direitos previstos na Recomendação 62/2020 é mais uma. A possibilidade do desencarceramento, ante uma pandemia e uma grande quantidade de mortes, não foram vistos com bons olhos tanto pela sociedade como pelo Judiciário e seu alto escalão, que afirmou

a necessidade da análise individual de cada caso, a fim de evitar, além de uma crise na saúde, também uma crise na segurança pública (MARCHIONI; BAZAGLIA, 2020). Ou seja, nem mesmo diante de uma pandemia o encarceramento pode ser colocado em segundo lugar.

Junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), consta 4.058 processos relativos à matéria encarceramento e COVID-19, desse total a metade foi negado, além dos que foram classificados como: não conhecidos, ordens denegadas, liminar indeferidas, prejudicados. Apenas 315 processos foram registrados como liminar deferida, ou seja, correspondente a 7,76%.

Foram impetrados 2.930 habeas corpus, fazendo parte do total, sendo que dos quais 2.366 não tiveram sucesso, isto é o equivalente a 80,8%. A Defensoria Pública da União (DPU) possui 25 habeas corpus impetrados na Corte, porém apenas um foi apreciado com sucesso. No que toca as Defensorias dos Estados têm 255 pedidos de habeas corpus, de 238 decisões, 217 foram negativas (JOTA, 2020).

Diante dos números altíssimos e gritantes das negativas de concessão de liminar e habeas corpus, fica destacada a resistência em todas as instâncias do Judiciário para se cumprir com a Recomendação 62/2020, mesmo quando se trata de pessoas pertencentes aos grupos de risco da doença e que enfrentam diariamente situação proeminente ao contágio do vírus e por consequência a morte.

As reiteradas decisões indeferindo os pedidos de habeas corpus com argumentos de que a libertação de presos perigosos colocaria em risco a ordem pública e, que nas prisões, haveriam plenas condições para a prevenção e tratamento adequado do Coronavírus, trata-se de argumentação falaciosa e que serve apenas para justificar e privilegiar a hipercriminalização e encarceramento, utilizando tais decisões como pano de fundo para responsabilidade estatal em preservar o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade (BOLETIM LUA NOVA, 2020).

Assim, com toda a realidade precária em que vivem os presos nos estabelecimentos prisionais brasileiros e as negativas de direitos quanto as recomendações editadas pelo Conselho Nacional de Justiça, na prática o que acontece quando aqueles que tem seus direitos cerceados, não se permitindo a liberdade, que na verdade trata-se do cumprimento da pena em modalidade domiciliar, no atual contexto, onde se tem encarceramento em massa e pandemia a privação de liberdade passa a ser adotada a pena de morte, sob a custódia do Estado.

5 CONCLUSÕES

Começou-se esse texto, perquirindo qual seria uma de razoável quantidade de dor, de sofrimento, ou mesmo de presos, haja vista que a pena é a imposição intencional de sofrimento sobre um indivíduo, e que a política criminal escolhe a quantidade de crimes e presos que tem. Ao longo desse trabalho, buscou-se demonstrar como o encarceramento se apresenta como uma escolha política.

O que, por sua vez, fica ainda mais claro, no momento atual, de pandemia, em que o sistema prisional é uma verdadeira catástrofe anunciada, e ainda assim, a preocupação com a suposta construção de lei e ordem, ou segurança pública, se sobressaem a números e a uma realidade concreta de morte iminente dentro de uma estrutura absolutamente precária, que se apresenta incapaz de fazer frente a de maneira imanente a tal realidade, e que se reveste em discursos políticos, públicos, de absoluto controle de tal situação dentro das unidades prisionais.

É exatamente esse contexto que autoriza a falar em penas de morte, que não são decorrentes pura e simplesmente da pandemia, mas que fazem parte da vida quotidiana da prisão enquanto institucionalidade histórica. O Cárcere mata, de maus tratos, de violência, de doenças curáveis, de descaso (CHIES; ALMEIDA, 2019) ou as práticas violentas ou cruéis de pena são vedadas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais em que o Brasil é signatário, porém a finalidade da pena “privativa de liberdade” como resposta a praticamente todos os tipos de conflitos e problemas sociais, está resultando na causa morte.

O encarceramento em massa é um problema social grave, que a cada dia se agrava mais, diante da política criminal adotada no país, que segue uma cultura hiperpunitiva, prendendo muito e gerindo mal os serviços penais, que burocratiza os portões de ferro dos presídios.

No Brasil, o Coronavírus, até a data de hoje, matou 104.528 brasileiros e no Estado de Santa Catarina ocorreram 1.696 mortes, porém o Judiciário continua insistindo na negativa dos pedidos de liberdade, para cumprimento de pena em regime domiciliar, nos casos de presos pertencentes ao grupo de risco, sob os argumentos de que a segurança pública não pode ser colocada em risco e que os presídios possuem plenas condições de tratar e medicar seus custodiados em caso positivo da COVID-19.

A precariedade e o colapso quanto o sistema penitenciário não é nenhuma novidade, como diria Zaffaroni (2013), é um verdadeiro geno-

cídio em ato, e isso fora de uma pandemia, e que se torna uma realidade ainda mais clara e brutal.

O assunto principal aqui debatido é a vida, assim, é imperioso retomar uma agenda político-criminal, na acepção trabalhada no primeiro ponto, marcada por uma dinâmica de retração do cárcere e do direito penal como mecanismo prioritário da regulação das relações, colocando na agenda pública a pauta do desencarceramento enquanto freio ao extermínio proporcionado pelas prisões.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro. *Fazer Sofrer: imagens do homem e da sociedade no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

AZEVEDO, R. G. Criminalidade e justiça penal na América Latina. *Sociologias*. Porto Alegre, ano 7, n. 13, p. 212-241, Jan/Jun 2005.

AZEVEDO, R. G. CIFALI, A.C. *Política Criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma – Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal*. Dossiê: Políticas públicas de segurança e justiça. Porto Alegre, vol. 15, n. 1, p. 105-127, Jan/Mar 2015.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e a Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEIRAS, Inâki Rivera. *Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BRASIL. *Recomendação nº 62, de 17 de Março de 2020*. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

BROWN, Wendy. *Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Politeia, 2019.

CARVALHO, Salo de. *O Papel dos Atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CHIES, L.A.B.; ALMEIDA, Bruno R. Mortes sob Custódia Prisional: prisões que matam, mortes que pouco importam. *Revista de Ciencia Sociales*. V. 32. N. 45. Montevideo, 2019. Pp. 67-90.

CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHRISTIE, Nils. *La Industria del Control del Delito: La nueva forma del Holocausto?* Buenos Aires: Del Puerto, 1993.

DEPARTAMENTO Penitenciário Nacional. DEPEN, 2020. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

ENTENDA o pacote anticrime aprovado na Câmara dos Deputados. G1, 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/12/05/entenda-o-pacote-anticrime-aprovado-na-camara-dos-deputados.ghtml>>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. DRT, O Estudo de Impacto Legislativo como Posível Estratégia de Contenção do Encarceramento em Massa no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 129. São Paulo. 2017. pp. 137-180.

FERREIRA, Carolina Costa. *A política Criminal no processo legislativo*. Belo Horizonte: DPlácido, 2017.

FREITAS, Felipe da Silva. *Coronavírus, Prisões e Extermínio: Risco e Responsabilidades*, 2020. Disponível em: <<https://boletimluanova.org/2020/04/27/coronavirus-prisoas-e-extermio-riscos-e-responsabilidades/>>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

LEAL, J.S. Economia Política da Pena e Neoliberalismo: O Big Government Carcerário. *Revista Brasileira de Execução Penal*. Brasília, vol 1, n, 1, p. 237-255, Jan/Jun 2020.

LEAL, J.S. A Política Social e Política Criminal da Governabilidade Moderna – 10 anos de governo do PT. *Revista Praia Vermelha*. Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1, p. 197-227, Jan/Jun 2013.

LEAL, J.S; et al. *Criminologia e Neoliberalismo: Gênero, religião e Punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

LEAL, J.S; et al. Una sensata cantidad de violencia: La aceptación de las prisiones como síntesis de la actual sensibilidad acerca de la violencia. *Revista Derechos en Acción*. Año 1, n. 12. La Plata, 2019. pp. 318

MARCHIONI, Guilherme. BAZAGLIA, Otávio Espires. *Desencarceramento em meio a Pandemia*. Justificando, 2020. Disponível em: < <http://www.justificando.com/2020/04/16/desencarceramento-em-meio-a-pandemia/>> Acesso em: 12 de ago. de 2020.

NASH, Silvio Cuneo. *El encarcelamiento masivo*. Buenos Aires: Didot, 2017.

PASTANA, Debora Regina. *Política e Punição na América Latina: uma análise comparativa acerca da consolidação do Estado Punitivo no Brasil e na Argentina*. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

PAVARINI, Massimo. *Castigar el Enemigo: criminalidade, exclusion y inseguridad*. Quito: FLACSO, 2009.

PIMENTA, Victor Martins. *Por Trás das Grades: o encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

POMPEU, Ana. STF nega 81% dos HCs baseados da Recomendação 62, do CNJ, sobre Covid-19. JOTA, 2020. Disponível em: < <https://www.jota.info/stf/do-supremo/stf-nega-81-dos-hcs-baseados-na-recomendacao-62-do-cnj-sobre-a-covid-19-07082020>>. Acesso em: 12 de ago. 2020.

QUAL é o papel do juiz das garantias em discussão do STF. *Conectas Direitos Humanos*, 2020. Disponível em: < <https://www.conectas.org/noticias/qual-e-o->

-papel-do-juiz-das-garantias-previsto-no-pacote-anticrime-de-moro>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

SAÚDE anuncia orientações para evitar a disseminação do coronavírus. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46540-saude-anuncia-orientacoes-para-evitar-a-disseminacao-do-coronavirus>>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

SEM visitas nem acesso a advogados, presos temem coronavírus. El País, 2020. Disponível em: < <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-17/sem-visitas-nem-acesso-a-advogados-presos-temem-coronavirus-primeira-vitima-morre-em-cadeia-do-rio.html>>. Acesso em: 12 de ago. 2020.

SIMON, Jonathan. *Governing Through Crime: How the War on Crime transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*. New York: Oxford University Press, 2007.

SYKES, Gresham. *La sociedad de los cautivos: estudio de una cárcel de máxima seguridad*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2017.

VALENTE, Fernanda. Juiz das garantias fica suspenso até decisão em Plenário, decide Fux. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/fux-revoga-liminar-juiz-garantias-aterferendo-plenario>>. Acesso em: 12 de ago. de 2020.

VALOIS, Luís Carlos. *Processo de Execução Penal: e o estado de coisas inconstitucional*. Belo Horizonte: DPLaído, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A Questão Criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

PARTE 04:

DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E NOVOS DIREITOS

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS INSTRUMENTALIZADO PELAS INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO¹

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN INTERPRIVATED
RELATIONS INSTRUMENTALIZED BY LEGAL INTERSECTIONS BETWEEN
THE PUBLIC AND THE PRIVATE*

Jorge Renato dos Reis²
Érica Veiga Alves³

-
- 1 «O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 «This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001».
 - 2 Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália com bolsa CAPES. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul-UNISC. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul – FISC. Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC, onde foi coordenador de 2004 a 2011. Professor na graduação, mestrado e doutorado da UNISC. Professor de cursos de Pós-Graduação Lato-Sensu em diversas universidades do país. Coordenador do grupo de estudos Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado, ligado ao PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da UNISC. É advogado atuante. Endereço eletrônico: jreis@unisc.br.
 - 3 Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisas “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado - Constitucionalização do Direito Privado”, vinculado ao PPGD da UNISC, coordenado pelo Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogada. E-mail: veigaalves@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

Ainda que a dicotomia existente entre o direito público e privado tenha sido considerada uma verdade absoluta no passado, estando de um lado o direito privado e no lado oposto o direito público, na atualidade tal distinção, que ainda está em fase de superação, é advento do processo de constitucionalização do direito civil, que iniciou em 1988 com a promulgação da Constituição Federal.

Partindo de tal axioma, com o presente artigo visa-se analisar o princípio constitucional da solidariedade nas relações interprivadas instrumentalizado pelas intersecções jurídicas entre o público e o privado. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo. O problema de pesquisa tem seu enfoque em responder o seguinte questionamento: As relações interprivadas são instrumentalizadas pelo princípio da solidariedade?

E para responder tal questionamento, será abordada, num primeiro momento quebra da dicotomia antes existente entre o direito público e privado, observando processo de constitucionalização do direito privado, para a desconstruir a compreensão inicial de que os direitos público e privado ocupavam espaços distintos. Logo, num segundo momento, será abordado o princípio constitucional da solidariedade nas relações interprivadas, evidenciando a importância da aplicação do princípio da solidariedade nas relações entre particulares.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o princípio constitucional da solidariedade nas relações interprivadas, instrumentalizado pelas intersecções jurídicas entre o público e o privado. Já os objetivos específicos são investigar a quebra da dicotomia antes existente entre o direito público e privado e abordar o princípio constitucional da solidariedade nas relações interprivadas.

Na presente pesquisa foram utilizados o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento monográfico.

2 AS INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

Uma das mais relevantes mudanças de paradigma que o direito brasileiro já sofreu foi a superação da grande dicotomia antes existente entre o direito público e privado. Por muito tempo se acreditou que haveria uma distinção do que era apenas do âmbito do direito público, e do que era apenas do âmbito do direito privado, exclusivamente.

Ainda que a dicotomia existente entre o direito público e privado tenha sido considerada uma verdade absoluta no passado, estando, de um lado o direito privado e no lado oposto o direito público, na atualidade tal distinção, que ainda está em fase de superação, é advento do processo de constitucionalização do direito civil, que iniciou em 1988 com a promulgação da Constituição Federal.

O contraste entre estas duas imagens do direito explica por que a busca por um critério de distinção entre direito privado e direito público é sempre tão difícil a ponto de parecer uma tentativa desesperada. Não nos apercebemos de que, nessa distinção, estão em choque não duas espécies de um único gênero, mas sim, dois modos diversos de conceber o mesmo objeto, ou se quisermos, dois pontos de vista diferentes. (BOBBIO, 2007, p. 152)

Os direitos fundamentais compoem o núcleo da Constituição, ao formar um conjunto normativo principiológico, dependem da forma como o direito é aplicado para que esse conjunto de normas e princípios normativos tenham sua real eficácia nas relações jurídicas interprivadas (REIS, 2003).

Estes direitos já haviam sido contemplados, embrionária e isoladamente, nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849, ainda que esta última não tenha entrado efetivamente em vigor. Caracterizam-se hoje por assegurar direitos à prestação de serviços sociais pelo Estado, como assistência social, trabalho, saúde, educação, entre outros. Porém, nem todos os Estados constitucionais enquadrados na moldura do Estado Social reconheceram tais direitos. Houve aqueles que previram tais direitos em sua legislação infraconstitucional, como ocorreu na Alemanha, com a promulgação da Lei Fundamental em 1949 (SARLET, 2009).

O Estado Social trouxe consigo os direitos fundamentais de segunda dimensão, sendo considerada sob a perspectiva positiva, pois nesta dimensão o cuidado não é mais em evitar a intervenção do Estado na liberdade individual, mas sim propiciar um direito de participação no bem-estar social (SARLET, 2009).

Já no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais de terceira dimensão, também são denominados de direitos de fraternidade e solidariedade e se caracterizam por não mais pensar no indivíduo isoladamente como titular do direito, mas sim em um grupo, como povo e nação, caracterizando-se como direito de titularidade transindividual. (RODRIGUES, 2009)

Esta dimensão de direitos traz em seu escopo os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros. O cuidado na verdade resulta, segundo o mesmo autor, de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas por diversos fatores, como o processo de descolonização pós-Segunda Guerra e pelo impacto tecnológico. (SARLET, 2009)

Já no Brasil, o Estado só começou a modificar seu entendimento quanto aos direitos, após passar por um grande período ditatorial. As declarações de direitos já constavam nas constituições anteriores a 1988, porém, esta não somente reconheceu os direitos fundamentais, como criou mecanismos que estabeleciam segurança quanto à impossibilidade de modificar suas cláusulas. É no Estado Democrático de Direito que a terceira, quarta e demais dimensões de direitos fundamentais são desenvolvidas, passando a ser compreendidas como valores morais e de materialidade coletiva. (REIS, 2011)

Há uma tendência no reconhecimento de uma quarta e uma quinta dimensão dos direitos, porém este reconhecimento ainda aguarda uma consagração no âmbito de direito internacional e ordens constitucionais internas. O reconhecimento de tais dimensões teria como motivo a globalização dos direitos fundamentais, tendo contemplado em sua formação o direito à democracia, à informação, ao direito ao pluralismo dentre outros direitos. (SARLET, 2009)

No direito brasileiro, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, todas as normas infraconstitucionais passaram a ser irradiadas pelos princípios constitucionais. Assim, tal fator fez com que fosse abandonado o cunho individualista e patrimonialista que o direito civil tinha sob a influência do Código Civil de 1916. Assim, sendo todas as relações entre particulares regidas pelas normas e pelos princípios constitucionais, abre-se mão do individualismo.

Diferentemente do que ocorria antes de 1988, no período em que os códigos eram o centro do ordenamento jurídico privado, de modo a preservar o cunho individualista e patrimonialista da vontade privada, o período pós Constituição de 1988 vem com o intuito de espelhar a realidade social, e não transformá-la, como ocorria com as constituições anteriores. Tal mudança de paradigma é chamada de era dos estatutos, pois se trata do deslocamento do monossistema, em direção a um polissistema legislativo, adotando-se microssistemas que giram ao lado do Código Civil Brasileiro (FACCHINI NETO, 2012).

Com a vigência da Constituição de 1988, começou a imprimir-se no cenário jurídico nacional uma nova realidade acerca do direito civil como um todo, passou-se então a haver uma constante preocupação na efetivação dos direitos fundamentais, dando uma maior atenção aos valores coletivos ao invés dos individuais, abstendo-se de forma definitiva do individualismo – que era forte característica do antigo diploma civil pátrio. (FACCHINI NETO, 2010)

No ramo do direito público tem-se inicialmente a ideia de ser acessível a todos que dele necessitam, como sendo aquilo que vem do povo e foi feito para estar ao alcance do povo e a ele servir, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito só se torna efetivo quando essas relações estiverem ao alcance de todos os cidadãos. (PERLINGIERI, 2002).

O processo de constitucionalização do direito privado passa, então, a desconstruir a compreensão inicial de que os direitos público e privado ocupavam espaços distintos. Tal mudança de paradigma faz com que a separação entre direito público e privado passe a ser relativizada, pois uma dicotomia traz a possibilidade de uma separação exaustiva. Logo, o direito privado apenas chegaria até onde se inicia o público e vice-versa. (FACCHINI NETO, 2010).

Com o Estado Democrático de direito desde 1988 houve uma mudança não apenas de cunho normativo, mas também principiológico, de modo que todas as normas passassem a ser interpretadas conforme os princípios constitucionais. Tal fator demonstra uma vontade do constituinte originário de garantir uma sociedade mais digna.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOLIDARIEDADE NAS RELAÇÕES INTERPRIVADAS

No artigo 3º da Constituição Federal, são invocados os fundamentos da solidariedade, dignidade da pessoa humana e igualdade. Nesse sentido o princípio da solidariedade está explícito no texto constitucional, entretanto, ele também está incorporado à dignidade da pessoa humana. Ou seja, sempre quando se pensar em solidariedade como princípio, deve-se ter a dignidade como um princípio maior, abarcando-a.

Com o advento do constitucionalismo contemporâneo, o constituinte originário introduziu a dignidade da pessoa humana e a solida-

riedade social em seus artigos 1º e 3º⁴ Ainda pode-se considerar que “há uma outra finalidade a ser atingida: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais” (MORAES, 2009, p. 110).

Na Constituição brasileira, o legislador constituinte inovou a acrescentar o princípio jurídico da solidariedade, devendo o mesmo ser aplicado tanto na elaboração da legislação ordinária, execução de políticas públicas e momentos de interpretação e aplicação do direito, por todos os membros da sociedade (MORAES, 2009).

O princípio da solidariedade é resultante de movimentos sociais, movimentos resultantes da evolução em que a sociedade deixa de ver o ser individualista e patrimonialista e passa a ver o ser como titular de direitos e desta forma, pode-se dizer que “a solidariedade é fato social, inerente ao homem em sociedade, virtude ética, fundada na alteridade e na justa conduta, resultado da consciência moral e da boa-fé” (OLIVEIRA, 2014, p. 15).

a solidariedade dos modernos, concebida como princípio político e jurídico, surgiu como resposta ética ao problema da pobreza instalada à época, ressaltando o dever de assistência do Estado para com os indivíduos assim como entre eles mesmos em comunidade. Com a instauração do Estado Social, essa perspectiva fica ainda mais evidente já que se concebe a solidariedade como valor superior. (JABORANDY, 2016, p. 96)

No âmbito do Constitucionalismo Contemporâneo, o princípio da solidariedade tem sentido diferente da fraternidade universal, onde se qual “supera o mito do fim superindividual”, tendo como interesse superior o pleno desenvolvimento da pessoa humana (REIS, 2007).

No Estado Liberal do século XIX, a constituição tem papel apenas de delimitar o poder do estado e direitos individuais. Já no século XX, o estado social passa a regular o poder estatal, a sociedade e o próprio indivíduo, o que amplia o papel constitucional (REIS, 2003). Nesse sentido, no período pós-guerra, as constituições passam a abranger também um cunho político. Ou seja, as constituições passam a ser também políticas, e

4 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios 21 e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]

III - a dignidade da pessoa humana;

[...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]

não apenas estatais. Abrangendo assim não só estado, mas também toda a sociedade (LEAL, 2007).

Já no Brasil, o estado só começou a modificar seu entendimento quanto aos direitos, após passar por um grande período ditatorial. As declarações de direitos já constavam nas constituições anteriores a 1988, porém, esta não somente reconheceu os direitos fundamentais, como criou mecanismos que estabeleciam segurança quanto à imodificabilidade de suas cláusulas. É no Estado Democrático de Direito que a terceira, quarta e demais dimensões de direitos fundamentais são desenvolvidas, passando a ser compreendidas como valores morais e de materialidade coletiva (GORCZEWSKI, 2016).

No Estado Democrático de Direito atual é notável heranças advindas do Estado Liberal, como o conceito de Estado, a separação dos poderes e a preservação dos direitos fundamentais. Esses conceitos passaram por modificações ao longo da evolução histórica e se ajustaram a nova realidade de Estado Democrático que encontramos atualmente.

Nesse sentido, a solidariedade abarca vários significados, dentre eles é considerada inerente à condição humana, uma virtude ética, empática de reconhecer o outro, semelhante a si ou não. Também, pode ser considerada além de um princípio moral, uma norma jurídica, como forma de instrumento a garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, efetivando o texto constitucional.

Desde 1988 houve uma mudança não apenas de cunho normativo, mas também principiológico, de modo que todas as normas passassem a ser interpretadas conforme os princípios constitucionais. Tal fator demonstra uma vontade do constituinte originário de garantir uma sociedade mais digna (FACCHINI NETO, 2012). As constituições anteriores a 1988 não tratavam diretamente do princípio da solidariedade como a atual aborda, mesmo que muitas delas contivessem esboços de direitos humanos, somente em 1988, que estes direitos passaram a ser tratados especificamente.

No Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais de terceira dimensão, também são denominados de direitos de fraternidade e solidariedade e se caracterizam por não mais pensar no indivíduo isoladamente como titular do direito, mas sim em um grupo, como povo e nação, caracterizando-se como direito de titularidade transindividual. (PÉREZ-LUÑO, 2006)

Portanto, não basta a observância apenas das normas ordinárias nas relações interprivadas, sendo preciso realizar uma adequação de

princípios e valores que estão incorporados pela ordem constitucional. Nesse novo raciocínio hermenêutico, os contratos passam a ter a proteção dos princípios reguladores do sistema (REIS; CENZE, 2007).

[...] dá-se a positivação dos direitos sociais e econômicos, fenômeno assente na inquestionável premissa de que, diante da desigualdade de fato existente no meio social, se o Estado não agir para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos da liberdade, igualdade e solidariedade em que 25 se lastreia o constitucionalismo seguramente vão se frustrar (SARMENTO, 2006, p. 19).

Esta dimensão de direitos traz em seu escopo os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, dentre outros. O cuidado na verdade resulta de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas por diversos fatores, como o processo de descolonização pós-Segunda Guerra e pelo impacto tecnológico.

O princípio da solidariedade é resultante de movimentos sociais, movimentos resultantes da evolução em que a sociedade deixa de ver o ser individualista e patrimonialista e passa a ver o ser como titular de direitos e desta forma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quebra da grande da dicotomia entre o direito público e privado, no âmbito do direito civil contemporâneo, concretiza a dignidade da pessoa humana. Assim, considerando a exclusão do posicionamento individualista e patrimonialista do direito civil brasileiro, abre-se espaço para um posicionamento solidário, em favor da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, portanto, que os direitos público e privado estão interligados como um todo, não se podendo pensar o direito como sendo limitado à vontade particular, e sim devendo ser interpretado visando os princípios constitucionais. Entretanto, pode-se depreender que o fenômeno da constitucionalização do direito privado e da eficácia horizontal dos direitos constitucionais encontra-se longe de ser finalizado, ganhando novas concretizações dia após dia.

A constitucionalização do direito privado passa a valorizar o homem, tanto moralmente como socialmente, tanto que na Constituição de 1988 temos grandes cargas de direitos sociais, e garantias fundamentais.

Na Constituição de 1988 os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana são tão fundamentais que estão alocados nos objetivos, constituindo a base do Estado Democrático de Direito.

Por meio destes dois princípios se norteia a correção de desigualdades sociais com o objetivo de desenvolver a qualidade de vida de todos os cidadãos. O que ocorre também nas relações entre particulares, onde, com a aplicação destes princípios, a desigualdade, e a dignidade da pessoa, a qual pratica este ato jurídico podem ser ressalvadas, evitando que ocorra disparidade de armas entre as partes envolvidas no negócio jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 07 out. 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FACCHINI NETO, Eugênio. A constitucionalização do direito privado – RIDB, Ano 1 (2012), nº 1, p. 185-243. Disponível em: <<http://www.idb-fdul.com>> Acesso em: 20 jul. 2020.

GORCZEWSKI, Clóvis. Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2016. 2 ed.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais. 2016. 204 f. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. La tercera generación de derechos humanos. Cizur Menor: Universidad de Navarra, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis de direito civil; tradução de: Maria Cristina de Cicco. 3. Ed., rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. A constitucionalização do Direito Privado e o Novo Código Civil. In: Leal, Rogério Gesta (Org). Direitos Sociais e Políticas Públicas. Santa Cruz do Sul: Edunisc. 2003. P. 771-790.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, J. R. (Org.); LEAL, R. G. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007. T. 7. p. 2033-2064

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. O Direito de Imagem sob a Ótica da Constitucionalização do Direito Privado: um panorama jurisprudencial no estado democrático de direito. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 1, p. 51-70, jun. 2011.

RODRIGUES, Mádson Ottoni Almeida. A prestação jurisdicional na efetivação dos direitos fundamentais. In: O novo constitucionalismo da era-positivista: homenagem a Paulo Bonavides: São Paulo: Saraiva, 2009

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

A NECROPOLÍTICA E O RACISMO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS NO BRASIL¹

THE NECROPOLITICS AND RACISM: AN ANALYSIS OF POLICIES FOR BLACK CHILDREN AND ADOLESCENTS IN BRAZIL

André Viana Custódio²
Higor Neves de Freitas³
Júlia dos Santos Severo⁴

1 INTRODUÇÃO

A escravidão influenciou na construção social, política e econômica do Brasil. Após abolição, não ocorreu uma igualdade de direitos, tampouco oportunidades em relação aos brancos. Pelo contrário, o ce-

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.
 - 2 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Sevilha - Espanha, Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens (GRUPECA/UNISC) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Endereço eletrônico: andreviana.sc@gmail.com.
 - 3 Mestrando em Direito com Bolsa Prosc Capes Modalidade I na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP), Integrante do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes (GRUPECA/UNISC), do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). Endereço eletrônico: freitashigor_@hotmail.com.
 - 4 Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social e do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do PPGD/UNISC. Endereço eletrônico: juliasevero@mx2.unisc.br.

nário atual demonstra denúncias de violações de direitos, que é resultado da negligência do Estado em relação a ações e políticas públicas, considerando que jamais procurou a reparação dos efeitos causados pelo período escravocrata, o que coloca essa população em situação de exclusão e marginalização. Isso acarreta violência e violações de direitos, principalmente de crianças e adolescentes negros, tornando importante o estudo sobre as políticas públicas que atingem esse grupo social.

O objetivo do presente trabalho é analisar as políticas públicas de proteção de crianças e adolescentes negros sob a óptica do racismo e da necropolítica. Os objetivos específicos buscaram compreender o racismo e a necropolítica, contextualizar as violações de direitos de crianças e adolescentes negros e, por fim, estudar as políticas públicas para crianças e adolescentes negros. Como problema de pesquisa, questiona-se: como se estabelecem as políticas públicas para crianças e adolescentes negros sob a óptica do racismo e da necropolítica? A hipótese indica três níveis de políticas públicas, quais sejam, de atendimento, de proteção e de justiça.

Como principais resultados, verificou-se uma atuação conjunta dos órgãos do sistema de garantias de direitos, de forma integrada e articulada, respeitando suas competências institucionais e proporcionando a possibilidade de enfrentar as violações de direitos que atingem crianças e adolescentes negros no Brasil. O método de abordagem é o dedutivo e o de procedimento é o monográfico, com técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

2 RACISMO E NECROPOLÍTICA

O contexto atual da população negra do Brasil encontra-se interligado com o que fora os mais de trezentos anos do sistema escravocrata no Brasil. É sabido que durante o período que vigeu tal sistema, o corpo por ora escravizado era tão somente um corpo submetido ao trabalho e igualmente destituído de qualquer característica que lhe atribuísse a condição de humano.

Não diferentemente, ainda hoje é possível observar que determinadas pessoas visualizam a população negra da mesma forma, haja vista que continuamente essa população segue sendo reduzida a marginalização que carrega consigo desde a abolição, ou melhor segue sendo observada como sujeito destituídos de direitos, tampouco merecedor destes.

Deste modo, quando se observa o cenário atual do Brasil, é possível afirmar que a escravidão faz parte da construção social, econômica e política deste país. O racismo no período pós abolição aconteceu de

forma exacerbada na prática social, uma vez que após a conquista da liberdade, a população negra continuou a sofrer com um Estado que lhes tinha ainda como propriedade. Para tanto, parte-se do pressuposto de que após abolição, a população negra passaria a desfrutar de uma igualdade de direitos e oportunidades em relação aos brancos em um geral, o que por ora segue sem acontecer.

É possível afirmar que o racismo é parte de uma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento, ou seja, o mesmo acaba por se manifestar por meio de práticas na maioria das suas vezes consciente, e esporadicamente inconsciente que culminam deste modo em vantagens ou privilégios para indivíduos a depender do grupo racial. É fácil perceber ao longo da história, que o Brasil foi predominantemente construído com base nos privilégios daqueles pertencentes a raça branca, vez que os negros estavam a margem de qualquer direito. O fato é que consequentemente a raça é um elemento essencialmente político, e segue sendo ferramenta de opressão no contexto atual (ALMEIDA, 2018).

Cumprido destacar que o racismo enquanto ferramenta de opressão em um sistema político de dominação, ocupa-se de duas ideias centrais e que por ora se acrescentam, a primeira é que existem diferentes raças humanas, de modo que a segunda, compreende que haja vista a existência de raças algumas são inferiores às outras. (PESSANHA; NASCIMENTO, 2018).

Neste novo cenário, pós abolição, a população negra continuou a enfrentar desvantagens, uma vez que não fora proporcionado nenhuma condição de não continuar na mesma posição. Para além da conceituação científica de raça, a população negra também teve de lidar com a ideologia do branqueamento, miscigenação e atualmente com o mito da democracia racial.

A democracia racial, tem como intento rejeitar a existência do preconceito racial, dado que busca apagar os fatos historicamente construídos e que ocasionaram ao longo da história uma disparidade exacerbada, entre negros e brancos. Entre os marcos de maior expressão do mito da democracia racial, é possível averiguar a ocultação dos conflitos inter-raciais, assim como a omissão quanto as desigualdades sociais entre negros e brancos, disseminando a partir desta propagação de ideias, que a desigualdade entre estes decorre de problemas socioeconômicos e não em razão de condicionantes raciais.

O Brasil é um país desigual, de modo que facilmente, identifica-se as desigualdades, bem como as disparidades entre brancos e negros,

enraizado na estrutura, verifica-se, portanto, que o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, bem como o racismo é estrutural. Para Almeida (2018), o racismo é parte de um processo social que ocorre pelas costas dos indivíduos e lhes parece legado pela tradição.

A banalização no que diz respeito aos direitos inerentes a população negra, é passível de observar que não é um fenômeno da atualidade, mas sim resultado do que é o racismo estrutural, conforme dispõe Almeida (2018, p. 38-39) “uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares”.

De modo que o racismo não é tão somente uma patologia social, tampouco um desarranjo institucional. O racismo é parte intrínseca dos comportamentos individuais, bem como de processos institucionais, é regra e não exceção. O racismo cria condições sociais para que direta ou indiretamente, grupos racialmente identificados sejam discriminados de forma sistemática. (ALMEIDA, 2018).

O efeito do racismo pode ter sua forma alterada pela ação ou omissão dos poderes institucionais, vez que o mesmo pode tanto modificar a atuação dos mecanismos discriminatórios, como também estabelecer novos conceitos para raça. O fato é que instituições atuam na formulação de regras e imposição de padrões sociais que atribuem privilégios aos brancos ou a grupos específicos de alguma maneira, e é a partir desta concepção de como o racismo pode ser parte das instituições que se faz necessário observar como a necropolítica atua como ferramenta de opressão e extermínio a partir destas mesmas instituições.

O fato é que instituições atuam na formulação de regras, bem como na imposição de padrões sociais que atribuem privilégios a grupos raciais específicos. Portanto, as instituições são fundamentais para a consolidação de uma supremacia branca, bem como na proteção desta população em detrimento da população negra que acaba por ser o seu alvo constante.

A crescente onda de violência contra pessoas negras pode ser identificada como uma política de extermínio, de modo que é possível averiguar que os mecanismo de controle e extermínio utilizados contra e sobre a população negra encontram-se datados desde o período pós-abolição, observa-se portanto um projeto genocida, conforme dispõe Flauzina (2008) Estado até hoje inacabado, mas em plena e contínua execução uma vez que são diversos os mecanismo utilizados para o aniquilamento total da população negra do território brasileiro.

O racismo apresenta-se como a figura principal na condição para retirar a vida de alguém. Observa-se desta forma, o racismo como ferramenta na legitimação na morte da população negra, uma vez compreende-se esta parcela da população como a raça inferior, ou seja, a função assassina do Estado, e mais precisamente a função enquanto poder soberano que este exerce foca em prolongar a vida da raça privilegiada e determinar a morte do outro a partir do recorte racial, utiliza-se da função do biopoder conjuntamente com o racismo, ou seja, exerce o poder de “deixar morrer e deixar viver” para determinar quem é digno ou não de vida. (FOUCAULT, 1999)

Cumpra observar, que a política da morte se desenvolve de maneira sistêmica, objetiva e pontual com refinadas tecnologias de ação pragmática e burocrática para pôr em execução e se concretizar a máxima do biopoder “deixar morrer”. É imprescindível analisar, que antes de analisar quem é alvo do “deixar morrer”, incorre o recorte racial, que por ora é o definidor de qual o corpo pode ser alvo dessas ferramentas de extermínio.

[...] nem todos os corpos são matáveis, o corpo matável é aquele que está sob a iminência de morte a todo instante, sob o corpo matável opera a lógica da moral invertida, ou uma moral suspensa, a política da morte segue os seus próprios valores e tem como parâmetro definidor a raça. (NASCIMENTO; PESSANHA, 2018, p. 168)

Mbembe (2018) parte do conceito do biopoder para construir a compreensão do que é a política da morte, mais precisamente para construir o conceito da necropolítica, o autor analisa o estado de execução conjuntamente com relação de inimizade como base normativa para o direito de matar.

A necropolítica, portanto, constitui-se como um indicador tático para analisar a violência hoje, especialmente o fenômeno da destruição massiva de pessoas e a criação de mundos de morte que ilustram a continuidade da colonialidade e do imperialismo no âmbito da democracia liberal, na qual certos grupos populacionais são posicionados como “mortos-vivos”, por meio de processos e práticas de desumanização, coisificação e indignificação de suas existências (MBEMBE, 2017).

Ao se observar o atual cenário brasileiro, verifica-se inúmeras denúncias no que diz respeito ao genocídio da população negra, que por ora

é resultado da negligência de ações e políticas públicas por parte do Estado, que jamais buscou reparar os efeitos nefastos advindos do sistema escravocrata, ocorre que nenhuma política de inclusão fora direcionada a população negra para que houvesse articulação desta aos processos brasileiros de cidadania, e por ora o mesmo agente que tampouco oferece direitos, é o mesmo que retira e acaba por ser o executor das mortes que por diversas vezes são resultados de forças policiais do Estado, ainda quando não há quaisquer indício de criminalidade que justifique, o argumento pelo qual se sustenta tais ações é a morte de sujeitos entendidos como perigosos.

É possível observar a partir análise da realidade atual, que o suplício advindo do sistema escravocrata continua sendo utilizado como ferramenta de poder na atualidade, mais precisamente como uma política de extermínio e anulação da população negra, ou melhor é possível observar que necropolítica se aplica na realidade brasileira, de modo que a população negra segue tendo seus corpos como alvo, e segue igualmente sendo vítima de uma anulação simbólica, tendo em vista as decorrentes desigualdades e marginalização a qual se encontra submetida.

3 O CONTEXTO DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS NO BRASIL

O presente item tem como intuito apresentar a vulnerabilidade da população negra e igualmente da criança e adolescente no Brasil a partir do recorte racial. É perceptível ao visualizar alguns indicadores sociais apresentados a necessidade em promover políticas públicas na contração da violência e das desigualdades decorrentes do racismo.

A efetivação dos direitos inerentes à criança e ao adolescente ainda é um desafio a ser enfrentado, não obstante tal efetivação se torna ainda mais complexa quando se observa o recorte racial, uma vez que as crianças e adolescentes negros vivem majoritariamente condicionados a marginalização. Do mesmo modo, observa-se como é precária a efetiva implementação do art. 227 da Constituição Federal, bem como de toda teoria da proteção integral, uma vez que esta encontra-se também condicionada ao reconhecimento das desigualdades decorrentes do racismo que estruturam a sociedade e igualmente acabam por atingir de maneira direta crianças e adolescentes negros.

Tal situação começa a fazer sentido, quando se visualiza os dados apresentados pelo Ministério dos Direitos Humanos no ano de 2018, onde restou demonstrado a partir de inúmeros estudos o cresci-

mento nas taxas de homicídio de adolescentes e jovens negros, do sexo masculino, e que possuem baixa escolaridade. De acordo com o perfil da vítima traçado ao longo do estudo, observou-se que 93% das vítimas eram do sexo masculino, contavam com 16 e 17 anos, e eram negros, o que fez com que as chances de morrer aumentassem três vezes mais do que um branco. (BRASIL, 2018)

A crescente na violência tem se agravado nos últimos anos. Intenta-se que entre 1980 e 2013, os homicídios nessa faixa etária subiram 640,9%, uma vez que passaram de 506 para 3.749. A drástica mudança e a consequente vitimização letal de adolescente, passou a ocorrer a partir da década de 1990, uma vez que os homicídios ultrapassaram os acidentes de trânsito como principal fator de mortalidade. Ademais, os dados demonstram o aumento das causas externas na participação desses números no que diz respeito a mortalidade de meninos e meninas entre 16 e 17 anos, entre as causas externas, é possível observar acidentes, suicídios, homicídios e outros. É imperioso, perceber que entre 0 e 11 anos de idade, as causas naturais aparecem como principal fator de mortalidade. Contudo, a inversão contexto começa a acontecer com o início da adolescência, uma vez que os fatores externos ultrapassam os naturais até alcançar o pico de participação aos 17 anos de idade. (BRASIL, 2018)

Observa-se o agravamento da desigualdade racial, no período de uma década, que demonstra o quanto a marginalização da população negra cresceu, tendo em conta que de 2007 a 2017, letalidade racial contra indivíduos negros cresceu 33,1%, enquanto a taxa de indivíduos não negros teve um pequeno crescimento de 3,3%. Em análise do ano de 2018 para o ano corrente a taxa de mortes de não negros apresentou relativa estabilidade, com uma redução de 0,3%, enquanto a de negros cresceu 7,2%. (BRASIL, 2019)

O Atlas da Violência, pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA divulgou em 2019 os índices de violência no país, segundo os dados no ano de 2017, houve 65.602 homicídios, o que de fato equivaleria, a aproximadamente 31,6 mortes para cada cem mil habitantes. No que tange, a violência, os números tornam-se ainda mais assustadores quando se constata que entre estas mortes, mais de metade é contra a população jovem, ou seja, uma faixa etária entre 15 a 29 anos. Cumpre destacar que 75,5% das vítimas de homicídio pertenciam ao sexo masculinos e eram negros. (BRASIL, 2019)

É por óbvio que a violência contra a população negra perpassa a vida do sujeito desde a sua infância até a sua vida adulta, portanto, é

possível afirmar que o racismo se encontra presente ao longo de toda trajetória da população negra, de modo que as violações decorrentes dele iniciam já durante a infância.

Cumprido, igualmente, que para além de ser parte dos índices decorrentes de homicídios, as crianças e adolescentes negros são as principais vítimas das violações de direitos, segundo balanço realizado pela Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos que é responsável pelo Disque 100, do total de denúncias registradas pelo serviço, no que diz respeito ao recorte por raça, verifica-se que as maiores vítimas de violações de direitos são crianças e adolescentes negros. (BRASIL, 2018)

Entre os fatores causadores da prática reiterada de violência letal contra estas pessoas, visualiza-se entre eles a frequente associação da cor negra a periculosidade e igualmente a compreensão de inferioridade decorrente da raça, sendo estas pessoas para tanto passíveis de serem eliminadas do convívio.

Observa-se partir de uma análise mais apurada dos dados a implementação de uma política de anulação e extermínio da população negra desde a infância, de modo que é possível perceber uma naturalização das mortes, bem como das desigualdades a partir da implementação da necropolítica no Brasil, haja vista que a violência letal e simbólica decorre na maioria das vezes a partir das instituições e também agentes do Estado, que assim como a sociedade, passou a normalizar este contexto de desigualdades que tem como base o racismo.

Tendo em vista, que a população negra vive em uma sociedade basicamente desigual dada a hierarquização das classes sociais e, sobretudo, em função da condicionante raça, de modo que, essas desigualdades também fazem parte do universo da criança e adolescente negro, de modo que é indispensável pensar na efetivação das normativas aplicadas ao Direito Criança e do Adolescente, seja a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, seja a Constituição Federal de 1988 e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, que por ora consagram a proteção integral à essa parcela da população, sem que ocorra o confronto a esta realidade a partir do debate de igualdade racial e a implementação de políticas públicas. (LIMA, 2010)

Destaca-se que os dados por ora apresentados não possuem cunho extintivo, de modo que foram utilizados para demonstrar como tem se dado a retirada de um direito fundamental que é a vida, haja vista que é passível de observação como uma parcela da população tem sido alvo de uma política da morte desde a infância, deste modo, tendo

em vista o contexto atual a qual a população negra, e principalmente as crianças e adolescentes negros encontram-se inseridos, é necessário dar início ao debate dos efeitos do racismo ainda na infância.

Cumprido destacar, que as violações de direitos seja no aspecto de violência letal, seja no aspecto de violência simbólica tem em sua vasta maioria início a partir de ações institucionais, de modo que o racismo pode ter sua forma alterada pela ação ou omissão dos poderes institucionais, visto que estes podem modificar a atuação dos mecanismos que atuam na discriminação. Interpreta-se que o racismo institucional tem sua vertente a partir da operação de forças estabelecidas e respeitadas pela sociedade de modo que suas ações recebam muito menos reprovação do que receberia as ações individuais, portanto é partir destas mesmas ações que crianças e adolescentes negros são alvos da necropolítica.

4 UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NEGROS

As políticas públicas decorrentes do Direito da Criança e do Adolescente se desenvolvem, em regra, em âmbito municipal, tornando fundamental a participação social para a efetivação dos direitos. A proximidade com o destinatário final possibilita uma maior chance de êxito e uma construção democrática no espaço local em conjunto com a comunidade (RAFAEL; MOREIRA, 2018). O direito deve servir como um instrumento para transformação social. No caso do Direito da Criança e do Adolescente, que possui um caráter transdisciplinar, o direito se torna um dos instrumentos capazes de concretizar o alcance dos direitos fundamentais, sociais e a proteção das crianças e adolescentes negros (LIMA; VERONESE, 2011).

Assim, se as políticas sociais universais não conseguem alcançar efetivamente a coletividade, e diante dessas políticas as minorias étnico-raciais encontram-se em situação desfavorecida ou simplesmente essas políticas não as alcançam, é imprescindível que se criem políticas específicas a esses grupos marginalizados e excluídos socialmente (LIMA; VERONESE, 2011, p. 134).

A transversalidade nas políticas visa ainda uma redução da desigualdade, tendo em vista que os grupos raciais negros vivem em uma situação de exclusão e marginalização social decorrente do preconceito,

da discriminação racial e do racismo, que impactam em diversas violações de direitos. A transversalidade possibilita uma readequação das políticas aos novos temas da agenda governamental, tornando importante a incorporação de temáticas específicas em alinhamento com as estruturas setoriais (LIMA; SALEH, 2016). Ademais, é dever da família, da sociedade e do Estado garantir que crianças e adolescentes não sejam vítimas de discriminação racial, tampouco de violações de direitos.

O Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente se articula por meio de diversos níveis, entre eles, políticas de atendimento, de proteção e de justiça. O primeiro nível de políticas públicas é o de atendimento, que é planejado pelos Conselhos de Direitos. Esse órgão atua nos níveis federais e propõe uma participação conjunta entre as representações da sociedade civil e entes governamentais, onde ocorre a deliberação, a formulação e o controle das políticas (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018).

Por ser órgão responsável por garantir o investimento e a execução de políticas públicas na área da infância, os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente assumem um papel de relevante importância, pois são responsáveis pela criação de programas e projetos voltados para a criança, o adolescente e sua família de acordo com as realidades locais (LIMA; VERONESE, 2011, p. 135).

A execução das políticas públicas de atendimento é organizada por um sistema de serviços públicos e particulares que visam garantir os direitos à educação, saúde, assistência social, lazer, esporte e cultura (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018). Os princípios da descentralização e da municipalização do atendimento permitem que as políticas sejam formuladas levando em consideração as necessidades regionais de cada localidade. Isso permite a potencialização e aprimoramento das políticas de atendimento, que devem garantir e promover os direitos fundamentais sociais das crianças e adolescentes (LIMA; VERONESE, 2011). Ademais, existem ainda os conselhos de igualdade racial que buscam a garantia da população negra e estabelecem um comprometimento com a luta antirracista. O Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CNPIR) possui um papel relevante na gestão democrática, ainda que seja meramente consultiva, é ainda órgão de articulação e apoio na tomada de decisões sobre as políticas e os programas que são desenvolvidos pela Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) (LIMA; SALEH, 2016)

Para se atingir a proteção das crianças e adolescentes negras, bem como prevenir e erradicar as violações de direitos, se torna importante a implementação de políticas públicas para assegurar os direitos, ou seja, os operadores do sistema de garantia de direitos devem se atentar para a construção de ações estratégicas que atinjam uma melhoria na qualidade de vida de crianças e adolescentes negras. O avanço normativo apenas “conseguirá refletir nas práticas sociais a partir do momento em que efetivar-se plenamente a política de atendimento nos termos firmados constitucionalmente e através dessas novas diretrizes políticas” (LIMA; VERONESE, 2011, p. 174). Essa modificação estrutural dessas práticas sociais é essencial para a superação de um contexto de desigualdade e naturalização de violações de direitos de crianças e adolescentes negras, sob a óptica da necropolítica, o que é importante para atingir os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

As políticas de igualdade racial se sustentam em três dimensões. Na primeira, se exige uma ampliação dos investimentos estatais em políticas socioeconômicas de caráter universal e geral, por meio de programas em que se busca reduzir a pobreza. A segunda prevê uma incorporação de perspectivas raciais em políticas setoriais para a população negra, como por exemplo, o Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana. Por fim, a terceira dimensão contempla ações afirmativas para garantir uma igualdade substantiva, como, por exemplo, o Programa Universidade Para Todos (PROUNI) (LIMA; SALEH, 2016).

O segundo nível estrutural de políticas públicas é o de proteção, que atua em um enfrentamento das ameaças ou violações de direitos das crianças e adolescentes. Nesse sentido, atuam o Conselho Tutelar, o Ministério do Trabalho e os Ministérios Públicos Estadual, do Trabalho e Federal de forma extrajudicial. Assim, se atua para garantir a proteção do cumprimento dos direitos da criança e do adolescente e modificar de forma imediata as práticas de violação de direitos (CUSTÓDIO; MOREIRA, 2018).

O Conselho Tutelar, como um dos principais órgãos, atua como uma forma de proteção e promoção dos direitos da criança e do adolescente, tendo uma autonomia, sem e demonstra uma relação de proximidade com a comunidade e até mesmo representada por ela (SOUZA; SOUZA, 2010, p. 85). Desse modo, assume um papel de “protagonista no sistema de proteção à criança e ao adolescente e como atribuição ser instância garantidora dos direitos fundamentais nos municípios” (VERONESE; CUSTÓDIO, 2013, p. 177).

Nos casos de violação de direitos de crianças e adolescentes, seja em razão de omissão ou ação da sociedade ou do Estado, por falta, omissão ou ainda abuso dos responsáveis ou pais e ainda em razão de sua conduta, o Conselho Tutelar poderá aplicar medidas de proteção, que estão previstas no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;

V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII - acolhimento institucional;

VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;

IX - colocação em família substituta (BRASIL, 1990).

O Conselho Tutelar objetiva “zelar pelo cumprimento integral dos direitos da criança e do adolescente, atuando de forma incessante contra todas as formas de violações ou ameaças aos direitos humanos” (CUSTÓDIO, 2009, p. 91).

O terceiro nível estruturante é o de justiça por meio dos órgãos que compõem o sistema de justiça, principalmente o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública, os quais objetivam uma materialização do acesso à justiça e ainda o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes (SOUZA; SERAFIM, 2019, p. 112-113).

[a] concretização dos direitos de crianças e adolescentes perpassa quase que exclusivamente pelo investimento estatal em políticas públicas de proteção e promoção dos seus direitos e que, aliadas a isso, a família e a sociedade civil desempenham papel importante. Não esquecendo que, em relação às famílias, é papel do Estado dar condições àquelas cujas situações de vulnerabilidade econômica

e social impedem a concretização dos direitos dos seus filhos [...]
(LIMA; VERONESE, 2011, p. 174).

O racismo e as práticas de violências que atingem as crianças e adolescentes negras são perpetuadas até mesmo pela omissão e ação dos poderes institucionais. No enfrentamento das violações de direitos, cada órgão possui uma competência institucional e participa no planejamento de ações estratégicas de forma articulada e intersetorial. Desse modo, torna-se importante a concretização das políticas públicas, principalmente de proteção, para enfrentar as ameaças e violações de direitos que atingem as crianças e adolescentes negros, tendo em vista que o racismo presente na trajetória da dessa população fortalecem um cenário de violências.

5 CONCLUSÃO

Até mesmo após a abolição da escravidão, período no qual a população negra era destituída de qualquer característica que garantisse a condição humana. As denúncias de violações de direitos resultam da negligência do Estado em relação as políticas e ações, que não objetiva a reparação dos efeitos causados pelo período escravocrata e perpetua uma condição de exclusão e marginalização da população negra. O racismo, portanto, perpetua uma violência e violações de direitos, principalmente de crianças e adolescentes negros. Já a necropolítica atua como uma ferramenta de extermínio e proteção a partir das instituições que negligenciam os direitos sociais e fundamentais da população negra.

A contextualização dos dados demonstram uma situação de violação de direitos demonstram violações de direitos da população negra desde a infância, bem como uma naturalização de mortes, situação de desigualdades, considerando que situações de violências simbólicas e letais ocorrem até mesmo pelas instituições e agentes do Estado, bem como a sociedade, que se perpetua em um contexto de racismo e necropolítica.

Para enfrentar essas violações, o sistema de garantia de direitos atua de forma intersetorial e articulada, envolvendo diversos órgãos que atuam em diversos níveis, entre eles, de atendimento, proteção e de justiça. A concretização dos direitos e da proteção de crianças e adolescentes necessita de investimento estatal em políticas públicas. O Estado deve garantir uma transformação na realidade fática das famílias em situação de vulnerabilidade como forma de garantir os direitos da população. As políticas de proteção atuam como forma de garantir a proteção do cum-

primeto dos direitos das crianças e adolescentes, bem como modificar as práticas de violações de direitos, que atingem, principalmente as crianças e adolescentes negras, tendo em vista o cenário de violência, exclusão e desigualdade social que o racismo proporciona.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10 jun. 2020

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069compilado.htm. Acesso em 10 jun. 2020

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Atlas da violência 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 10 jun. 2020

CUSTÓDIO, André Viana. Direito da Criança e do Adolescente. Criciúma: UNESC, 2009.

CUSTÓDIO, André Viana; MOREIRA, Rafael Bueno da Rosa Moreira Estratégias Municipais para o Enfrentamento da Exploração Sexual Comercial de Crianças e Adolescentes. In: XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, 27, 2018, Salvador. Anais eletrônicos. Salvador: UFBA, 2018.

FOUCAULT, Michel. Em defesa da sociedade: curso no Collège de France. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Fernanda da Silva. Racismo e antirracismo no Brasil: temas emergentes nocenário sócio jurídico. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

LIMA, Fernanda da Silva; SALEH, Nicole Martignago. A transversalidade nas políticas públicas de igualdade racial no município de Criciúma/SC e a garantia

de direitos de crianças e adolescentes negros. Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, 2016.

LIMA, Fernanda da Silva; VERONESE, Josiane Rose Petry. Mamã África, cheguei ao Brasil: os direitos da criança e do adolescente sob a perspectiva racial. Florianópolis: UFSC, 2011.

MBEMBE, Achille. Crítica da Razão Negra. São Paulo: n-1 edições, 2018a.

MBEMBE, Achille. Necropolitics. Public Culture, v. 15, n. 1, pp. 11-40, 2003.

MBEMBE, Achille. O Fardo da Raça. Coleção Pandemia. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições, 2018b.

PESSANHA, Eliseu Amaro de Melo; DO NASCIMENTO, Wanderson Flor. NECROPOLÍTICA: Estratégias de extermínio do corpo negro. ODEERE, [S.l.], v. 3, n. 6, p. 149-176, dez. 2018. Disponível em <<http://periodicos2.uesb.br/index.php/odeere/article/view/4327>>.

SOUZA, Ismael Francisco de; SOUZA, Marli Palma. O Conselho Tutelar e a Erradicação do Trabalho Infantil. Criciúma: Unesc, 2010.

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

VERONESE, Josiane Rose Petry; CUSTÓDIO, André Viana. Trabalho Infantil Doméstico no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013.



DIALÉTICA
EDITORA

Este livro foi impresso sob demanda, sem estoques. A tecnologia
POD (Print on Demand) utiliza os recursos naturais de forma
racional e inteligente, contribuindo para a preservação da natureza.

"Rico é aquele que sabe ter o suficiente"
(Lao Tze)