

**NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
NOVOS CAMINHOS E ANTIGOS PROBLEMAS**

GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LAURINALDO FÉLIX NASCIMENTO
ELAINE FREITAS FERNANDES
ORGANIZAÇÃO

ARCO
EDITORES ● ● ●

**NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS
FUNDAMENTAIS:
NOVOS CAMINHOS E ANTIGOS PROBLEMAS**

GETÚLIO NASCIMENTO BRAGA JÚNIOR
LAURINALDO FÉLIX NASCIMENTO
ELAINE FREITAS FERNANDES
ORGANIZAÇÃO

ARCO
EDITORES ● ● ●

Editor Chefe

Ivanio Folmer

Bibliotecária

Eliane de Freitas Leite

Revisora Técnica

Gabriella Eldereti Machado

Diagramação e Projeto Gráfico

Gabriel Eldereti Machado

Imagem capa

www.canva.com

Revisão

Organizadores e Autores(as)

Conselho Editorial**Ciências Humanas e Sociais Aplicadas**

Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva - Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Profa. Dra. Alicia Eugenia Olmos - Universidad Católica de Córdoba

Prod. Dr. Astor João Schönell Júnior - Instituto Federal Farroupilha

Prof. Dr. Alan Ricardo Costa - Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. Camilo Darsie de Souza - Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Carlos Adriano Martins - Universidade Cidade de São Paulo

Prof. Dr. Christian Dennys Monteiro de Oliveira - Universidade Federal do Ceará

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins - Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos - Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Dioni Paulo Pastorio - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Douglas Manoel Antonio de Abreu Pestana dos Santos - Faculdade Sesi-Sp de Educação

Profa. Dra. Elane da Silva Barbosa - Universidade do Estado do Rio Grande do Norte

Profa. Dra. Francielle Benini Agne Tybusch - Universidade Franciscana

Prof. Dr. Francisco Odécio Sales - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará

Prof. Dr. Gilvan Charles Cerqueira de Araújo - Universidade Católica de Brasília

Prof. Dr. Leonardo Bigolin Jantsch -Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra Liziany Müller Medeiros -Universidade Federal de Santa Maria

Profa. Dra Marcela Mary José - Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Mateus Henrique Köhler - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Michel Canuto de Sena - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Profa. Dra. Mônica Aparecida Bortolotti - Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof. Dr. Rafael Nogueira Furtado - Universidade Federal do ABC

Prof. Dr. Roberto Araújo Silva - Centro Universitário Lusíada

Prof. Dr. Sidnei Renato Silveira - Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin - Universidade Federal do Oeste da Bahia

Prof. Dr Tomás Raúl Gómez Hernández - Universidade Central "Marta Abreu" de Las Villas

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais
[livro eletrônico] : novos caminhos e antigos
problemas / organização Getúlio Nascimento
Braga Júnior, Laurinaldo Félix Nascimento,
Elaine Freitas Fernandes. -- Santa
Maria, RS : Arco Editores, 2023.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-5417-127-4

1. Direito constitucional - Brasil 2. Direitos
fundamentais - Brasil 3. Direitos humanos I. Braga
Júnior, Getúlio Nascimento. II. Nascimento,
Laurinaldo Félix. III. Fernandes, Elaine Freitas.

23-163957

CDU-342 (81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito constitucional 342(81)

Eliane de Freitas Leite - Bibliotecária - CRB 8/8415



10.48209/978-65-5417-127-4

Esta obra é de acesso aberto.

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte
e a autoria e respeitando a Licença Creative Commons indicada.



ARCO EDITORES

Telefone: 5599723-4952

contato@arcoeditores.com

www.arcoeditores.com

Prefácio

Foi com muita honra e satisfação receber o convite de meus colegas de pesquisas, advogados e docentes e componentes do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia (CODIDEM), para atuar como Organizador, juntamente com Laurinaldo Félix Nascimento e Elaine Freitas Fernandes, ambos doutorandos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD/UNESA), bem como para prefaciar o trabalho em formato de e-book: “Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais: Novos caminhos e antigos problemas”.

O Neoconstitucionalismo compreende um constructo que se depara com as superposições e demandadas convergências de movimentos, de colapsos e redesenhos de Estados, até mesmo de grupos chamados de nacionais, dentro do lembrado, mas aqui em digressão, *Mito das nações* de Patrick Geary, por um sensível e vulnerável cenário de nacionalidades, estas cuja fragilidade evidente, tornou-se requerida ao estudo e reinterpretação, para além das fronteiras, para também se entender dentro de si e para além de si, como um todo, em esforço por debelar excessos de poder do Estado em bases mais límpidas de seu compromisso, também redefinido.

Mais do que a limitação em sentido lato, é propósito do Estado Constitucional, na arquitetura do constitucionalismo recente, a limitação fundada em Direitos Fundamentais, em combate vivo à hipótese de importação de processos de aniquilação, até doméstica, do ser humano, nacional ou não, em toda sorte e em qualquer ordem, mas, ao contrário, pretende este modelo, ter atenção às construções culturais, para o destituir a intolerância e o preconceito, assim havidos por não conceber a diferença, por não comportar a alteridade, por não ter clareza, coerência, Democracia e, daí, o redesenho da limitação trazendo o

Neoconstitucionalismo, como correção de trajetória dos descaminhos e crueldades que história já registrou, e, para tanto, se fazendo, em conta de Direitos Fundamentais. É, neste teor que os estudos e pesquisas do Grupo Constitucionalismos, Direitos e Democracia se tornam tão vivos, exigíveis e dinâmicos.

Por um lado, a doutrina, o conceito e o estudo teórico compreendem o parâmetro mais comum e habitual de uma abordagem do Direito Constitucional, mais precisamente, daquele surgido em categorias mais identificadas nas últimas décadas do século XX e se mantém em pauta, em dinâmica e em evidência paradigmática em tempos atuais.

Em segmento metodológico diverso de estudo, mas igualmente relevante, em seu aspecto difuso e mutacional constitucional, está também aquele que implica o enfretamento, empírico, fático de uma crise civilizacional, em especial, também, verificada no século XX, que requereu um chamamento de feito constitucional à ordem, um freio de arrumação no estado de coisas jurídicas do Estado de Direito.

Para tanto, em sua investigação, não irá prescindir da transformação do papel das constituições e dos direitos fundamentais na ordem jurídica sob a perspectiva de sua estrutura sistêmica analítica, por um lado, e da sua dinâmica na ordem humana, fática e sintética, por outro. Com os temas sobre liberdade, educação, meio ambiente, acesso à justiça, a obra propõe uma reflexão equilibrada sobre temas sensíveis e sempre ordinários.

As abordagens desta obra atentam para enfatizar a perspectiva nuclear da Constituição como a norma a partir a qual devem irradiar-se as demais normas do ordenamento jurídico de um país, como um documento vivo, capaz de se adaptar às mudanças sociais e às demandas da sociedade, para compreender a Constituição tanto como um conjunto de regras e princípios, como também

uma fonte de direitos e valores fundamentais. Mantém-se, para tanto, os Direitos Fundamentais como princípios jurídicos vinculantes, que primam por guiar a interpretação e aplicação de todo o ordenamento jurídico. Com efeito, todas as leis e atos do poder público se equilibram na interpretação e aplicação, à luz dos Direitos Fundamentais, de forma a promover sua proteção e efetividade.

Os direitos fundamentais ensejam sempre os antigos problemas enfrentados pelos juristas e acadêmicos na tentativa de promover uma sociedade justa e igualitária, centrada no princípio da dignidade da pessoa humana, buscando no ordenamento jurídico um fio condutor. Ainda que, não raro, a sociedade tenta refundar essas bases, nem sempre é de todo exitosa, no promover da justiça e da equidade, mas, naturalmente, compõe princípios programáticos que levam tempo e, para tanto, mantém o programa normativo tão legítimo quanto lícito.

A obra representará uma contribuição significativa no aspecto acadêmico, no campo das ciências sociais com a consolidação de novas pesquisas sobre temas do cenário jurídico contemporâneo. A apresentação de uma obra coletiva é a demonstração dos laços que uniram vários pesquisadores em torno de um projeto de produção de conhecimento.

Esse e-book, intitulado Neoconstitucionalismo e direitos fundamentais: Novos caminhos e antigos problemas foi desenvolvido por pesquisadores que exercem atividades de ensino e pesquisa no ambiente acadêmico em diversos segmentos sociais do país. A produção reúne obras originalmente separadas, o que foi feito com bastante liberdade e alteridade. As análises a partir da Constituição de 1988 foram alteradas pelas novas visões jurídicas que vieram a modificar o Direito, tornando-o mais social e acompanhando às novas demandas da sociedade.

Do exposto, exalta-se o ineditismo propositivo e coragem do trabalho aqui desenvolvido que dentre o coloca em destaque no conteúdo jurídico-didático pátrio, sendo estimulante prefaciá-lo este livro. É com altivez e grata satisfação que participo, apresento e recomendo a presente obra.

Aproveitem e tenha uma boa leitura e excelentes reflexões!

Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima

Prof. Dr. Getúlio Nascimento Braga Júnior

Sumário

CAPÍTULO 1

A EMERGÊNCIA GLOBAL E O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS.....35

Anna Julia Martins Coronel

Alexandria dos Santos Alexim

doi: 10.48209/978-65-5417-127-0

CAPÍTULO 2

PANORAMA JURIMÉTRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PERÍODO DE NOVEMBRO DE 2017 A OUTUBRO DE 2022...42

André Luiz de Oliveira Brum

Greice Kelly Lourenço Porfirio de Oliveira

Adriana de Kássia Ribeiro Pimenta

Layne Nascimento de Moraes

doi: 10.48209/978-65-5417-127-1

CAPÍTULO 3

O CAMPO EMPÍRICO E O DIREITO: SUAS VÁRIAS FACES E SENTIDOS.....60

Adilson Souza Santos

doi: 10.48209/978-65-5417-127-2

CAPÍTULO 4

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE.....81

João Pedro do Nascimento Costenaro

doi: 10.48209/978-65-5417-127-3

CAPÍTULO 5

BREVE ANÁLISE ACERCA DE ALGUNS MARCOS LEGAIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: A NÃO EMANCIPAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO.....93

Marília Rulli Stefanini

doi: 10.48209/978-65-5417-127-E

CAPÍTULO 6

O PAPEL DA MÍDIA TELEVISIVA NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: E O DESRESPEITO A DIGNIDADE HUMANA.....112

Marden Reis de Abreu

Alessandro Rezende

Maurides Macêdo

doi: 10.48209/978-65-5417-127-5

CAPÍTULO 7

DIREITOS COLETIVOS DOS POVOS INDÍGENAS E SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DISCUSSÕES À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO.....	128
--	------------

Luana Soares

doi: 10.48209/978-65-5417-127-6

CAPÍTULO 8

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA.....	156
--	------------

Fabício Rodrigues Araújo Azevedo

doi: 10.48209/978-65-5417-127-7

CAPÍTULO 9

O NOVO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E O DECESSO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA.....	166
--	------------

Jacqueline Billio

doi: 10.48209/978-65-5417-127-8

CAPÍTULO 10

DEMOCRACIA E HERMENÊUTICA DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO: O PARADIGMA DO PODER MODERADOR.....	184
--	-----

Laurinaldo Félix Nascimento

Elaine Freitas Fernandes

doi: 10.48209/978-65-5417-127-A

CAPÍTULO 11

PONDERANDO REGRAS? UM ESTUDO DE CASO, ANALISANDO CRITICAMENTE O DISCURSO DA APROPRIAÇÃO DA PONDERAÇÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.....	211
---	-----

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

doi: 10.48209/978-65-5417-127-B

SOBRE OS ORGANIZADORES.....	230
-----------------------------	-----

SOBRE OS AUTORES.....	233
-----------------------	-----



A EMERGÊNCIA GLOBAL E O REGIME INTERNACIONAL DE MUDANÇAS CLIMÁTICAS

Anna Julia Martins Coronel

Alexandria dos Santos Alexim

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-0

Resumo: O seguinte artigo visa compreender o impacto das mudanças climáticas no mundo, desmembrando as atividades econômicas, entendendo assim o impacto individual de cada setor, tais como, a pecuária, produção de energia, agricultura industrial corporativa, e até mesmo a desigualdade. Após este entendimento, será explicado em linha cronológica os principais eventos da agenda do meio ambiente e seus respectivos acordos, que de alguma maneira causaram um impacto na sociedade internacional, seja conscientizando ou incentivando projetos de cunho ambiental, voltado especificamente para as mudanças climáticas. Por fim, será estudado o Regime Internacional de Mudanças Climáticas preparado por um comitê intergovernamental de Negociação da ONU que visa promover processos de gerenciamento sustentável de elementos da natureza, através de pesquisa científica e tecnológica.

Palavras-chave: Emergência Global. Mudanças Climáticas. Regime Internacional de Mudanças Climáticas.

Abstract: The following article aims to understand the impact of climate change on the world, dismembering the economic activities, understanding the individual impact of each sector, such as livestock, energy production, corporate industrial

agriculture, and even inequality. After this understanding, the main events of the environment agenda and their respective agreements will be explained in a chronological line, which somehow caused an impact on international society, either by raising awareness or encouraging environmental projects, specifically focused on climate change. Finally, the International Climate Change Regime prepared by an intergovernmental negotiation committee of the UN will be studied, which aims to promote sustainable management processes of elements of nature, through scientific and technological research.

Key-words: Global emergency. Climate Change. United Nation Climate Change.

Introdução

Indiscutivelmente, o meio ambiente vem emergindo na agenda da política internacional desde a Conferência de Estocolmo, em 1972, mas somente nas últimas décadas do século XX que os grandes problemas ambientais passaram a ser reconhecidos pela sociedade internacional.

A humanidade está diante de uma série de problemas ambientais, que são globais no sentido de que afetam a todos indistintamente, tais como poluição, perda da camada de ozônio, desertificação, perda da biodiversidade, dentre outros. Esses problemas foram intensificados com o extenso aumento da população do planeta, a crescente industrialização e o consumo de combustíveis fósseis.

As mudanças climáticas inseridas em razão do desenvolvimento desenfreado da economia mundial para assim poder entender, o impacto das ações dos atores envolvidos, a necessidade de cooperação e o peso das ações dos países para a desenvoltura dos acordos que buscam mitigar os impactos ambientais e sociais.

É preciso pensar em como mudar a falta de recursos, os níveis exagerados de consumo, no geral, a manutenção do modelo de desenvolvimento vigente, à

capacidade do planeta de oferecer a energia e a matéria-prima suficiente para o desenvolvimento do próprio capitalismo.

A temática será tratada de forma que o leitor entenda desde as primeiras abordagens feitas sobre a importância do meio ambiente, levando em consideração acordos internacionais que tratam do assunto, a saber, a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, assinada durante a Rio 92, o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris.

Os Tratados Internacionais supra referenciados, constituem o regime internacional do clima, que consiste em um instrumento da Organização das Nações Unidas, que pode ser definido como um conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos para tomada de decisões em torno dos quais as expectativas dos atores convergem. Os mesmos servem para canalizar a ação política dentro do sistema internacional e ao mesmo tempo em que restringem e regulamentam o comportamento dos atores, determinam quais atividades são legitimadas ou condenadas, e influenciam como os conflitos serão resolvidos. (PUCHALA; HOPKINS, 1983).

Nas últimas décadas, a pesquisa sobre o regime internacional do clima angariou progressos substanciais. Em 1988 foi criado o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima, com o objetivo de analisar de forma exaustiva as informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes para entender os riscos que podem estar associados às mudanças do clima por causas antrópicas.

Cabe destacar também que, a Convenção-Quadro das Nações Unidas criou a COP – Conferência das Partes-, como Órgão da Convenção composto pelos Estados Partes, onde os mesmos se reúnem para debater e propor medidas para conter o avanço das mudanças climáticas.

A abordagem dos impactos das mudanças climáticas na sociedade global será analisada em um contexto histórico, descrevendo os eventos climáticos das últimas décadas, bem como o desenvolvimento da agenda internacional ambiental, e por final, uma breve análise do regime internacional do clima.

A Emergência Global

O impacto das mudanças climáticas é considerado um tema delicado por abordar situações e condições que envolvem questões econômicas, sociais, ambientais, institucionais e políticas do mundo todo. A preocupação com a degradação ambiental devido ao meio de produção e desenvolvimento acelerado estabelecido pelo capitalismo se deu de forma lenta, sendo observada inicialmente como problemas localizados em áreas específicas, negligenciando as causas destes eventos.

É somente após a Segunda Guerra Mundial que se notou uma preocupação com o meio ambiente, em uma perspectiva global. O crescimento econômico acelerado agravou os problemas ambientais, fazendo com que eles ultrapassassem as fronteiras, assim, deixando de ser um problema de cunho nacional de um Estado para um problema transnacional.

Logo, se tornou inevitável visar um esforço comum, entre todos os Estados para conter os problemas decorrentes das mudanças climáticas. Essas questões ambientais foram colocadas em pauta após 6 de Agosto de 1945, quando a bomba de Hiroshima ameaçou a segurança internacional de forma direta, trazendo novamente a necessidade de colaboração entre os Estados para a segurança e a sobrevivência humana.

O desenvolvimento de armas nucleares, como as bombas atômicas, provocam a emissão de substâncias que contaminam o solo, a água e o ar, desta

forma, após os ataques sofridos pelo Japão, todo o equilíbrio ecológico da região foi afetado e os recursos ambientais ali existentes foram desintegrados.

Acontece que, mesmo após a Segunda Guerra Mundial, os investimentos em armamento e desenvolvimento de novas tecnologias de guerra são infinitamente maiores do que em energias renováveis e projetos de preservação, pesquisas científicas relacionadas ao clima, e em políticas que fundamentem um desenvolvimento sustentável.

Para Chomsky, “ninguém compreendeu na época, mas o período imediatamente após a Segunda Guerra Mundial foi um ponto de inflexão para uma segunda ameaça à nossa sobrevivência” (CHOMSKY, 2020). A guerra deixou lixos e ruínas por toda parte, navios afundados, bases vazias e cidades bombardeadas na Ásia e na Europa.

Durante o acontecimento foi necessário construir estradas, ferrovias, portos e aeroportos, que levou a poluição industrial para áreas ainda intocadas. Uma tragédia não só para as vidas perdidas mas também para o meio ambiente.

A guerra mundial contribuiu no desenvolvimento dos atuais problemas ambientais globais, como adoção de toxinas para combater pragas agrícolas, a alta produção de matéria-prima para o esforço de guerra, crises alimentares, mas a ameaça mais grave com o maior impacto foi, obviamente, o desenvolvimento de armas nucleares.

Mas a questão atual que o autor Noam Chomsky levanta é, todo esse investimento que é feito na indústria bélica desde a Segunda Guerra poderia ser utilizado para conter uma ameaça global que não faz discriminação racial ou social e afeta a todos de variadas maneiras.

E quando é dito “de variadas maneiras” pode se entender como, chuvas fortes, elevação dos níveis dos oceanos, ondas extremas de calor, perda de bio-

diversidade, secas e os impactos destas mudanças sobre a saúde, subsistência, segurança alimentar e disponibilidade de água.

O aumento da temperatura da terra já começou a ser sentida em vários cantos, as mudanças climáticas ocorrem com mais rapidez nas regiões polares, com o derretimento do gelo nos oceanos e nas camadas de gelo da Groenlândia e da Antártica, no Alasca tem aumentado a morte de peixes e animais e as inundações costeiras são cada vez mais recorrentes.

E como se fosse um efeito de cadeia alimentar, o derretimento do gelo nos polos causa o aumento do nível do mar, afetando o globo de maneira generalizada, segundo o meteorologista da CNN, Brandon Miller, esse aumento foi de 20 centímetros desde 1900, com quase metade desse aumento ocorrendo nos últimos 25 anos (CNN, 2021).

Por sua vez o aquecimento dos oceanos levam a um aumento nas chuvas, levando a tempestades mais duradouras e intensas, com furacões mais fortes, inundações costeiras perigosas, tendo como exemplo local, a praia de Atafona no estado do Rio de Janeiro, onde casas estão sendo engolidas pelo avanço do mar e das fortes ondas, e no plano internacional, a Europa Ocidental viu seu território ser devastado por inundações nas últimas décadas.

Na saúde humana, o aumento das temperaturas está causando ondas de calor em países habitualmente frios como o Canadá, que registrou 49°C no verão passado, as autoridades locais estão investigando centenas de mortes atribuídas inicialmente a estas temperaturas extremas.

Tragédias anunciadas como estas são provocadas pelas mudanças climáticas, que por sua vez, são impulsionadas pelas ações humanas, mais precisamente pela emissão do dióxido de carbono e outros gases de efeito estufa,

resultantes da queima de petróleo, carvão e gás natural usados na geração de energia.

Mas uma tragédia anunciada nunca é o suficiente para os adeptos do negacionismo climático, que consiste em semear dúvidas, exercendo grande influência sobre a humanidade. Alguns negacionistas famosos como Trump (ex presidente dos Estados Unidos) e Bolsonaro (atual presidente do Brasil), desenvolvem políticas de degradação ambiental que agrava mais ainda a atual situação. O ex presidente estadunidense, por exemplo, fez uma declaração alegando que o aquecimento global é uma “farsa”, e retirou o país do Acordo de Paris de 2015, assinado por 195 países.

Bolsonaro por sua vez, contém uma lista imensa de ações contra o meio ambiente, tais como, cortar o orçamento destinado aos programas de meio ambiente em trinta e cinco por cento, descumprindo promessa feita durante a Cúpula do clima, o enfraquecimento da fiscalização, além de cortes de políticas indigenistas no Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA), e em um período de recorde de queimadas no país, o governo Bolsonaro também cortou verbas para a prevenção e o controle de incêndios florestais.

Mas não é só a América que sofre com o negacionismo climático de seus governantes, a Austrália por exemplo tem como o primeiro-ministro o australiano Scott Morrison, conservador, que defende o setor do carvão, e foi criticado por não ter políticas claras para o meio ambiente e por ter feito uma má gestão durante os incêndios ocorridos no final de 2019 até o início de 2020.

O fogo na Austrália contribuiu para um dos maiores aumentos de CO₂ registrados na atmosfera desde o início das medições, segundo o Departamento de Meteorologia do Reino Unido (Met Office). Vale ressaltar que a Austrália é

o segundo país em emissões de gases do efeito estufa por habitante, emissões provenientes em grande parte da indústria mineradora.

A poluição do ar é o quarto principal fator de risco no mundo, responsável por cerca de 5 milhões de mortes apenas em 2017, e de acordo com um estudo do instituto Health Effects, mais de noventa por cento da população mundial respira um ar que não é seguro, conforme as medições dos Padrões de Qualidade do Ar da Organização Mundial de Saúde.

Para o autor Robert Pollin, a poluição do ar pode ser dividida em duas categorias, interna e externa, considerando a queima de combustíveis fósseis para a produção de energia como a principal geradora de poluição externa e também o maior fator causador das mudanças climáticas (POLLIN, 2020).

Como poluição externa, a combustão do carvão libera dióxido de enxofre e fuligem no ar, enquanto o petróleo e o gás natural liberam óxido de nitrogênio na atmosfera. Os incêndios florestais agravados pelas mudanças climáticas, também são considerados fontes de poluição externa.

A poluição interna do ar é causada pela queima de combustíveis vegetais, tais como, lenha, restos de plantas e esterco, mas, este tipo de poluição diminuiu drasticamente nos últimos anos devido ao fornecimento de energia acessível nas áreas rurais e pobres nos países de baixa renda, onde este tipo de poluição é mais comum, usado para cozinhar ou aquecer residências.

As práticas do liberalismo foi uma das razões decisivas para provocar a crise climática, neste modo de produção se estabeleceu a ideia de que todos devem ter máxima liberdade para perseguir seus desejos e interesses dentro da configuração dos mercados capitalistas.

Desta forma, se desenvolveram métodos de produção insustentáveis, como a agricultura industrial corporativa, que é atualmente responsável por

vinte e cinco por cento do total de emissões de gases estufa, incluindo CO₂, metano e óxido nítrico, e se tornou responsável pela

degradação do solo (perda de matéria orgânica em decorrência da exploração excessiva e má gestão), desertificação e escassez de água potável (pela gestão inadequada da terra e de safras), perda de biodiversidade, resistência a pragas e poluição da água (como resultado de mudanças na gestão da terra, da eutroficação [enriquecimento excessivo da água com minerais e nutrientes, induzindo o crescimento excessivo de algas] e do escoamento e gestão inadequada de nutrientes). (Organização Mundial do Trabalho, 2018, p. 45).

A pecuária em si também é um emissor de gases de efeito estufa, pois, todos os animais ruminantes emitem gás metano durante seus processos digestivos cotidianos, emissão que é o equivalente a cerca de quatro por cento das emissões totais de gases de efeito estufa, com base nos dados de 2018.

Por sua parte, o desmatamento é necessário para a realização da agricultura e da pecuária, queimando ou cortando árvores que absorvem o CO₂, e quando derrubadas elas emitem o CO₂ na atmosfera, segundo o Intergovernamental Panel on Climate Change (IPCC), o desmatamento é responsável por cerca de doze por cento de todas as emissões de gases de efeito estufa. A lucratividade com esta atividade é gigantesca, podendo as áreas devastadas serem utilizadas para a mineração e a agricultura, as obras derivadas do desmatamento também propiciam a criação de vias de escoamento de produção, obras de infraestruturas ou pastagem de gado.

Dentro dos métodos usados na agricultura industrial, citada acima, está o uso de fertilizantes sintéticos que são feitos com o hidrogênio do gás natural e o nitrogênio do ar, que acarretam na produção de CO₂, metano e óxido nítrico. Também são utilizados pesticidas e herbicidas, tais produtos são utilizados para maximizar a produção de alimentos, que nos últimos sessenta anos provocou um aumento de trinta por cento na produção global de alimentos, e consequentemente o aumento na emissão de GEE.

Existem vários outros meios de produzir GEE no cotidiano, tal como utilizar dos automóveis para se deslocar, os mesmos se locomovem com a queima do combustível, mas as emissões automotivas são apenas um dos fatores que contribuem para a catástrofe total.

Não há dúvida que as emissões de GEE na atmosfera se agravaram com a ascensão do capitalismo e a sua maneira de se sustentar queimando combustíveis fósseis para a produção de energia. Por volta de 1850, sessenta por cento das emissões globais eram provenientes da queima de carvão na Grã-bretanha.

Segundo Chomsky,

“O dito “capitalismo” sabe bem como absorver de pronto grandes iniciativas de política industrial, subsídios públicos, iniciativas estatais e interferência nos mercados, coisas que já fez muitas vezes ao longo da história. As implicações disso para a atual crise ecológica são bastante claras”. (CHOMSKY, 2020, p. 77).

Segundo o relatório da World Meteorological Organization - WMO de 2019, a temperatura média da terra já subiu cerca de 1,1 C° desde os anos 1880, parece pouco, mas se levar em consideração que 1 C° é o que difere o estado sólido do líquido, e que 1 C° acima de 37,5 no corpo humano já é considerado febre, logo, este 1 C° na temperatura média da terra já pode causar aumento de tempestades, incêndios florestais, ondas de calor, enchentes e branqueamento de corais.

E o público mais vulnerável aos efeitos das mudanças climáticas são as regiões mais pobres por disporem de menos recursos para se protegerem. São pessoas que não tem condições de comprar alimentos com os preços elevados após uma enchente, ou que sofrem com a seca de suas plantações, e as que vivem em áreas sem saneamento básico. E as catástrofes climáticas agravam ainda mais a pobreza mundial e a fome, que hoje atinge 820 milhões de pessoas

no mundo todo, em uma escala crescente, dada a pandemia do Covid 19, a crise mundial e a presente Guerra na Ucrânia.

Estas pessoas precisarão arcar com os custos do aquecimento global, com a menor capacidade de investir em aparelhos de ar condicionado, barreiras marítimas e outras formas de adaptação, incluindo as regiões mais suscetíveis à seca, localizadas na África subsaariana e aquelas vulneráveis a ciclones no sul e sudeste da Ásia, área que abriga algumas das populações mais pobres do mundo.

Em 2017, Porto rico sofreu com os furacões Irma e Maria, que causaram cerca de três mil mortes, a perda de oitenta por cento do valor da safra na ilha por anos e até 90 bilhões de dólares em danos a propriedades, assolando ainda mais a crise que o país já enfrentava com as políticas de austeridade que Wall street e os legisladores estadunidenses haviam imposto à ilha.

Existem muitas formas de interação entre as mudanças climáticas e a desigualdade, primeiro vale elencar que, o desenvolvimento se deu de forma desigual e os principais emissores de GEE são países hoje considerados desenvolvidos ou países de primeiro mundo.

De 1800 até 1980, os Estados Unidos e a Europa ocidental foram responsáveis por sessenta por cento de todas as emissões acumuladas, devido ao seu meio de desenvolvimento através da queima de combustíveis fósseis durante toda a era industrial.

Mas obviamente, estes citados acima são responsáveis por uma parcela de culpa na crise climática, os países pobres também produzem GEE mas não na mesma proporção dos países desenvolvidos. Alguns países como a China e a Índia apresentaram um ritmo de crescimento econômico sem precedentes, a China com isso acabou se tornando um dos principais emissores de CO₂ do

mundo, com um montante de 9,8 bilhões de toneladas em 2017, o que corresponde a vinte e sete por cento das emissões globais.

Com isso, grandes territórios podem se tornar inabitáveis, tais como, o sul da Ásia, o oriente médio e boa parte da África, e para Pollin se “as políticas e práticas continuarem a seguir o curso atual, flertaremos com o desastre ecológico” (POLLIN, 2020).

De acordo com a International Energy Agency,

O cenário de políticas declaradas (políticas e medidas que governos ao redor do mundo já implementaram, bem como dos efeitos de políticas anunciadas, expressos pelos objetivos e metas oficiais) pretende levar em conta todos os acordos estabelecidos durante a Cúpula do Clima de Paris 2015 promovida pela ONU, fazendo com que todos os 196 países signatários reconheçam formalmente os graves riscos impostos pelas mudanças climáticas e se comprometem a reduzir substancialmente as suas emissões. (IEA, 2019, p. 751).

Segundo todos os exemplos dados acima, e dos dados científicos citados, a criação de um plano eficaz de combate à crise climática que inclua medidas para a redução da emissão de carbono na atmosfera, e uma transição justa para uma economia verde é de extrema emergência, conforme defende Pollin:

Portanto, não restam dúvidas de que a poluição do ar e as mudanças climáticas possuem conexões profundas. A estabilização do clima por meio de um Green New Deal global também pode resolver a maioria dos problemas de poluição do ar e suas graves consequências para a saúde. Se eliminarmos a maioria das fontes de poluição atmosférica, os países de baixa e média renda serão proporcionalmente beneficiados, assim como as minorias e populações pobres dos países de alta renda. Essa, portanto, é uma das razões pelas quais o Green New Deal global pode ser um programa unificado para promover a igualdade humana e a saúde do meio ambiente (POLLIN, 2020, p. 59).

Como exposto, é de suma importância a transição urgente para uma agenda internacional por meio de um novo Green New Deal global, onde os atores mundiais estejam concertados para a mesma finalidade comum. Posto isto, va-

mos analisar como se deu a agenda da evolução da agenda internacional para o meio ambiente.

A Evolução da Agenda do Meio Ambiente

Neste capítulo foram selecionados eventos importantes para a temática ambiental, e um passo importante para a compreensão a respeito do assunto tratado é que não há um marco inicial nítido do movimento ambientalista, assim, surgindo em lugares e em tempos diversos por variados motivos muitas vezes distintos. Propondo diferentes abordagens, epistemologias e soluções para os problemas ambientais.

Na década de 1970, as questões causadoras de impactos ambientais começaram a ser integradas nas discussões em conferências internacionais. Nesta década foi publicado o relatório “Limites do crescimento” feito pelo Clube de Roma. O Clube de Roma foi fundado e era realizado pelo industrial italiano Aurélio Peccei, e patrocinados por empresas como a FIAT e Volkswagen, os encontros reuniam economistas, cientistas, acadêmicos, industriais e membros de instituições públicas de países desenvolvidos.

O relatório foi alarmante, este documento apresentava uma perspectiva pessimista das consequências do “progresso” nas bases em que se estava desenvolvendo, bases estas de recursos naturais finitos. O relatório é marcado como o primeiro estudo científico a respeito da preservação ambiental, e com isso, tornou o meio ambiente um tema a ser debatido mundialmente, que culminou na Conferência das Nações Unidas de Estocolmo.

A conferência de Estocolmo aconteceu em 1972 na Suécia e foi convocada para fornecer um quadro dos problemas do meio ambiente humano, de maneira a dirigir a atenção dos governos e da opinião pública sobre a urgência

dessa questão. A conferência marca a consolidação da consciência ambiental, e também mostrou que os principais problemas ambientais dos países industrializados são diferentes dos países em desenvolvimento, frutos da pobreza e na falta de desenvolvimento.

A Declaração de Estocolmo considera que

Nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais é motivada pelo subdesenvolvimento. Milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna, privada de alimentação e vestuário, de habitação e educação, de condições de saúde e de higiene adequadas. Assim, esses países devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento levando em conta suas prioridades e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente. (Declaração de Estocolmo de 1972).

Também conhecida como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, a CNUMAH aconteceu em um momento histórico marcado por um forte questionamento dos modelos de desenvolvimento tanto capitalista e socialista. Os questionamentos feitos pela conferência buscou soluções para os graves problemas sociais e econômicos, mas as preocupações ambientais na década de sessenta eram somente tratados em alguns setores da sociedade civil nos países mais ricos do Ocidente.

E a devida atenção somente foi dada após uma série de acidentes ecológicos de grandes proporções e denúncias de membros das comunidades científica e acadêmica. Fora os outros problemas que na época já eram enfrentados pela população dos países industrializados, como, poluição, tráfego e barulho, população essa que tinha acesso as vias de comunicação para expressar a sua insatisfação.

A conferência conta com uma declaração que é mais uma reafirmação ou extensão da Carta das Nações Unidas de 1945. Barbieri diz que, “a defesa e a melhoria do ambiente humano para as gerações presentes e futuras tornou-se

um objetivo para a humanidade, que devem ser perseguidos em conjunto com os objetivos da paz e do desenvolvimento econômico e social mundial”. (BARIERI, 2020, p. 26).

A conferência também resultou na criação de órgãos governamentais estatais voltados para o meio ambiente em vários países, como no Brasil, que somente em 1973 foi criada a Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA) subordinada ao Ministro do Interior.

A necessidade de acompanhar as questões ambientais pelos próprios países fez com que os mesmos canalizassem recursos para estudos e projetos ligados a problemas ambientais, levando a um grande número de países a criar instituições adequadas ou programas nacionais de defesa do meio ambiente.

O plano de Ação para o Meio Ambiente Humano aprovado pela CNUMAH contém 109 recomendações que foram estruturadas cada qual com a sua função, sendo classificadas em vigilância ambiental, gestão ambiental e medidas de apoio. O objetivo deste plano de ação era criar condições institucionais para atuar sobre as questões relativas ao desenvolvimento humano e o meio ambiente.

A CNUMAH resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que hoje corresponde a ONU Meio Ambiente, essa Organização iria desempenhar o papel que era realizado pela UNESCO de coordenação e liderança das ações relacionadas ao meio ambiente.

A fase pós conferência de Estocolmo foi marcada pela aprovação de diversos acordos multilaterais ambientais que haviam sido colocados como tarefas a serem realizadas pelas recomendações do Plano de Ação, entre elas, a Convenção de Viena para a proteção da camada de Ozônio de 1985.

Desta maneira, a conferência contribuiu para que o meio ambiente conquistasse a atenção da comunidade internacional, mas o tema passou a ser discutido cada vez mais de maneira política e econômica e menos científica, provocando questões complexas como, encontrar os responsáveis pelos problemas ambientais e estabelecendo confrontos como Leste-Oeste e Norte-Sul.

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) ou também chamada de Comissão Brundtland tinha como um de seus objetivos principais propor recomendações para que a preocupação ambiental se traduza em maior cooperação entre os países e leve ao alcance de objetivos comuns e interligados, considerando pessoas, recursos, meio ambiente e desenvolvimento de modo inter-relacionados. No geral, visava “um desenvolvimento que atendesse às necessidades das gerações presentes sem comprometer as gerações futuras de suprir as suas próprias necessidades” (Our common Future).

Em 1988 é criado o Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, pela Organização Mundial de Meteorologia (WMO) e pelo United Nations Environment Programme (UNEP), composto por três grupos de trabalho aplicados na avaliação científica das mudanças climáticas nos impactos socioeconômicos e ambientais, visando criar estratégias, técnicas e buscando respostas, antecipando os diferentes desafios a serem enfrentados pelos países.

Em 1992, acontecia o maior evento organizado pelas Nações Unidas até a referida data, uma conferência que reuniu delegações de 172 países e trouxe ao Rio de Janeiro 108 Chefes de Estado ou de Governo. A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como Cúpula da Terra ou Rio-92, foi convocada com o objetivo de discutir as conclusões e as propostas do relatório Brundtland e “elaborar estratégias e medidas para reverter os efeitos da degradação ambiental no contexto dos

crescentes esforços nacionais e internacionais para a promoção do desenvolvimento sustentável e ambientalmente adequado em todos os países” (UNITED NATIONS, 1992).

Também realizada para comemorar os vinte anos após Estocolmo, que tornou a questão ambiental um tema importante na agenda internacional. Uma diferença entre 1972 e 1992 é o fato da conferência ter sido realizada em um país em desenvolvimento, provando que o tema era uma questão que exigia um engajamento coletivo da comunidade internacional.

E um dos “agravantes” do pensamento ecológico, pró meio ambiente, foi o choque do petróleo que aconteceu um ano após a Conferência de Estocolmo em 1973 e 1979, causando um susto nas grandes potências com o perigo da escassez de recursos naturais, reforçando o discurso de que o meio ambiente não seria uma entidade separada da economia e que não haveria mudança no meio ambiente sem impacto econômico. Esse medo fortaleceu o discurso da comunidade científica nos anos que seguiram a Conferência de Estocolmo, passando da discussão no âmbito científico à sua regulamentação.

O sucesso das negociações em 1992 foi extraordinário, conseguindo envolver comunidades científica e acadêmica, indústrias, mídia, governo e a opinião pública, mostrando que era possível um acordo preventivo. E com esse pensamento, criaram-se duas Convenções que foram abertas para assinatura na Conferência do Rio: a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica.

A Conferência do Rio de Janeiro de 1992 contém uma declaração que reafirma a de 1972, contendo os seguintes princípios que se aplicam para empresas e governos,

Princípio da responsabilidade perante danos: os Estados devem desenvolver legislação nacional sobre a responsabilidade de indenização das vítimas de poluição e outros danos ambientais (princípio 13).

Princípio da não transferência de atividades causadoras de degradação ambiental de um país para outro: os Estados devem cooperar de modo efetivo para desestimular ou prevenir a realocação ou transferência para outros Estados de quaisquer atividades ou substâncias que causem degradação ambiental grave ou que sejam prejudiciais à saúde humana (princípio 14).

Princípio do poluidor-pagador: considerando que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumento econômicos, levando da devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais (princípio 16).

Princípio da avaliação de impactos ambientais: a avaliação do impacto ambiental, deve ser empreendida para atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente (princípio 17). (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, 1992).

E na tentativa de não sair danificado nos acordos, os países não desenvolvidos tentaram que fosse reconhecido de modo explícito que não são os principais causadores das mudanças climáticas. Assim foi estabelecido o princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, pelo qual os países desenvolvidos reconhecem que a sua parte na emissão é incomparavelmente maior e a sua responsabilidade de contribuir com o desenvolvimento sustentável, ajudando com tecnologias e recursos financeiros é de suma importância.

A criação do Protocolo de Kyoto em 1997, durante a Conferência das Partes - COP 17-, surgiu do fato de que a UNFCCC não estabeleceu metas de emissão e de redução dos gases de efeito estufa por ser uma Convenção-quadro, e apesar de existirem mais de uma dezena de GEEs, apenas o Dióxido de carbono (CO_2), metano (CH_4), óxido nitroso (N_2O), hidrofluorcarbonos (HFCs), perfluorcarbonos (PFCs), hexafluoreto de enxofre (SF_6) e trifluoreto de nitrogênio (NF_3) foram considerados no Protocolo devido a sua importância em termos de efeito sobre o aquecimento global.

O protocolo de Kyoto criou mecanismos de flexibilização para facilitar o cumprimento das metas estabelecidas, por exemplo, permitindo a transferência de redução de GEEs entre eles. E em 2012 o protocolo foi atualizado, com o objetivo de reduzir o total de emissões de GEEs em nível abaixo de 18% do total de 1990 durante o segundo período de compromisso compreendido entre 2013 e 2020 (PROTOCOLO DE KYOTO, Emenda de Doha de 2012).

Em 2002, foi realizada a cúpula Mundial para o Desenvolvimento sustentável, também chamada de Rio+10, que aconteceu em Johannesburgo, na África do Sul. Que tinha como objetivo dar impulso nas medidas, obter metas mais ambiciosas e mais bem definidas para os principais problemas ambientais globais, levando em conta o princípio da responsabilidade comum, mas diferenciada.

No ano de 2012, foi realizada a Rio+20, uma conferência que ocorreu depois de 20 anos da Rio 92, que teve por objetivo assegurar o compromisso político criado com a Cúpula de Johannesburgo, avaliando progresso feito até o momento, visava também implementar a agenda 21 e aprimorar o debate de alguns temas, tais como a erradicação da pobreza, reduzindo a desigualdade social. Em sua essência é um documento com recomendações aos governos, às organizações das Nações Unidas e à sociedade civil, sobre variados temas de interesse para o desenvolvimento sustentável.

Os Objetivos para o Desenvolvimento Sustentável fazem parte da Agenda 2030, sendo no total 17 objetivos. Os ODSs formam um conjunto de objetivos e prioridades globais para alcançar o desenvolvimento sustentável, sendo adaptadas para o nível de ambição e de capacidade dos países, os objetivos integram os aspectos sociais, ambientais e econômicos, reconhecendo a sua interação no processo para alcançar o desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões.

O ODS 13, trata sobre a Mudança do Clima, e visa acelerar as medidas de combate as mudanças climática, este objetivo reconhece que a UNFCCC é o fórum internacional de responsabilidade global à mudança climática. Considera-se o ODS 13 pouco ambicioso, por não apresentar metas quantitativas à serem alcançadas em 2030, se destoando das demais metas.

A conferência das partes UNFCCC realizada em 2015, ocorreu poucos meses depois do lançamento dos ODS, e aprovou o Acordo de Paris, com a intenção de reforçar, fortalecer a resposta global as mudanças climáticas, esse acordo incluiu os seguintes objetivos:

- a) manter o aumento da temperatura média mundial bem abaixo de 2°C em relação aos níveis pré-industriais e empreender esforços para limitar esse aumento a 1,5°C, reconhecendo que isso reduziria consideravelmente os riscos e os impactos climáticos;
- b) aumentar a capacidade de adaptar-se aos impactos adversos das mudanças climáticas e fomentar a resiliência ao clima e o desenvolvimento de baixas emissões de gases de efeito estufa, de uma forma que não ameace a produção de alimentos; e
- c) promover fluxos financeiros consistentes com um caminho de baixas emissões de gases de efeito estufa e de desenvolvimento resiliente ao clima. (UNFCCC, 2015, anexo 1, artigo 2°).

Assim, em 2015 foi assinado o Acordo de Paris no âmbito da UNFCCC visando manter o aumento da temperatura média mundial bem abaixo de 2°C, nível considerado de alto risco para a humanidade pelos cientistas, reduzindo e limitando esse aumento reduziria consideravelmente os riscos de impactos climáticos.

O Regime Internacional de Mudanças Climáticas

As alterações climáticas não são resultantes apenas de fenômenos naturais, mas também de ações humanas, especialmente o aumento da emissão de gases de efeito estufa, como no caso da emissão de combustíveis fósseis e do

desmatamento. E por sua vez, os efeitos são os mesmos para todos, mas as alterações resultantes podem prejudicar e impedir a manutenção dos ecossistemas e causar efeitos diversos nas sociedades e economias.

Cientificamente,

A temperatura média da superfície da terra depende da energia do sol que incide sobre a sua superfície, sendo que parte dela retorna ao espaço, que é um sumidouro de calor. A energia que atravessa a atmosfera se transforma em radiações infravermelhas e são absorvidas pelas moléculas de certos gases e reemitidas à superfície, o que contribui para aquecer a superfície da terra e a troposfera próxima a ela. Esse fenômeno natural mantém a temperatura média da superfície em torno de 15°C; sem esses gases a terra teria uma temperatura média de 15°C negativos, ou seja, a presença desses gases na atmosfera produz um aquecimento de 30°C aproximadamente, por isso são denominados gases de efeito estufa (GEEs). (BARBIERI, 2020, p. 68).

Para isso foram criados mecanismos políticos para a concertação entre países, promovido pelas instituições internacionais. Esses mecanismos recebem o nome de regimes internacionais (CARVALHO, 2005).

A definição de regimes internacionais, lançada por Stephen Krasner (1983), na ocasião do *International Organization on International Regimes*, consiste em:

Princípios, normas, regras e procedimentos decisórios implícitos ou explícitos em torno do qual as expectativas dos atores convergem em uma determinada área de relações Internacionais. Os princípios são crenças de fato, causalidade e retidão. As normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. As regras são prescrições específicas ou proscições para ação. Os procedimentos de tomada de decisão são práticas prevalecentes para fazer e implementar a escolha coletiva. (KRASNER, 1982)

A importância dos regimes internacionais foi descrita por Underdal (2004) quando os mesmos podem gerir problemas de grande complexidade no mundo global e estimular os atores envolvidos no regime a reconsiderarem suas políticas e posições dentro do cenário atual.

O Regime Internacional de Mudanças Climáticas, foi preparado por um comitê intergovernamental de Negociação da ONU, e foi assinado por chefes de estados presentes na CNUMAD. O seu objetivo é alcançar a estabilização das concentrações de GEEs na atmosfera, impedindo que uma interferência antrópica se torne perigosa para o sistema climático.

As principais obrigações dos estados signatários são:

Elaborar, atualizar e publicar inventários nacionais sobre as emissões de GEEs por fontes de emissão.

Formular programas nacionais e regionais para controlar as emissões entrópicas desses gases e mitigar os seus efeitos sobre as mudanças climáticas, bem como para permitir adaptação adequada à mudança.

Promover processos de gerenciamento sustentável de elementos da natureza que contribuem para remover ou fixar esses gases, em especial as biomassas, as florestas e os oceanos.

Promover a pesquisa científica e tecnológica, incluindo a realização de observações sistemáticas sobre o clima.

Promover a educação e a conscientização pública sobre questões ligadas à mudança do clima e suas causas antrópicas e estimular a participação de todos para alcançar os objetivos desta convenção. (BARBIERI, 2020, p. 70).

Antes a Criação da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), foi criado pela WMO e UNEP em 1988 o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC), com objetivo de analisar de forma exaustiva, as informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes para entender os riscos que podem estar associados às mudanças do clima por causas antrópicas, bem como as consequências prováveis e as possibilidades de adaptação e mitigação.

O IPCC atua como um repositório de análises e sínteses das pesquisas científicas voltadas para o clima. A organização reúne avaliações atuais e de alta qualidade, seus relatórios são neutros, relevantes para a política mas não prescritivos, e sempre contém em suas conclusões o índice de probabilidades e margens de erro.

A Convenção-Quadro considera a mudança do clima e seus efeitos negativos como uma preocupação de toda a humanidade, por isso, divide os países em dois grupos: países do Anexo 1 (possuidores de metas vinculantes) e países Não Anexo 1 (em desenvolvimento e que não possuem metas vinculantes).

Dos países do Anexo 1, se entendem aqueles que são signatários da UNFCCC, sendo eles a Alemanha, Austrália, Áustria, Belarus, Bélgica, Bulgária, Canadá, Cazaquistão Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Letônia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos, Polônia, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, República Tcheca, Romênia, Suécia e Suíça.

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima se configura como um acordo multilateral, provado e aberto para assinatura pelas partes durante a Rio-92, sendo que, 192 países mais a União Europeia ratificaram, aceitaram, aprovaram ou aderiram ao UNFCCC. Segundo Viola,

O Regime de Mudança Climática exige sempre a presença de pelo menos um ator que impulse o processo e que seja capaz de liderar e sustentar o regime. Pela sua importância na economia e no ambiente global e pela eficiência de sua governabilidade, apenas três países apresentam este potencial em primeira instância (Estados Unidos, União Europeia e Japão) (VIOLA, 2002).

Os conflitos de interesses entre os países desenvolvidos, pobres e emergentes é um fator determinante na dinâmica das negociações, por muitas vezes a posição dos países foi bastante variada e oportunista. O regime foi liderado pelos Estados Unidos e pela União Europeia entre 1989 e 1991; pela União Europeia entre 1991 e 1995; pelos Estados Unidos, União Europeia e Japão entre 1995 e 1997; e, desde 1998, apenas pela União Europeia.

Aqueles que tomam a frente do Regime acabam influenciando as negociações no processo de estabelecimento do Regime de Mudanças Climáticas, por exemplo, os países desenvolvidos com alta intensidade/emissão de carbono por unidade de PIB (Estados Unidos, Austrália e Canadá) se encontram divididos entre neoliberais e nacionalistas de um lado, que são contrários ao regime, e do outro neosocialdemocratas e verdes que são favoráveis ao regime, mas de maneira moderada.

Já os países desenvolvidos com intensidade média de emissão de carbono (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Holanda, Itália, Luxemburgo e Reino Unido), geralmente assumem responsabilidades globais, sendo elas favoráveis ao Regime de Mudanças Climáticas.

Os países exportadores de petróleo (Arábia Saudita, Kuwait, Irã, Iraque, Argélia, Nigéria, Indonésia, Venezuela, Emirados Árabes e Líbia), por sua vez, em sua maioria tem posição neutra ou contrária ao regime. Países emergentes (China, Índia, África do Sul, México, Tailândia, Brasil, Filipinas e Malásia) com emissão média de carbono, provenientes do carvão ou do petróleo, e também do desmatamento (como no caso do Brasil), apoiam os compromissos do protocolo de Kyoto. Assim como nos países emergentes e pobres, os pequenos Estados-ilhas (Fiji, Malta, Jamaica) também são extremamente favoráveis, devido a sua vulnerabilidade à mudança climática.

Ao passar dos anos as grandes potências tomaram frente do regime e usaram da sua influência para direcionar os caminhos a serem tomados pelo Regime de Mudança Climática, dessa forma, pode-se entender que, atualmente, o futuro do regime dependerá da capacidade das elites europeias de persuadirem os Estados Unidos a seu favor, visto que o mesmo é um dos maiores emissores de GEEs, e da população dos outros países serem a favor dos compromissos estabelecidos, sendo o principal a redução da taxa de crescimento das emissões.

Conclusão

A emergência ambiental global é compreendida como um dos efeitos das emissões de gases de efeito estufa, provocando desastres ambientais e aumentando a incidência de desastres naturais. Desta forma, evoluiu a agenda ambiental do meio ambiente, uma série de conferências e acordos entre os países signatários, que dentro do possível buscam realizar os objetivos estabelecidos.

Foram usados dados quantitativos para explicar a e expor a parcela de emissão de gases de efeito estufa de itens como, indústrias, pecuária, agricultura industrial, desenvolvimento no geral, queima de petróleo, carvão e gás natural usados na geração de energia, desmatamento, automóveis, fertilizantes e pesticidas, todos os itens relacionados ao capitalismo, de forma direta e indireta.

A evolução da agenda do meio ambiente se deu de forma gradual após a década de 70, começando com o Clube de Roma, e se perpetuando em grandes conferências ambientais como a Conferência de Estocolmo em 1972, a RIO-92 em 1992, RIO+20, e o Acordo de Paris.

A Rio 92 ampliou a arquitetura internacional sobre o meio ambiente, dando início ao regime internacional de mudanças climáticas, com a entrada em vigor da Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, o Protocolo de Kyoto e o Acordo de Paris, sendo os dois últimos assinados durante a Conferência das Partes, em 1997 e 2015, respectivamente.

O Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima vem analisando de forma exaustiva as informações científicas, técnicas e socioeconômicas relevantes para entender os riscos que podem estar associados às mudanças do clima por causas antrópicas.

De todo o exposto apresentado, se faz necessário que todas as medidas negociadas e adotadas pelo regime internacional do clima sejam de fato colocadas em prática, por meio de cooperação entre os Estados Partes. Tal cooperação se faz necessária para gerir e resolver problemas ambientais de forma a não colocar os estados em desvantagem econômica e política competitiva, mas de forma que os mesmos possam participar em igualdade de condições tendo a certeza que os outros estados farão o mesmo.

A ausência de instituições ou autoridades que possam fazer cumprir os regimes internacionais e as políticas de cooperação também podem trazer prejuízos se alguns, ou todos, não cooperarem, mas poderão trazer benefícios mútuos para os atores, se os mesmos cooperarem. Como os Estados estão cientes sobre a falta de uma autoridade central, o que pode estimular o comportamento dos atores a não cooperar.

Denota-se que, a efetividade do regime se mede quando o mesmo é capaz de resolver os problemas que motivaram a sua criação. Fica premente a necessidade de observar as mudanças no comportamento dos atores no regime e a sua implementação no âmbito interno de cada Estado.

O conhecimento dos problemas ambientais pelos Estados, já devidamente relatados no presente artigo, gera uma base para a cooperação internacional na sociedade internacional, com medidas que realmente possam trazer efetividade para o regime internacional do clima e trazer melhores condições de vida no planeta.

Referências

BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento Sustentável: das origens à Agenda 2030**. Petrópolis, Editora Vozes, 2020. 350p.

CHOMSKY, Noam; POLLIN, Robert. **CRISE CLIMÁTICA E O GREEN NEW DEAL GLOBAL**. Rio de Janeiro, Editora Roça Nova, 2020, 224p.

MCGRATH, Matt. **Mudanças climáticas: cinco coisas que descobrimos com o novo relatório do IPCC.** BBC, 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-58153008>. Acesso em: 12 out. 2021

PUCHALA, J; HOPKINS, F. Raymond. International regimes: Lessons From Inductive Analysis. In KRASNER, Stephen D. International Regimes. Cornell University Press, 1983.

REI, Fernando Cardozo Fernandes; GONÇALVES, Alcindo Fernandes; SOUZA, Luciano Pereira de. Acordo de Paris: reflexões e desafios para o regime internacional de mudanças climáticas. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, [S.L.], v. 14, n. 29, p. 81-99, 10 out. 2017. Editora Dom Helder. <http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i29.99>

SIQUEIRA, Cynthia Danielle. Regime internacional de mudanças climáticas e segurança energética. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [S.L.], v. 16, n. 2, p. 210-227, 16 mar. 2012. Universidade Estadual de Londrina. <http://dx.doi.org/10.5433/2176-6665.2011v6n2p210>.

KRASNER, Stephen D. International Regimes. Cornell University Press, 1983.

UNDERDAL, Arild. YOUNG, R. Oran. Regime Consequences. Methodological Challenges and Research Strategies. Springer-Science+Business Media, B.v, 2004.

VIOLA, Eduardo. O regime internacional de mudança climática e o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S.L.], v. 17, n. 50, p. 25-46, out. 2002. FapUNIFESP(SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0102-69092002000300003>

Sites

COMISSÃO EUROPEIA. **Combating climate change: the EU leads the way.** Europa, 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/70/en.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

Environment. International Issues. [S.l.]: 2021b. Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/international_issues/index_en.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

Plano para atingir a meta climática em 2030. 2020c. Disponível em: https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/2030_ctp_en. Acesso em: 12 out. 2021.

Total Greenhouse Gas Emissions. 2021b. Disponível em: World Development Indicators | DataBank. Disponível em: <https://worldbank.org>. Acesso em: 13 set. 2021.



PANORAMA JURIMÉTRICO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO PERÍODO DE NOVEMBRO DE 2017 A OUTUBRO DE 2022

André Luiz de Oliveira Brum

Greice Kelly Lourenço Porfirio de Oliveira

Adriana de Kássia Ribeiro Pimenta

Layne Nascimento de Moraes

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-1

Introdução

Há tempos a doutrina e a jurisprudência se debruçam sobre a temática envolvendo os limites de direitos fundamentais. A liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IX da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF), é um desses direitos que frequentemente leva à análise dos estudiosos do direito. Isso porque se intersecciona com diversas outras garantias e direitos fundamentais, como moral, honra, liberdade de ensino, dignidade da

pessoa humana, atos administrativos, imunidade parlamentar, estado de inocência, direito a informação segura, dentre outros.

Considerando que a Carta de 1988 rompeu com um regime ditatorial militar marcado pela censura e repressão às opiniões dissidentes, a liberdade de expressão assume significativo relevo no panorama constitucional. Ademais, trata-se de especial suporte ao Estado de Direito e à Ordem Democrática.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por ser o guardião da Constituição Federal (CF, art. 102), corriqueiramente é instado a se manifestar sobre os limites da liberdade de expressão. Nos últimos anos, inclusive, tem sido tachado de censor, quando em algumas ocasiões reconheceu que a liberdade de expressão não se sobrepunha a nenhum outro direito fundamental, mas com eles coexiste de maneira harmônica.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental deu origem ao que é provavelmente o acórdão mais famoso sobre o tema deste artigo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA “LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA”, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A “PLENA” LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR.

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABRANGER OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome “Da Comunicação Social” (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de “atividades” ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. **Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório**

de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. **Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras.** A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto **sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal:** vedação do anonimato (parte final do inciso IV); **do direito de**

resposta (inciso V): direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X): livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.
(...)

(ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020 - grifos nossos)

É muito provável, inclusive, que seja a origem jurisprudencial de diversas ações analisadas por este trabalho e serve, ainda, para gerar diversos comentários contrários a decisões posteriores daquela Corte. Isso porque tem-se visto a utilização da liberdade de expressão como forma de acobertar crimes e outros atos discriminatórios, o que parece ser combatido pelo STF.

A temática, no entanto, carece de tratamento empírico, de modo a se avaliar de maneira mais panorâmica a real posição daquela corte e quais são as temáticas mais correlacionadas à liberdade de expressão. Assim, este trabalho

tem como objetivo Definir um panorama jurimétrico do Supremo Tribunal Federal sobre a liberdade de expressão no período de novembro de 2017 a outubro de 2022.

Método

O presente trabalho traz em si o método indutivo, de modo que a partir das observações individuais permitirá fazer conclusões genéricas. De acordo com Lakatos e Marconi (2007, p. 86),

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Pode-se classificar o estudo como quali-quantitativo, pois existe um tratamento estatístico a partir de uma análise qualitativa (categorização dos julgados). Optou-se, assim, pela utilização da jurimetria, que é, em resumo, a aplicação de metodologias quantitativas ao Direito.

Apesar da técnica ser utilizada há muito tempo, somente ganhou nome e sistematização em 1948 quando Loevinger fez uma analogia com econometria, ramo da Economia que testava de forma quantitativa seus modelos econômicos. No Brasil, o método tem tido interesse crescente, porém sem desdobramentos de grande relevância (ZABALA; SILVEIRA, 2014).

No mesmo estudo, as autoras propõem uma divisão da jurimetria em três prismas: (i) elaboração legislativa e gestão pública, (ii) a decisão judicial, e (iii) instrução probatória. Nesse sentido, a análise do fenômeno em estudo sob a ótica da jurimetria pode ser interessante à elaboração legislativa, já que norteia diversos legisladores (especialmente municipais e estaduais) acerca

da posição do STF, bem como aos diversos órgãos judiciais, sejam do próprio Supremo ou de outros juízos e tribunais.

Foram realizadas buscas de jurisprudência no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, envolvendo o período de 01/11/2017 a 01/11/2022, período selecionado aleatoriamente para fins de análise. Para tanto, definiu-se como palavra-chave de busca “liberdade de expressão”. A pesquisa retornou 155 acórdãos, após ter-se eliminado as decisões monocráticas.

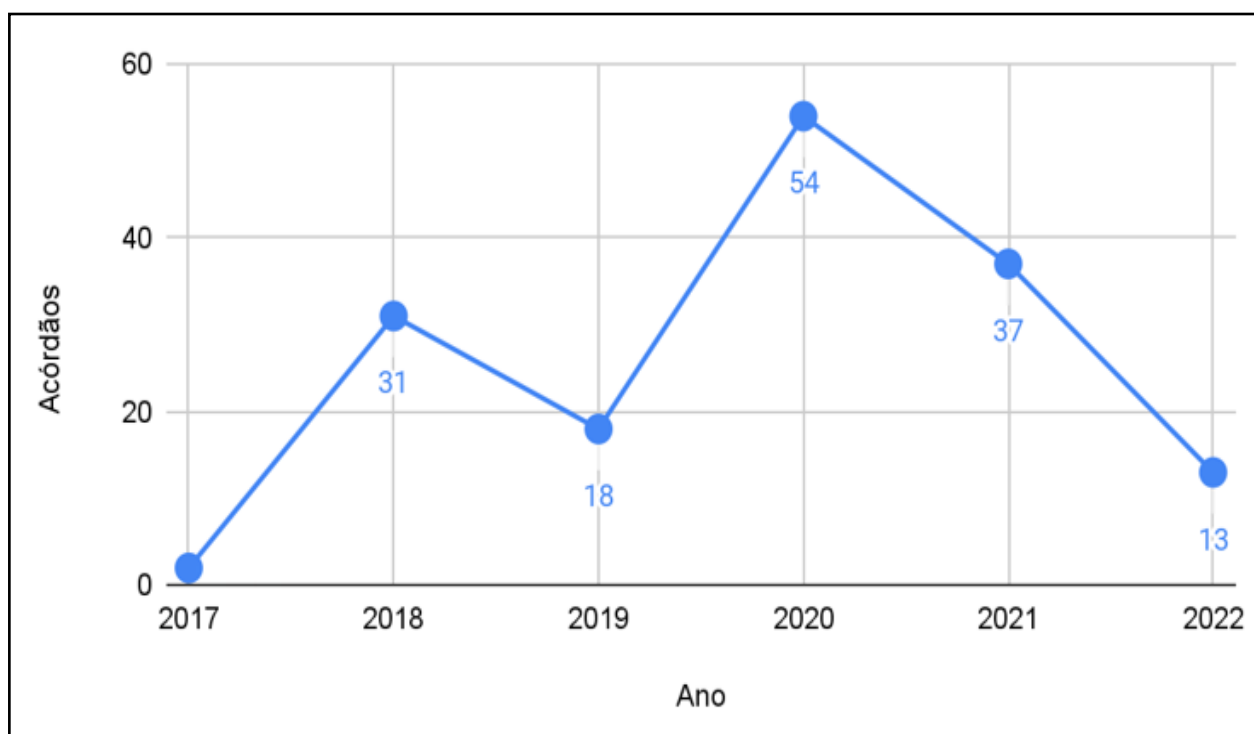
Em seguida, os dados foram planilhados com a utilização do MicroSoft Excel, a partir de arquivo gerado automaticamente pelo sítio eletrônico do STF (arquivo “CSV”). Nele, constavam as seguintes informações: Título (Classe do processo e número), Relator, Data de publicação, Data de julgamento, Órgão julgador e Ementa.

Com base na ementa, os pesquisadores procederam à catalogação dos dados com os seguintes parâmetros: Incidência ou não incidência da liberdade de expressão no caso posto a julgamento, resultado do julgamento e tema correlato. Os casos em que o julgamento não chegou a analisar a liberdade de expressão (seja porque extinto sem mérito, seja porque o mérito foi resolvido de outra forma) foram catalogados como “Sem mérito”. Já o tema correlato se deu por análise subjetiva dos pesquisadores, que identificaram na ementa a temática que levou à análise sobre a aplicação da liberdade de expressão.

Resultados e Discussão

Os dados foram tratados inicialmente com o intuito de descrever o perfil da jurisprudência analisada, chegando-se aos seguintes resultados

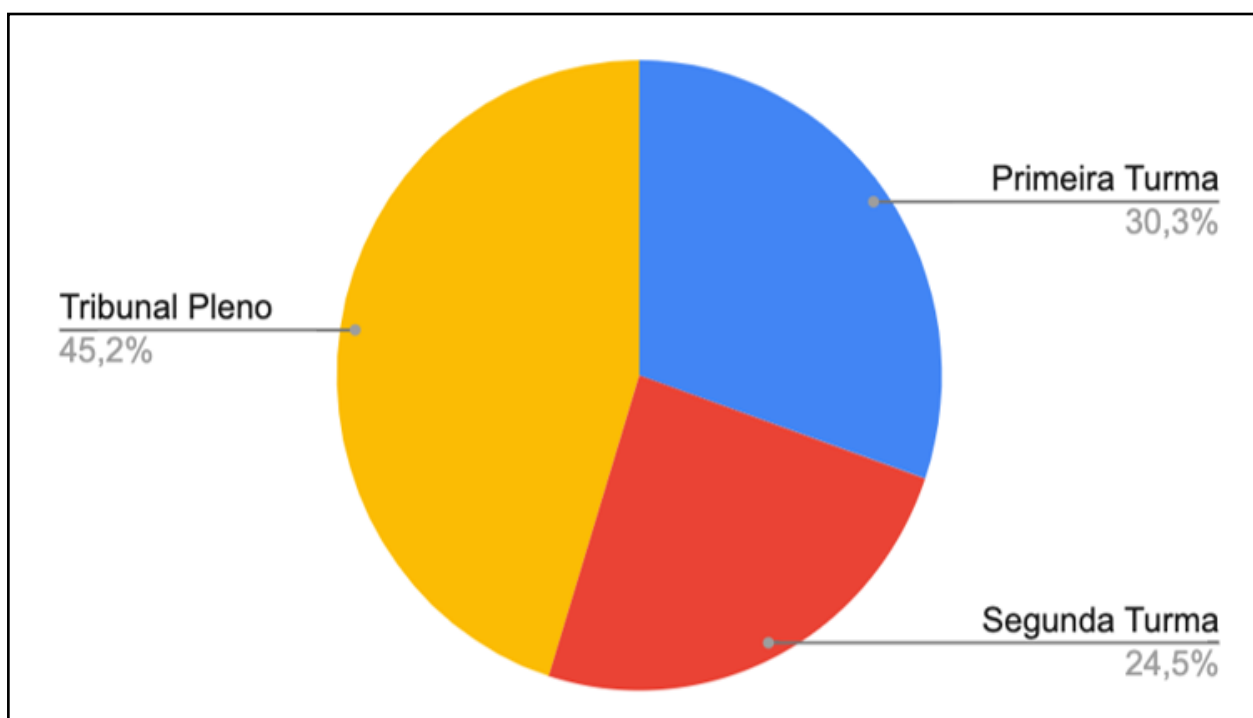
Gráfico 1 – Acórdãos por ano de julgamento



Fonte: autores.

O gráfico 1 revela uma distribuição irregular dos acórdãos proferidos ao longo de todo o tempo analisado. O ano de 2017 teve baixíssimo número de acórdãos proferidos graças ao recorte temporal da pesquisa, que abrangeu somente as decisões de Novembro e Dezembro daquele ano. Por outro lado, mesmo nos anos posteriores, que foram analisados de janeiro a dezembro, notou-se a irregularidade. Em 2020, foram proferidos 54 acórdãos, representando o ano de maior produção jurisprudencial a respeito da liberdade de expressão no Supremo. No ano anterior, a Corte teve sua menor produção jurisprudencial, proferindo apenas 18 acórdãos.

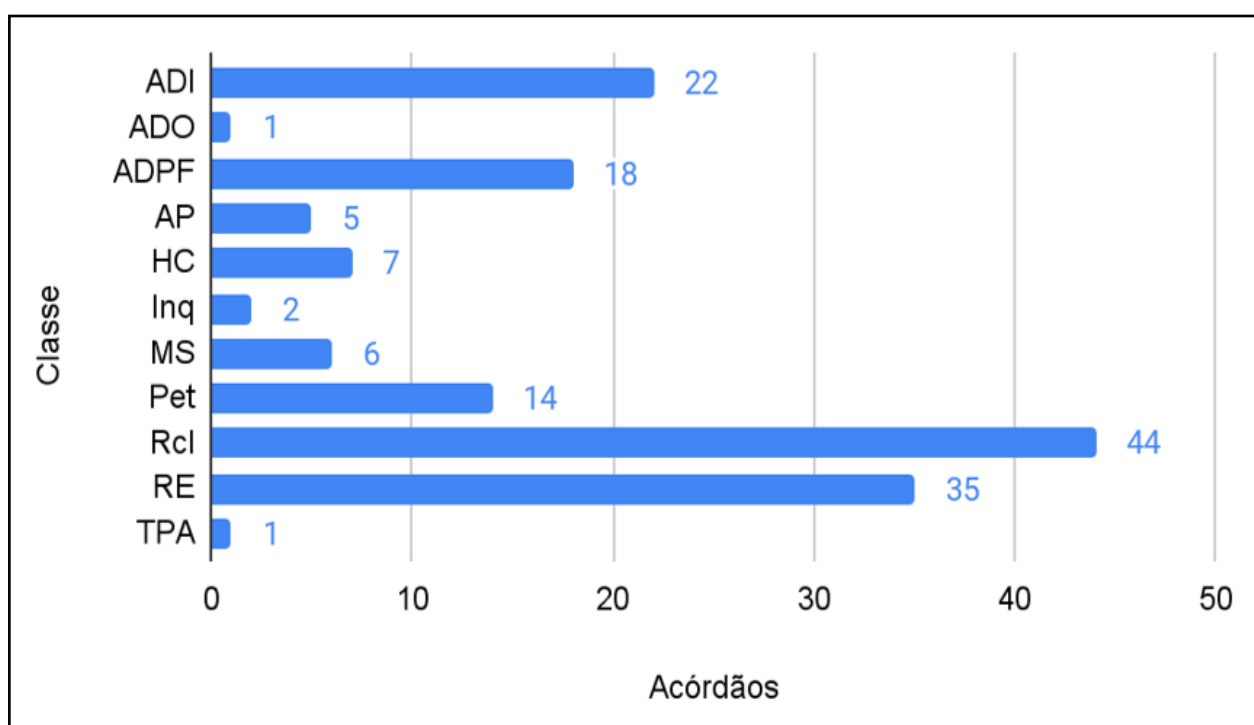
Gráfico 2 – Acórdãos por órgão julgador



Fonte: autores.

O gráfico 2 representa a distribuição de julgamentos entre os órgãos fracionários e o Tribunal Pleno. Observou-se que o órgão com mais acórdãos prolatados foi o Tribunal Pleno (70), seguido pela Primeira Turma (47) e Segunda Turma (38). A concentração de decisões no Pleno, que representa quase metade dos acórdãos proferidos, deve-se provavelmente às disposições regimentais quanto à competência. Nesse sentido, forçoso destacar que o Tribunal Pleno é o órgão responsável, dentre outras, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Para verificar essa hipótese, procedeu-se ao tratamento dos dados quanto à classe das ações julgadas, notando-se que as Reclamações foram a classe que mais demandou análises do Supremo no período em estudo:

Gráfico 3 – Acórdãos por classe processual



Fonte: autores.

Conforme se denota do gráfico acima, as Reclamações representam quase $\frac{1}{3}$ do total de acórdãos proferidos no quinquênio em análise. Ocorre que as Reclamações representam processo que visa garantir a autoridade da jurisprudência daquela Corte, de modo que pressupõem um julgado anterior. Nesse sentido dispõe o Código de Processo Civil:

Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

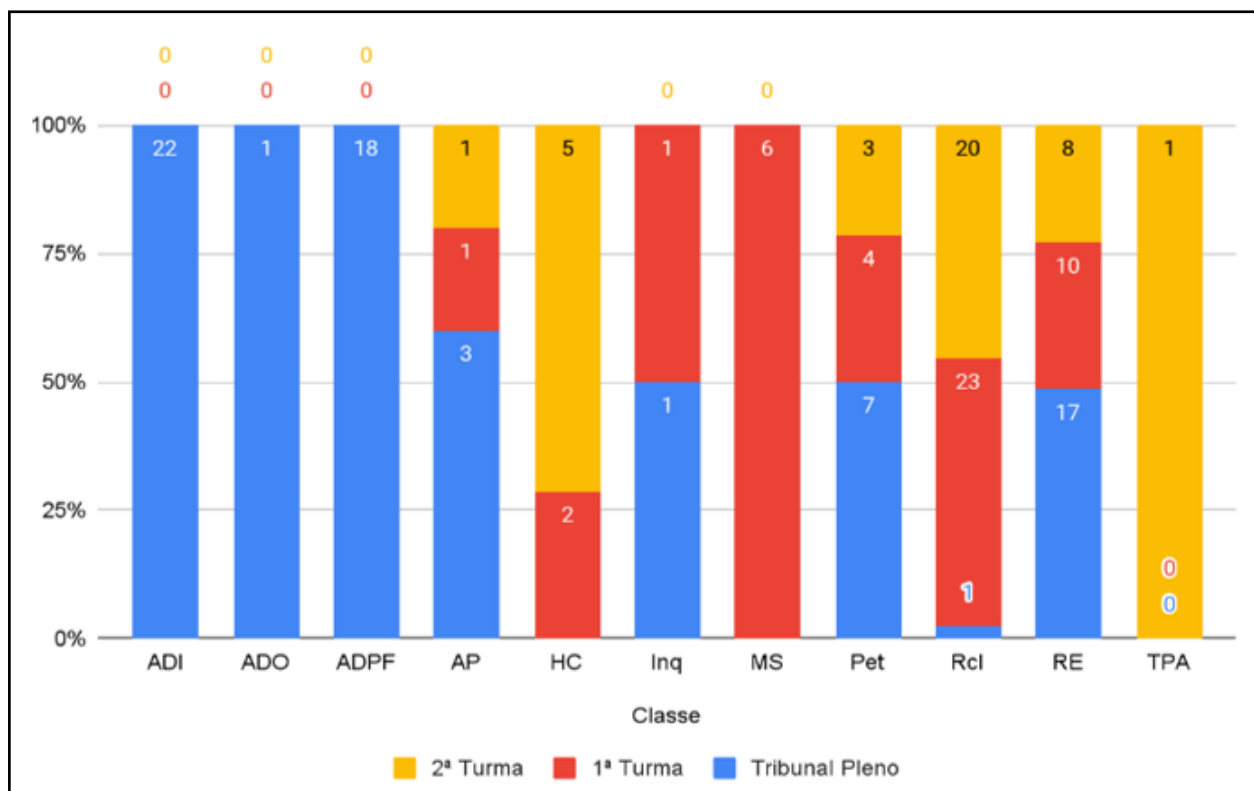
III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Verificou-se que quase a totalidade das Reclamações são oriundas das Turmas do Supremo. São 23 da Primeira Turma, 20 da Segunda e apenas 1 do Plenário. O gráfico a seguir demonstra a distribuição de classes entre os órgãos:

Gráfico 4 – Acórdãos por órgão julgador



Fonte: autores.

O gráfico demonstra que a distribuição de julgamentos por classe em cada órgão do Supremo segue basicamente as questões regimentais atinentes a competência. As ações de controle concentrado foram julgadas pelo Pleno. Já o principal instrumento de controle difuso daquela Corte (RE - Recurso Extraordinário) foi dividido entre as Turmas e o Pleno, porém, com predominância deste órgão. Importante destacar que as classes de Habeas Corpus (HC) e Mandado de Segurança (MS) foram analisados, no gráfico acima, juntando a competência originária e derivada. Ação Penal (AP), Inquérito (Inq), Petição (Pet), Reclamação (Rcl) e Tutela Provisória Antecedente (TPA) referem-se apenas a competência originária.

Em seguida, procedeu-se à quantificação dos dados catalogados pelos pesquisadores. Dos 155 acórdãos encontrados, 28 deixaram de se manifestar quanto ao mérito da questão envolvendo a liberdade de expressão. Assim, para as análises que se seguem, esses acórdãos foram desprezados, restando, portanto, 127 acórdãos em que a matéria foi efetivamente decidida.

Desse total, 62 (48,8%) acórdãos decidiram pela incidência da liberdade de expressão, enquanto 65 (51,2%) foram pela não incidência. Cabe salientar que “Incidência” foi atribuída aos acórdãos que acolheram o argumento da liberdade de expressão, enquanto “Não incidência” foi atribuída aos acórdãos que refutaram tal argumento. Pode-se perceber, portanto, que a maioria dos acórdãos representa ações que tentaram acobertar condutas sob o manto da liberdade de expressão, o que não foi aceito pelo STF na maior parte das vezes.

Tabela 1 - Temas associados à liberdade de expressão de acordo com o número de acórdãos

Tema correlacionado	Quantidade de acórdãos proferidos	%
Liberdade de imprensa	41	32,3%
Imunidade parlamentar	14	11,0%
Liberdade de ensinar	8	6,3%
Sanção disciplinar	6	4,7%
Liberdade religiosa	5	3,9%
Desacato	4	3,1%
Liberdade de expressão musical	4	3,1%
Contribuição sindical	3	2,4%
Imunidade tributária	3	2,4%
Propaganda comercial	3	2,4%
Crítica humorística	2	1,6%
Dossiê com informações de servidores	2	1,6%
Fake news	2	1,6%

Propaganda eleitoral	2	1,6%
Rádiodifusão	2	1,6%
Rotulagem de produto	2	1,6%
A voz do Brasil	1	0,8%
Calúnia	1	0,8%
Centros e diretórios acadêmicos	1	0,8%
Delação anônima	1	0,8%
Difamação	1	0,8%
Direito ao esquecimento	1	0,8%
Direito de resposta	1	0,8%
Direito de reunião	1	0,8%
Divulgação de objeto de denúncia caluniosa eleitoral	1	0,8%
Eleição indireta para governador	1	0,8%
Fechamento do STF e ameaças a Ministros	1	0,8%
Homofobia e transfobia	1	0,8%
Honra	1	0,8%
Identidade de gênero	1	0,8%
Imunidade Jurisdicional	1	0,8%
Liberdade de expressão de policiais federais e civis do Distrito Federal	1	0,8%
Liberdade de reunião	1	0,8%
Marco regulatório da televisão por assinatura	1	0,8%
Objecção de consciência	1	0,8%
Publicidade dos atos administrativos	1	0,8%
Showmício	1	0,8%
Sigilo de correspondência	1	0,8%
Vacinação compulsória	1	0,8%
Venda de livros e testes psicológicos	1	0,8%

Fonte: autores.

O quadro acima demonstra significativa repetição temática. 16 temas se repetiram, sendo os cinco temas mais frequentemente correlacionados à liberdade de expressão: “Liberdade de imprensa”, “Imunidade parlamentar”, “Liberdade de ensinar”, “Sanção disciplinar” e “Liberdade religiosa”.

Somando os acórdãos proferidos em temáticas que se repetiram, tem-se 103, de 127, o que representa 81% dos julgados. Quando a análise se restringe aos 5 temas mais associados à liberdade de expressão, observam-se 74 acórdãos, que correspondem a 58% do total de acórdãos ou 72% dos temas com repetição.

A mais repetitiva foi a “liberdade de imprensa” (41 acórdãos ou). Nesse sentido, imperioso destacar, como dito anteriormente, que a ADPF 130 é provavelmente o caso mais emblemático envolvendo a liberdade de expressão no Supremo Tribunal Federal. Vê-se, inclusive que o termo ADPF 130 foi mencionado 133 vezes nos acórdãos compilados, o que denota que, muito provavelmente, os acórdãos envolvendo “liberdade de imprensa” tiveram como fundamento do pedido e/ou da decisão aquela Arguição.

Em seguida, a “Imunidade parlamentar” aparece em 14 acórdãos. Trata-se de questionamentos acerca dos limites da liberdade de expressão em função do exercício parlamentar. Na maioria das vezes, concluindo que a imunidade parlamentar engloba a liberdade de expressão, desde que no exercício da função ou em razão dela.

Em terceiro lugar, aparece a “liberdade de ensinar”, associada a 8 acórdãos. Um deles trata sobre o Programa Escola Livre, de Alagoas, que “proíbe que professores da rede pública do estado opinem sobre diversos temas e determina que mantenham a “neutralidade” política, ideológica e religiosa em sala de aula.” O programa foi considerado inconstitucional. Outros dois dizem

respeito a buscas e apreensões de material supostamente envolvido em campanha política nas universidades e associações docentes, o que foi considerado inconstitucional pelo Supremo. Os outros 5 julgados dizem respeito à proibição de ensino de questões voltadas a orientação sexual e identidade gênero, vulgarmente apelidada de “Ideologia de gênero”.

Em quarto lugar, apresentam-se 6 acórdãos tratando de sanções disciplinares a agentes públicos. Cuidam, basicamente, de (re) discutir penalidades por supostos excessos no exercício de liberdade de expressão, seja em redes sociais ou fora delas. Os agentes do Ministério Público ganharam significativo relevo na temática, já que aparecem em 5 dos 6 acórdãos. O sexto envolve um Deputado Federal que propagou “ideias contrárias à ordem constitucional e ao Estado Democrático”, o que se reputa incompatível com a liberdade de expressão.

Em quinto lugar se encontra “Liberdade religiosa”, com 5 acórdãos. Nenhum deles repetiu qualquer temática internamente. Um trata de liberdade religiosa na pandemia; um discute a possibilidade de pregação em transporte coletivo; um discute a possibilidade de prestar concurso público em dia e hora diferentes dos constantes em edital; um trata sobre intolerância religiosa e o último sobre sacrifício de animais.

Ao se analisar os demais temas catalogados, pode-se perceber que existem intersecções internas, como é o caso dos acórdãos envolvendo ideologia de gênero e aquele que tratou sobre transfobia e homofobia, bem como o que tratou sobre identidade de gênero. O mesmo pode se perceber sobre a intersecção entre vacinação compulsória e liberdade religiosa na pandemia; ou entre *fake news* e propaganda eleitoral. Igualmente se observa essa intersecção entre os acórdãos que abordaram imunidade jurisdicional, imunidade parlamentar, sanções disciplinares a agentes do Ministério Público e liberdade de expressão

para policiais, parecendo que todas versam sobre limites da liberdade de expressão e cumprimento de deveres funcionais.

Aqui, cabe refletir que a metodologia adotada pelos pesquisadores passa por sua subjetividade. Nesse aspecto, optou-se por separar tais categorias para permitir uma visão mais detalhada do panorama jurisprudencial. No entanto, as intersecções vão se criando naturalmente, já que a liberdade de expressão se fundamenta e se efetiva em outras liberdades constitucionais. Por outro lado, frequentemente se limita em função de outros deveres, sendo nítido que em muitos casos a técnica de ponderação de interesses é a única solução possível, sendo nítido que o Supremo a adotou em muitos casos, apesar de só mencionar o termo “ponderação” em 3 dos 127 acórdãos. Nesse sentido, um trabalho futuro poderá identificar a técnica hermenêutica empregada em cada acórdão e quantificar os dados, diminuindo a incidência da análise subjetiva ora apresentada.

Conclusão

A liberdade de expressão é garantia constitucional prevista no art. 5º, IX da Carta de 1988. Trata-se de temática frequente no Supremo Tribunal Federal, a quem a Constituição outorgou a função de seu guardião. Este trabalho teve como objetivo traçar um panorama jurimétrico da questão na mais alta Corte do Brasil no período compreendido entre novembro de 2017 e novembro de 2022.

Após buscas no site do STF e catalogação das informações, pode-se observar que a liberdade de expressão esteve presente em 155 acórdãos. O estudo descartou decisões monocráticas e da Presidência. Em 2020 o assunto teve o ápice de acórdãos (54). O Tribunal Pleno foi o que mais proferiu acórdãos com esse tema (45%). 27 acórdãos (17%) não enfrentaram o mérito da questão, de modo que não foram catalogados nas categorias que seguem.

O estudo demonstrou que a maioria dos acórdãos (51,2%) foi proferida em ações que tentaram acobertar condutas sob o manto da liberdade de expressão, o que não foi aceito pelo STF. Revelou-se, ainda, significativa repetição de temáticas correlacionadas à liberdade de expressão, sendo elas: liberdade de imprensa (32,3%), Imunidade parlamentar (11%), Liberdade de ensinar (6,3%), Sanção disciplinar (4,7%) e Liberdade religiosa (3,9%). Desacato e Liberdade de expressão musical tiveram 3,1%, cada. Contribuição sindical, Imunidade tributária e Propaganda comercial representam 2,4%, cada. Já Crítica humorística, Dossiê com informações de servidores, Fake news, Propaganda eleitoral, Radiodifusão e Rotulagem de produto foram associadas a 2 acórdãos, cada, representando 1,6%.

Os temas sem repetição foram A voz do Brasil Calúnia, Centros e diretórios acadêmicos, Delação anônima, Difamação, Direito ao esquecimento, Direito de resposta, Direito de reunião, Divulgação de objeto de denúncia caluniosa eleitoral, Eleição indireta para governador Fechamento do STF e ameaças a Ministros, Homofobia e transfobia, Honra, Identidade de gênero, Imunidade Jurisdicional, Liberdade de expressão de policiais federais e civis do Distrito Federal, Liberdade de reunião, Marco regulatório da televisão por assinatura, Objeção de consciência, Publicidade dos atos administrativos, Showmício, Sigilo de correspondência, Vacinação compulsória, e Venda de livros e testes psicológicos.

O estudo demonstrou que a categoria “Liberdade de expressão” se correlaciona com diversas outras e que a ADPF 130 foi um importante marco jurisprudencial, seja por reafirmar e delimitar a liberdade de expressão, seja por gerar diversas outras ações que se embasam em referida Arguição. Também se pôde notar um comportamento das partes especialmente tendencioso a arguir

a liberdade de expressão como justificativa de condutas que, posteriormente, foram consideradas ilícitas pelo Supremo.

O trabalho, apesar de atingir o objetivo de traçar um panorama jurimétrico, requer maiores aprofundamentos em eventuais estudos futuros, especialmente no sentido de delimitar (ou expandir) as categorias desenhadas, bem no sentido de permitir a estudiosos de outros métodos (especialmente qualitativos) que promovam novas análises. Isso complementaria a visão jurimétrica, permitindo à sociedade (especialmente aos órgãos decisórios inferiores) uma compreensão mais exata de como a liberdade de expressão é vista pelo Supremo Tribunal Federal.

Referências

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2007.

ZABALA, Filipe Jaeger; SILVEIRA, Fabiano Feijó. Jurimetria: Estatística aplicada ao Direito. *In: Direito e Liberdade*. v. 16, n. 1, p. 73-86, jan./abr. 2014. Disponível em <<https://www.semanticscholar.org/paper/JURIMETRIA%3A-ESTAT%C3%8DSTICA-APLICADA-AO-DIREITO-%2F-IN-Zabala-Silveira/3a061f3b624a818675e5d83ecd8f337307c57f7a#citing-papers>>



O CAMPO EMPÍRICO E O DIREITO: SUAS VÁRIAS FACES E SENTIDOS

Adilson Souza Santos

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-2

Introdução

O presente artigo apresenta um estudo sobre o sentido, conceito e aplicação do direito e a necessidade de utilização da epistemologia, hermenêutica e interpretação como caminhos para encontrar a definição de seu termo.

Tem como objetivo geral: refletir sobre os principais aspectos referentes ao conceito de direito e sua aplicação no campo empírico. Quanto ao objetivo específico consiste em: analisar as principais vertentes inscritas na ciência jurídica e no seu método.

Justifica-se o presente estudo, eis que no campo científico, a doutrina ao longo do tempo desenvolveu variadas teorias sobre a significação do direito, contudo no campo empírico há implicações e explicações que refletem na definição de seu sentido, assim, o fenômeno jurídico requer análise filosófica sobre o conceito e a natureza do direito.

O problema a ser percorrido denota: Qual a definição do termo direito, ante a dificuldade de se entender o sentido a que se coloca no caminho empírico? Para encontrar a(s) possível(is) resposta(s), buscar-se-á nos instrumentos e ferramentas que as ciências sociais permitem, dentro dos aspectos jurídico interpretativos, aquelas que conduzam a questões relacionadas às análises incutidas na história e teoria do direito, sob o ponto de vista da interpretação do direito.

Como método aplicado à presente reflexão, caminha no dialético, com tipo de pesquisa descritiva e técnica bibliográfica. Encontra no campo dialético uma análise fincada no campo filosófico jurídico, cuja matriz teórica avança no campo hermenêutico, a partir de paradigmas teóricos atuais, nos quais se consegue compreender o direito como se dá o pensamento no presente momento.

Tem-se como resultados que a superação do problema relacionado à abordagem da definição do termo direito encontra dificuldade para encontrar o sentido de seu termo na atualidade, ante a complexidade, liberdade e a tutela a que estão os temas envolvidos, eis que trazem a baila questões voltadas para as contradições neles e entre eles, sob o caminho jusfilosófico.

O Conceito e Aplicação do Direito a Partir de Suas Visões

A complexidade de se encontrar o conceito e a definição do termo direito encontra uma imensa dificuldade em se esclarecer de forma histórica as peculiaridades da percepção encontrada ao longo dos tempos, descrita como um mundo de contradições e interpretações distantes do campo epistemológico e hermenêutico, onde as incoerências ressaltam aquilo que encontra no campo empírico da visão dos sujeitos.

O direito assume várias faces, várias formas de abordagem, tem em seu conteúdo várias vertentes do pensamento. Entre elas podem ter aspectos filosóficos, da ciência jurídica, da sociologia, e outros.

Há juristas que entendem o direito como um fenômeno universal. Essa concepção mostra uma preocupação em se tentar definir de forma objetiva as postulações que expressem uma complexidade de forma genérica e abstrata.

Essa perspectiva, talvez, seja um equívoco, eis que haveria inúmeras respostas que iriam de encontro exatamente aos questionamentos apresentados ao longo da jornada em se tentar conceituá-lo. Esse é um posicionamento tratado por Raúl Ferreyra em sua obra *Constituição e Direitos Fundamentais*. (p. 32).

A construção do que se conhece hoje como direito passou por algumas fases, se é assim que pode ser chamada. A primeira delas se deu com o jusnaturalismo ou também conhecido como direito natural. Este foi um movimento que se desenvolveu a partir do século XVI. Teve como objetivo a aproximação da lei à razão, cujo movimento buscou, naquele período, um Direito mais justo, mais perfeito.

Segundo essa vertente, o direito é independente da vontade do ser humano, que ele existe antes mesmo da existência do homem. As leis eram consideradas emanções da lei divina ou da própria constituição da interação entre o universo e o homem, nesse sentido havia a conotação de que o direito é natural, universal, inviolável e imutável. A lei imposta pela natureza busca regular as condutas dos homens.

Para o jusnaturalismo, para que uma lei seja lei, esta deve ser justa. O movimento entende como justo tudo que existe em termos de ideal e do bem comum. Foi uma ferramenta importante, cuja capacidade de impor limites ao absolutismo Estatal naquele período. Por outro lado, serviu de fonte e paradigma

ma para as revoluções liberais, contudo sua substância era considerada abstrata e metafísica, posteriormente não se conseguiu desenvolver as ideias cedendo espaço para o surgimento de novas teorias voltadas para o positivismo.

O juspositivismo nasce da ideia de se criar o direito positivo. Nesse aspecto, difere do jusnaturalismo no ponto em que uma norma não é válida se não é justa, o Juspositivismo entende que uma norma é justa se for válida, ou seja, se ela houver sido emanada de autoridade competente; se ela estiver em vigência; se houver compatibilidade com outra norma;

Tem-se como direito positivo aquelas situações em que se cria do direito a partir da vivência dos sujeitos e a partir dele entrega ao estado e este impõe a todos o dever imposto pela norma, ou seja, o dever através do direito posto, porém este deve-se estar amoldado aos princípios fundamentais do direito natural.

A partir dessa concepção, é possível perceber que as leis são produtos da ação humana, nessa perspectiva, o direito somente se considera quando positivado. Ou seja, deve-se ter sua previsão num texto escrito e posto a todos; sua descrição legitima as ações daqueles que o buscam.

Sob o aspecto do Pós-positivismo, conhecido também como “pós-empirismo”, teve sua vertente aperfeiçoada e oriunda do positivismo. Sua compreensão vai além da formalização da lei, porém sem deixar de lado a essência trazida pelo positivismo. Baseou-se em sua análise, nas questões voltadas para a moral e a ética do Direito. Contudo, deixou de lado as veias do abstrato e da metafísica, justamente por compreender que algo que está fora da transcendência foge de uma análise das causas e efeitos do comportamento humano.

Tendo como parâmetro essa análise buscou-se limitar o poder do governante, eis que os direitos fundamentais passam a ser garantidos, amparando

como base o princípio da dignidade da pessoa humana, associados a outros que promovessem a proteção do homem às ações do Estado.

Nesse aspecto, o direito é composto de elementos de ordem teórica ou científica, pensado a partir de aspectos tratados no estudo dos sistemas jurídicos universais e das relações contidas no homem com a sociedade. Nesse sentido, essas relações provocam ou irradiam interpretações dos textos legais ou qualquer outra norma que busque coercibilidade.

Verdade que a natureza do direito encontra sua base na ordem moral, dentro dos postulados da moral pura. Nele e a partir dele busca-se dirigir a atividade social. Dele procura-se atingir o ideal comum, coordenando as aspirações do homem, com o fito de concretizar a justiça.

Vê-se com isso, que o campo do direito encontra-se numa base de ordem epistemológica, hermenêutica e interpretativa, onde para se constituir um pensamento acurado é preciso se lançar em suas bases fundamentais e vir trazendo sua linha de atuação, ação e efetivação de seu campo, de acordo com a perspectiva teórica, eis que, necessariamente, na atualidade dos comportamentos dos sujeitos, carecerão em algum momento tocar na perspectiva moral do seu agir e de suas ações.

Nietzsche ao abordar o tema moral buscou envidar uma discussão sobre a genealogia dela como um ponto crucial na história do homem, bem como sua aplicação em todos os atos do ser humano. Através do binômio bom e mau, bem e mal, descreveu o estabelecimento da influência de uma classe sobre a outra com o fito de expandir o domínio sobre os indivíduos (NIETZSCHE, 2013, p. 7-8).

Para Kant (1980), pela razão, os indivíduos são seres dotados de vontade e são capazes de fazer escolhas a partir da representação entre o que se apresen-

ta como necessário, pois se assim não fosse o agir se tornaria apenas o reflexo do instinto e inclinações sensíveis, a exemplo dos outros animais.

Sem pretensão de esgotar o assunto, apenas como forma de acrescentar à noção, eis que o conceito de moral é problemático, nos estudos de Bobbio (1909, p. 28) sobre a moral, tendo como ponto interno da discussão, apresenta a moral, em uma primeira análise, a ideia de que ela teve sua origem e seu desenvolvimento nos termos da vertente religiosa, cujo momento em que o homem se viu na necessidade de encontrar soluções para os problemas conflituais de seu grupo, de suas relações beligerantes e frutificadas ainda oriundas de um direito natural.

Sob a perspectiva do tempo, a moral tem seu conteúdo construído a partir da história. Não há que se examinar e compreender sua essência sem o estabelecimento intertemporal e de aspectos mutáveis construídos ao longo do tempo. Seu conceito transmuta-se conforme a vida social se transforma. (MACINTYRE, 1998, p. 1-2).

É nessa ideia que urge então a necessidade de se legislar e trazer para o cotidiano do ser humano a submissão a uma norma positivada, com efeito *erga omnes*, com o fito de regular e harmonizar os comportamentos dos indivíduos, em determinado tempo.

Foi com essa noção que se desenvolveu a noção da interação adequada entre sujeito, sociedade e estado submetidos ao direito, a um estado de paz social baseados na cooperação, mesmo com os níveis de competição tidos pelo homem, reduzindo e evolução dos comportamentos inadequados e não suportados pela maioria dos sujeitos, tanto nos grupos, quanto nas aglomerações de sujeitos.

É a partir da construção das normas que se cria o direito com o fim de pacificar a sociedade, tendo como foco o sujeito e sua vivência com o outro, levando-o a entender, sob o olhar da consciência, que o estado de beligerância insito também ao homem deve ser colocado como ponto de regulação para evitar conflitos de ordem social.

Sob o olhar do cumprimento, a ideia de obediência à determinada norma imposta pelo Estado, em determinado tempo, tem lugar no momento em que a adequação a ela estava adstrita aos motivos, fatos e circunstâncias daquele período. Todavia, quando a evolução dos mesmos motivos, fatos e circunstâncias se dão muito rapidamente no decorrer do tempo, e aquele deixa de atualizá-la com os desejos da própria sociedade, perde-se a principal razão da norma que é a sujeição, pois as razões que havia sido motivo para o seu surgimento já não fazem mais sentido, eis que os comportamentos se modificam e se aprimoram no tempo.

Dessa forma, quando o indivíduo a descumpre e o estado deixa de punir e esse comportamento é absorvido, posteriormente é decalcado para os demais, logo, manifesta-se daí o movimento coletivo negativo, tornando a prática errônea, a partir de um valor usual e cotidiano, o que traz para a lei um problema nominado: incoerência.

Outro ponto que é importante mencionar, quando o contingente populacional de determinados grupos sociais cresce em grande número de habitantes e de forma rápida, em determinadas regiões de determinado país, ainda, aglomerações e diversidade de grupos, fazem com que o direito estabelecido seja aos poucos colocado em confronto com o comportamento dessa nova ordem, eis que as várias mudanças iniciam um processo de reconstrução da essência do direito.

Assim, conseqüentemente, a necessidade da sistematização do direito revela-se como principal o objetivo de compreender qual a razão, o conceito e a aplicação do direito, ante aquilo que o grupo deseja para si, mesmo que por imposição do Estado, de um grupo, ou até mesmo por vontade individual, mas que aceita pelo coletivo.

Essas compreensões vão desembocar no que chamamos de direitos humanos, no plano universal, pois as compreensões atuais se colocam no plano global, eis que os comportamentos das sociedades e dos sujeitos atuais estão cada vez mais presentes e universalizadas devido ao impulso tecnológico pelo qual passa a humanidade neste século XXI, estão cada vez mais atentas a tudo que passa no mundo em tempo real.

Para Bobbio, são várias as perspectivas que se podem assumir para tratar do tema dos direitos do homem. Segundo ele, visualiza-se as vertentes filosófica, histórica, ética, jurídica e política. Cada uma dessas perspectivas liga-se a todas as outras, mas pode também ser assumida separadamente umas das outras. (BOBBIO, 1909, p. 26).

A filosófica dever-se-ia buscar a ideia de justiça obtida por meio da abstração intelectual conduzida a partir de observação das necessidades fundamentais, que surgem ao longo do tempo, percorrendo o lapso temporal inscrito na história.

A histórica busca pesquisar no passado situações já vivenciadas pelo homem levá-las a refletir com o presente e, assim, vislumbrar aos sujeitos a concretização de direitos naturais conquistados lá atrás, os quais os levam, agora, ao *status* de cidadão, onde este será, doravante, parte para legislar, cuja autonomia se deu em razão da discussão com a base religiosa que vigia até o século XVIII.

A ética visualizada a partir do individualismo, que parte do pressuposto da autonomia de cada indivíduo em confronto com todos os outros, bem como da dignidade de cada um deles torna-se um problema a ser tratado pelo direito, justamente para que o coletivo seja agora o caminho para apresentar a uniformização dos direitos dos sujeitos e atinja individualmente cada um em suas demandas. Nesse aspecto, é o que Bobbio (1909) trata como individualismo ético, onde cada indivíduo é uma pessoa moral.

Nesse caso, liga-se ao conteúdo político, justamente para embasar o conceito de democracia, ou seja, uma cabeça, um voto, onde todos são livres para tomar as decisões voltadas para a coletividade.

A jurídica viabiliza-se a partir de um ordenamento jurídico, caracterizado por sistema eficientemente protegido. A diferença entre um este sistema e o natural está a se pôr nas exigências que buscam validade em sua construção, a fim de se tornarem eventualmente direitos em um sistema positivado.

A política, a partir da concatenação da relativização dos aspectos históricos e conceituais, a discussão se direciona para a esfera política e ideológica, pois se deve unir a prática à teoria. Nisso, haveria de buscar em alguns aspectos a limitação do poder, tendo como ponto, encontrar os fundamentos possíveis a fornecer gradativamente maior efetividade ao direito.

Vê-se que encontrar o conceito e aplicação do direito a partir de suas visões torna-se cada vez mais difícil de se estabelecer uma consonância quando se reflete e analisa-o sem se fixar no campo epistemológico e sua consequente visão hermenêutica, pois o termo requer o trabalho minucioso do cientista a ver, entender e compreender qual os limites de sua atuação como ciência, eis que o trabalho do intérprete está na aplicação de seu sentido, obtido nos campos ora mencionados neste trecho.

A Visão Positivista do Direito

A concepção positivista do direito, oriunda da influência obtida por concepções filosóficas empiristas, em alguns pontos sustenta um conteúdo necessariamente voltado à função de validar fundamentalmente a ordem jurídica positiva a erigir uma norma de objeto e hierarquia superior.

Sob esse aspecto Genaro Carrió, aborda a expressão positivismo jurídico como uma designação de variedade muito heterogênea, de atitudes, teses e concepções relacionadas com o fenômeno jurídico. (CARRIÓ, 1990, p. 321-328.).

Vive-se em uma sociedade cujo conteúdo caminhou para o período pós moralista, onde busca-se compreender a mutação da moral, dos valores, dos comportamentos e da ética. Esses conteúdos a cada dia estão cada vez mais mudados e transformados, sob o sentido filosófico, antropológico, sociológico e jurídico.

Nessa condição, o vocábulo direito assume diversos significados tendo em vista a visão que o sujeito tem, como se, por exemplo, tivesse que olhar o livro e julgá-lo pela capa, sem ao menos lê-lo. Em algumas vertentes é possível se referir a um complexo de regras voltadas para o controle social, em outra indicar sua discussão para os fenômenos sociais, em outra caber aos princípios de justiça, dentre outras interpretações a ele atribuídas. Em cada uma delas haverá o conteúdo do fenômeno jurídico que baseiam suas concepções, contudo, como ciência há que se distinguir o campo epistemológico, hermenêutico ou interpretativo ao qual está inserido.

A relação entre filosofia e direito é bastante antiga, remonta à Grécia Antiga e se manifesta de forma já proeminente na filosofia pré-socrática, como bem observou Hans Kelsen em sua obra intitulada, “A Ilusão da Justiça”. (KELSEN,

2000, p. 213). Nela o autor buscou, através do método interpretativo, deslocar a discussão da mítica ao pensamento lógico-causal.

Através do método científico buscou desqualificar a importância do jus-naturalismo como teoria válida para o direito e pretendendo dar caráter definitivo ao monismo jurídico estatal. Hans Kelsen foi o alvo para a discussão das teorias críticas no Direito, que não se conformaram com os *déficits* éticos alcançados pelo pensamento jurídico.

Hart, em análise sobre o direito buscou responder aos questionamentos por ele propostos: I) a relação entre direito e coerção, II) a relação entre direito e moral e II) a natureza das regras e seu papel para a definição do direito. Hart se baseia na crítica ao modelo de direito proposto por John Austin (para este a moral se confunde com o direito). É um conjunto de ordens coercitivas do soberano. (Hart, 2018, p.68). O fundamento do sistema jurídico encontra-se nas normas de reconhecimento, onde há um enunciado interno e outro externo. A tese de Hart (2018 p.129-151) apresenta sob as denominações: a) regra secundária de reconhecimento; b) textura aberta das regras jurídicas; e c) o direito como um sistema de regras primárias e secundárias.

A Visão do Direito no Pensamento Ocidental

O direito construído através da história, no pensamento ocidental, encontra validade em quatro formulações teóricas principais: A primeira traz um direito positivo visto como um direito eterno, imutável e necessário; A segunda busca um direito edificado nos aspectos morais; A terceira é vista como uma construção baseada na realidade histórico-política; A quarta, por último, observa uma para o direito e outra para a técnica de composição dos conflitos sociais.

Sob os aspectos da discussão dessas abordagens, vê-se que a primeira

formulação encontra na disciplina jurídica e fixa a sua mais precisa condição para se buscar a orientação da conduta humana. Isso significa que para essa vertente o direito é concebido como uma condição de garantia da eficácia das relações contidas na sociedade. (ALVES, 2010, p. 16)

Isso traz o conteúdo imutável da norma subjacente e que se prolonga no tempo com um caráter rígido e necessário, certamente, sob o ponto de vista da relação de estrutura e superestrutura no que se refere às ligações de produção do direito e a dialética realista.

A segunda baseia-se na construção de um direito voltado para a questão relacionada ao comportamento humano. Nesse sentido, sob o aspecto da moral busca-se expor que os indivíduos respeitam as ações do Estado em razão da consciência inscrita. Leva-se a pensar no ideal de cultura cívica e política, cujos pensamentos convergem para uma compreensão daquilo que pode ser tido pelo direito, partindo da convicção da dialética construtiva.

Vista sob essa vertente, o aspecto moral leva ao indivíduo cumprir as normas espontaneamente sem a necessidade de coação do estado, pois nele estão incutidos os freios e amarras que inibem sua ação em fazer ou deixar de fazer algo inscrito na normativa geral delineada. São situações que levam o indivíduo a agir moralmente, pois possui a consciência de que a prática do ato lícito ou ilícito se amolda às regras dos ditames morais.

Quando se analisa o direito a partir da terceira formulação, qual seja a baseada na realidade histórico-política, faz-se necessário incursionar no modelo discutido e pensado por Norberto Bobbio (2004). Segundo ele, a construção sob a perspectiva histórica volta-se à análise do Estado Moderno e sua formação. Tem-se naquele momento uma condição de indivíduos compondo a base da sociedade como súditos e estes a partir de então passam a condição de

sujeitos portadores de direitos. Parte-se da compreensão que os direitos estão constitucionalizados e que a proteção tida e inscrita nela deve abarcar todos os sujeitos envolvidos. (BOBBIO, 2004).

Essa percepção busca fortalecer uma característica predominante naquele período que é a garantia do cidadão contra as ações nefastas do Estado, eis que quando este centraliza suas ações por meio da norma confronta-se, por outro lado, com os direitos também inscritos nas cartas máximas, pois são chamados de garantias contra a atuação do Estado. Assim sendo, o *status* de cidadão os permite discutir contra o Estado sua participação na repartição do poder político, através dos chamados direitos políticos de liberdade. Nesse aspecto, foram as lutas que surtiram ao homem o fim de emancipá-lo e transformá-lo em uma realidade de tutela de direitos garantidos ao longo do tempo.

Quanto à quarta e última formulação, quando se busca no direito uma técnica de composição dos conflitos sociais, é possível perceber uma dificuldade no delineamento frente às relações sociais e sua cognição.

Segundo Herbert Hart,

“o conteúdo normativo determinado ao conjunto dos indivíduos em um moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de fontes de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas”. (HART, 1986, p. 111).

A norma tem seu conteúdo descrito abstratamente delineado ao caráter vinculante ou obrigatório a que impõe aos indivíduos. Porém o direito ganha outro contorno, pois o conteúdo lógico-semântico nela refletido pode não expressar realmente o conteúdo significativo e adequado ao caso concreto.

Dessa forma, o contexto social de poder, tido como elemento institucional, terá como foco a criação e a própria aplicação do direito. Esta não é uma mera dedução lógica trazida por um referencial propositivo e descritivo, tendo como conteúdo a lógica buscada no sentido normativo explícito ou implícito, mas sim a realização da intenção de se colocar os sujeitos no plano abstrato da submissão da autoridade das manifestações da norma em seu sentido de comando.

O Direito na Dinamicidade das Exigências Inclínadas pelas Sociedades Complexas

Quando se analisa seu sentido normativo explícito ou implícito, tem-se o direito compreendido em sua criação e aplicação. Tendo ele uma característica voltada para seu conteúdo lógico, teria, assim, um direito estático, bem parecido com a norma extraída dos conceitos morais, onde se liga aos aspectos da estrutura e superestrutura, uma lei superior e uma inferior ligadas como consequência da pura lógica.

Pensando sob essa vertente, possui regras que, sem fugir dos ditames da moral, com o fim de serem cumpridas, às vezes, necessitam de ser impostas por pessoas competentes, como é o caso de juízes de primeira instância e tribunais, por meio de suas decisões e acórdãos nas turmas recursais, justamente para viabilizar o direito como um complexo de normas jurídicas que buscam reger o comportamento humano, de forma coercitiva e obrigatória, tendo como consequência a sanção pelo descumprimento. Estar-se-á diante da interpretação do direito, cujo conteúdo é sua aplicação.

Assim, nesses trechos, ao provar a aplicação da norma superior à determinada situação, já haveria bastado a validade material dela para todo o sistema hierarquicamente delineado ou estruturado.

A ideia de dar ao direito dinamicidade está em positivar as normas jurídicas calcadas nas exigências inclinadas pelas sociedades complexas. Essas normas têm em seu conteúdo a força lógico-semântica, contudo aguça-se também a intenção e interpretação dirigidas pelas autoridades que as determinam positivamente no seio aplicado. A falta ou insuficiência do conteúdo de base hermenêutica e epistemológica por parte do operador do direito, tende a levá-lo a aplicar o direito de forma subjetiva e de acordo com sua consciência, levando à sociedade a entender que quem diz o direito faz o direito de acordo com o plano do direito, o que se denota como um caminho errático, sob a perspectiva da ciência do direito.

Por essa razão, essas últimas normas têm um caráter principal no que tange à relação de reconhecimento entre as relações materiais e concretas vistas sob a ótica do poder. As normas são respeitadas também pelo seu conteúdo, porém nelas estão imbuídas da vontade de quem as impõe. Ou seja, a sua construção foi desenvolvida por meio das forças materiais, culturais, organismos de pressão, dentre outros, fundados dentro da própria sociedade.

Segundo Alaor Caffé Alves, “a verdade das normas não é a verdade teórica dos fatos”. (2010, p. 162). Significa que o caráter impessoal em muitas situações não abarca o caso concreto, dando a ele dimensões e soluções não adequadas ao que se pode entender como direito.

Isso equivale dizer que as normas podem conter um conteúdo de dimensão contrário aos fatos, pois podem elas estarem imbuídas de valores ou interesses dominantes. Nesse caso, nem sempre os interesses podem corroborar as descrições contidas nos fatos ou categoricamente provados, sob o aspecto lógico.

Vê-se que algumas vezes o conteúdo analisado sob o aspecto da compreensão lógica não resolve os conflitos sociais discutidos no âmbito do direito, pois há necessariamente a influência da realidade que contribui para a força vinculante, precisamente como regra do direito.

Partindo para uma análise voltada para as ideias da “pós-modernidade”, cujo período tem como marco as grandes transformações na parte final do século XX, é caracterizada por um movimento que engloba as correntes filosóficas desenvolvidas ou aprofundadas a partir daquele período. Observa-se, portanto, ter em seu bojo um conceito amplo que engloba teóricos das mais variadas vertentes.

Nesse contexto, caracteriza-se fundamentalmente por problematizar os alicerces do pensamento filosófico e político hodierno. Esse tipo de discurso tomou corpo a partir da década dos anos 60, influenciado principalmente pelos ares de uma cultura “pós-filosófica”, pela “morte do homem” recém-anunciada pelos estruturalistas franceses, etc. Enfim, não admitiam que existissem justificativas para os argumentos filosóficos e políticos, aqueles não se fundam em quaisquer princípios.

Esse modelo desenvolveu-se como um movimento de ordem revolucionária, na medida em que defende uma ruptura com o pensamento padrão, com a ideologia racionalista e idealista predominante em todos os campos do saber. Ela rejeita os valores iluministas e positivistas que deram origem a duas grandes guerras, os valores capitalistas e socialistas, em síntese, busca inventar novas fundações para sua zetética do conteúdo ligado ao modelo jurídico.

Tem, portanto, sua base em Nietzsche que embora não seja propriamente “pós-moderno”, ou “pós-estruturalista”, lançou as bases do que viria ser o “pós-modernismo”, escrevendo para leitores póstumos, encontrou-os atencio-

sos e prontos a escutá-lo e a amplificar suas ideias até às últimas consequências. Pensador extremamente crítico, representa a ruptura e o contraponto da filosofia hegeliana. Nega com toda veemência a dialética e a racionalidade do real.

Segundo Nietzsche, a filosofia tem muitas facetas e entre elas a de legislar, apoiados sobre os operários da filosofia, os verdadeiros espíritos livres, ou melhor, os filósofos podem criar sobre as antigas concepções veiculadas. (p. 164). Para ele, devem ser detidamente analisados: o papel do conhecimento e a função legislativa da filosofia.

O conhecimento é de suma importância tanto para a filosofia, quanto para a ciência jurídica. O normativismo tratado por Kelsen, por exemplo, na Teoria Geral da Norma afirma que a proposição jurídica tem por único objetivo descrever a norma, isto é, conhecê-la, e mesmo a Teoria Pura do Direito está fundada sobre a norma hipotética fundamental que é entendida como pressuposto gnosiológico do ordenamento jurídico.

Todavia, não é esta teoria tradicional do conhecimento que interessa a Nietzsche e posteriormente a Foucault; o conhecimento não tem caráter lógico-transcendental, não é categoria epistemológica, não tem suas origens remotas inscritas na natureza humana, nem tem qualquer correspondência real com o objeto, em suma é inventado, é produzido pela luta dos instintos.

A função legislativa da filosofia é decorrente da concepção aclarada da genealogia do conhecimento, isso não significa um retorno puro e simples à noção platônica de divisão social do trabalho apresentada pela República, na qual o sábio deveria governar e subsequentemente arbitrar, mas a consagração da utilização da filosofia pela ciência jurídica.

Partindo para o final deste breve análise, obviamente sem ter a mínima pretensão de conceituar o que vem a ser direito, pode-se perceber que o direi-

to não está acomodado e restrito dentro do papel das leis ou do que se coloca como sentido para a aplicação pura e simples do que está em seu arcabouço.

Sob esse aspecto é possível determinar que o próprio direito vem antes da criação da lei. Esta tem conteúdo apenas orientador da busca de seu significado, conceito, definição e aplicação. A concepção preconizada nesta análise encontra guarida na ciência e sua explicação a partir do campo epistemológico, hermenêutico e interpretativo, cujas bases terminológicas buscam o sentido único: estudá-lo e aplicá-lo, de forma a tê-lo como sistema jurídico que certamente recairá na própria constituição.

As qualidades e atributos buscados no direito estão relacionados e integrados em um contexto histórico, filosófico, social, antropológico, jurídico, entre outros. Sendo assim, a percepção direta que eventualmente o sujeito venha a ter, sempre haverá a necessidade de buscar a unidade de significação, pelo qual se reconhece o papel do direito.

Considerações Finais

Vê-se que a construção do conceito de direito vislumbra a necessidade de se passar pelo caminho científico e encontrar o seu real sentido, eis que a conceituação e afirmação do que seja direito tem implicação na prioridade dos valores centrados na convivência social conectadas à organização política, tendo como fonte a carga histórica do homem desde seu início na caminhada evolutiva até os presentes dias. A dominação atual como forma de poder deve se pautar em se afastar da falácia ou dos equívocos que influem na proclamação formal da insegurança material, alimentada pela conflitualidade da convivência social dos homens que perderam a referência ao dever como valor, como se percebe no mundo atual da complexidade a que expressam os sujeitos “pós-modernos”.

No campo empírico, sob o aspecto singular e figurativo da percepção, é possível verificar que cada indivíduo tem sua análise como algo intimamente ligado às suas vivências como “sujeitos de direitos”, pois a ideia de realidade é muito mais abrangente que até mesmo o Estado no momento em que busca tomar suas decisões, por vezes, age mais em razão da visão política, que sob a percuciência do campo jurídico.

Vê-se que este mundo de conflitualidade progressiva entre os diversos pontos enfrentados pelos indivíduos envolvidos nas diversas vertentes encontradas nas ciências, bem como a vocação do homem para a positivação dos chamados direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração devem se voltar para a concretização das relações que tenham responsabilidade em relação ao outro.

Portanto, quão difícil é encontrar o sentido do termo direito na atualidade ante a complexidade, liberdade e a tutela a que estão os temas envolvidos, eis que trazem a baila questões voltadas para as contradições neles e entre eles, sob o caminho jusfilosófico. Em suma, o direito deve encontrar validade nos elementos que conectem a proteção e a efetividade de seu conteúdo, porém haverá como freio à liberdade do indivíduo que tiver como intenção a prática de tudo quanto for de sua intenção.

Quando se menciona que a proteção está em se buscar a composição dos conflitos sociais. Estes surgem a todo o tempo nas relações entre os seres humanos. Por outro lado, no mundo do usual, com apoio a ética e a moral, verifica-se que para a desconstrução do direito, em alguns casos, a resistência de alguns em fazer ou deixar de fazer algo com justificativas argumentativas, contamina a base da coletividade tornando-se fenômeno típico de uma objeção de consciência mantida, não pelo aspecto do ideal, mas do realista, do fato analisado pela ótica daquele que está a entender o que seria mais importante ou não respeitar.

Por fim, a importância da tutela jurídica com base no direito está em enunciar direitos e organizar politicamente a sociedade, a par de adequar os instrumentos postos a garantir a efetividade das liberdades e garantias proclamadas, talvez o primado para a concretização do que seja Direito.

Referências

ALVES. Alaôr Caffé. *Dialética e Direito: Linguagem, Sentido e Realidade – Fundamentos a uma Teoria Crítica da interpretação do Direito*. São Paulo: Manole, 2010.

BOBBIO. Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2010. Tradução de Denise Agostinetti.

CARRIÓ. Genaro. *Notas sobre Derecho y Language*. Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

FERREYRA. Raúl Gustavo. *Constituição e Direitos Fundamentais*. Ed. Linus. Porto Alegre. 2012.

FERREYRA. Raúl Gustavo. *Sobre creación política y dimensión del poder judicial*. Infojus. Disponível em www.infojus.gov.ar. 21/3/2014. Acesso em 26.03.2023.

FOUCAULT. Michel. *A microfísica do poder*. Editora Graal. Rio de Janeiro. 1984.

HART. Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 1998, pp. 446. Tradução de Sérgio Tellalori.

KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2011. Tradução de João Baptista Machado.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2006, pp. 1-120. Tradução de João Baptista Machado.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. - São Paulo: Abril Cultural, 1980. XXIV, 415 p. : il. - (Os pensadores).

MACINTYRE. Alasdair. *A short history of ethics*. Routledge, London, 1998.

MIRANDA. Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NIETZSCHE. *A genealogia da Moral*. Editora Escala. São Paulo, 2013.



O DIREITO FUNDAMENTAL À PROPRIEDADE INDUSTRIAL E O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE

João Pedro do Nascimento Costenaro

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-3

Introdução

Os direitos de propriedade industrial estão assegurados na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos fundamentais do artigo 5º e na Lei 9.279/96. Porém, não são direitos sem a cominação de um dever, ou seja, para receberem a proteção do ordenamento jurídico nacional precisam cumprir determinada função social.

Com efeito, a evolução das pesquisas e, consequentemente, o descobrimento de novas tecnologias e produtos despontam como uma realidade presente no campo do direito patentário, devendo ocorrer o cotejo entre tais invenções e a efetivação de uma finalidade social, principalmente em um contexto em que se busca a sustentabilidade. Assim, surge a necessidade de perquirir acerca da

influência dos ideais da sustentabilidade na propriedade industrial nesse novo contexto que se apresenta.

Com o objetivo de enfrentar a questão, faz-se necessário analisar de que maneira as patentes estão de acordo com os ideais da sustentabilidade e, conseqüentemente, cumprindo sua função social nos ditames da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, questiona-se: em que medida, à luz da busca por um desenvolvimento sustentável, a propriedade industrial cumpre com sua função social?

Para isto, será utilizada a teoria de base e o método de abordagem sistêmico-complexo, pois o estudo e, conseqüentemente, a finalização de cada etapa permitirá a percepção de resultados que servirão como base para as etapas subsequentes. Ainda, o método de procedimento a ser utilizado na elaboração da pesquisa será o bibliográfico. Opta-se por esse método tendo em vista a necessidade de buscar em trabalhos científicos, conceitos e reflexões sobre a temática. Por fim, restará utilizada a técnica de pesquisa de elaboração de fichamentos.

O primeiro tópico trará o arcabouço teórico-normativo dos instrumentos de proteção à propriedade industrial, especialmente no direito à propriedade industrial como direito fundamental. Já no segundo tópico, analisar-se-á a função social da propriedade industrial e seu cotejo com o princípio da sustentabilidade.

O Direito Fundamental à Propriedade Industrial e Função Social

A Constituição de 1988 trata os direitos à proteção da propriedade industrial como direitos fundamentais, no título dos direitos e garantias individuais, estabelecendo em seu art. 5º, inciso XXIX: “a lei assegurará aos autores de

inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Na seara nacional, a propriedade intelectual se caracteriza como o gênero, o qual se subdivide, principalmente, em direitos do autor e direitos da propriedade industrial. O ordenamento jurídico pátrio regula tais institutos em duas leis, quais sejam, a Lei de Direito Autoral (Lei 9.610 de 1998) e a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279 de 1996). Tais leis retiram sua validade diretamente da Constituição Federal de 1988, que garante no artigo 5º, incisos XXVII¹ e XXVIII², o direito dos autores de obras e, no inciso XXIX³, o direito dos autores de inventos industriais.

A Lei de Propriedade Industrial dispõe acerca da salvaguarda conferida aos seus institutos, quais sejam, as patentes de invenção, patentes de modelo de utilidade, desenho industrial, marcas e indicações geográficas. Estes instrumentos são considerados bens móveis e, portanto, passíveis de licença no caso das patentes de invenção ou de cessão de um registro de marca, por exemplo (RAMOS; GUTERRES, 2016, p. 56).

Nessa esteira, cabe ressaltar que as patentes dependem de concessão pela autarquia competente, no caso brasileiro, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), enquanto as demais dependem exclusivamente do registro.

1 XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.

2 XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

3 XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

O INPI é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, o qual possui a atribuição de conceder a carta patente aos inventores e criadores no âmbito territorial brasileiro (RAMOS; GUTERRES, 2016, p. 46).

O primeiro instrumento de proteção à propriedade industrial trabalhado pela Lei nº 9.279/1996 é a patente de invenção e a patente de modelo de utilidade. As patentes são concedidas ao autor de invenções ou modelos de utilidade, ressaltando que, ao contrário do que ocorre na seara do direito autoral, no qual a proteção independe de registro, na seara do direito de propriedade industrial a proteção somente ocorre se o inventor buscá-la (RAMOS; GUTERRES, 2016, p. 57).

De fato, a propriedade industrial se configura como um direito fundamental previsto na Constituição Federal e normatizado pela Lei de 9.279/96, restando protegida por diversos instrumentos nacionais. Todavia, em um mundo cada vez mais globalizado, com o surgimento de novos produtos e serviços de forma cada vez mais dinâmica, as formas de tutela devem, também, ocorrer na seara internacional, sem se olvidar da necessidade do cumprimento da sua função social, prevista constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXIX, qual seja, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Ademais, como uma propriedade, a propriedade industrial deverá seguir o disposto no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição, visto que deverá cumprir com sua função social.

Nesse cenário, despontam as patentes verdes, instrumentos de proteção às novas tecnologias, as quais realizam o cotejo entre inovação e função social. O debate acerca das novas tecnologias se insere em um contexto de (re)pensar a lógica de inovação tecnológica e de desenvolvimento em um cenário de profunda degradação ambiental. Assim, resta imperioso a formulação de uma

nova forma de pensar tecnologia e meio ambiente, de modo que as respostas para esse cotejo deverão advir de um pensamento sustentável, de acordo com o princípio da sustentabilidade.

Portanto, conclui-se o presente tópico ao afirmar que a propriedade industrial, como uma propriedade, deve ter por fim a concretização da sua função social, representada pelo uso correto de seus instrumentos e institutos.

A Propriedade Industrial e o Princípio da Sustentabilidade

A ligação intrínseca entre a propriedade industrial e a função social permite o incentivo à produção de novas tecnologias e produtos que atendam a alguma finalidade de cunho socioambiental (SEGALA; GREGORI, 2019, p. 210). Dessa forma, ao conceder incentivos às tecnologias produzidas nacionalmente e que detenham cunho sustentável, contribui-se para o desenvolvimento nacional e, conseqüentemente, para a redução das desigualdades sociais e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Resta imperioso ressaltar a importância do saber ambiental, o qual traz ao debate o conhecimento científico e tecnológico que foi produzido, aplicado e legitimado pela racionalidade formal dominante e, em contraposição a esse conhecimento cartesiano, abre-se para novos métodos, capazes de integrar os saberes de diferentes áreas do conhecimento (LEFF, 2006, p. 280).

Nesse cenário, desponta a necessidade de os países com economias em desenvolvimento atentarem para a importância do direcionamento de investimentos para os setores internos de educação científica e produção de pesquisas sustentáveis, com o intuito de, posteriormente, alcançar uma emancipação tecnológica, de forma que o desenvolvimento tecnológico brasileiro e a produção

de novas mercadorias estejam intrinsecamente conectados ao paradigma do desenvolvimento sustentável (SILVA; GREGORI, 2018, p. 85).

As patentes convencionais acabam por reproduzir o sistema predatório e autofágico de exploração aos recursos naturais e de danos ambientais. Logo, as patentes verdes permitem a quebra do pensamento predatório, visto que a lógica por detrás desse instituto se consubstancia a partir de um modo de pensar complexo e que vai ao encontro do desenvolvimento sustentável. Logo, o desenvolvimento sustentável desponta como um norte que direcionará o desenvolvimento nacional.

Resta imperioso que se construa um novo tipo de desenvolvimento que não sofra dos mesmos males do atual, quais sejam: má distribuição de rendas, bens e serviços, logística que desestimula as trocas comerciais, atraso na concessão de patentes e tributação excessiva. Isto posto, a lógica desenvolvimentista não necessariamente implica em um desenvolvimento predatório e autofágico, ou seja, o desenvolvimento pode ser sustentável, contínuo e duradouro. Em suma, nas palavras de Juarez Freitas (2012, 50), a sustentabilidade apresenta diversas características, entre elas:

[...] (1) a sustentabilidade é princípio constitucional direta e imediatamente aplicável, (2) reclama eficácia (resultados justos, não mera aptidão para produzir efeitos jurídicos), (3) demanda eficiência, sempre subordinada à eficácia, (4) intenta tornar o ambiente limpo, (5) pressupõe a probidade, nas relações públicas e privadas, (6) implica prevenção, (7) precaução, (8) e solidariedade intergeracional, com o reconhecimento pleno dos direitos das gerações presentes e futuras e (9) da responsabilidade solidária do Estado e da sociedade, (10) tudo no sentido de propiciar o bem-estar duradouro e multidimensional [...]

Portanto, a sustentabilidade configura-se como um princípio previsto constitucionalmente, o qual determina a necessidade de promoção do desenvolvimento social, econômico e ambiental, com o objetivo de fornecer as bases

para o surgimento do bem-estar multidimensional das gerações presentes e futuras (FREITAS, 2012, p. 50).

O princípio da sustentabilidade possui eficácia direta e imediata, primando pelo reconhecimento da titularidade dos direitos daqueles que ainda não nasceram e pela ligação de todos os seres e sua inter-relação. Nesse sentido, tal princípio se encontra diretamente conectado à temática do desenvolvimento, o qual não necessariamente implica em um desenvolvimento predatório e autofágico, ou seja, o desenvolvimento pode ser sustentável, contínuo e duradouro (FREITAS, 2012, p. 33).

Com efeito, a sustentabilidade se configura como um princípio previsto constitucionalmente, determinando a necessidade de promoção do desenvolvimento social, econômico e ambiental, com o objetivo de fornecer as bases para o surgimento do bem-estar multidimensional das gerações presentes e futuras. A sustentabilidade, assim, caracteriza-se por sua multidimensionalidade, isto é, apresenta diversas dimensões que se complementam, quais sejam: ambiental, social, ética, econômica e jurídico-política, entre elas, para fins do presente trabalho, ressalta-se as dimensões econômica e ambiental (FREITAS, 2012, p. 50).

O desenvolvimento sustentável deverá observar a dimensão econômica da sustentabilidade, visto que deverá sobrepesar a relação custo/benefício necessária para a promoção de novas políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica. Percebe-se, portanto, ao empreender pública e privadamente, que deverá ser realizado o equilíbrio justificado entre benefícios e custos diretos e indiretos (FREITAS, 2012, p. 65).

Assim, as patentes verdes também estão de acordo com a dimensão econômica da sustentabilidade, pois ao proteger determinado produto ou serviço,

permite a sua venda e prestação nas condições previamente definidas pela pessoa física ou jurídica que detém seu controle e gestão. Com efeito, a dimensão econômica complementa a dimensão social, visto que, com o lucro obtido com o produto ou serviço protegido, os inventores continuarão pesquisando e desenvolvendo novas tecnologias verdes e as protegendo por meio do instrumento das patentes verdes. Por sua vez, a dimensão ambiental garante às presentes e futuras gerações, o direito difuso ao meio ambiente limpo e ecologicamente equilibrado, o qual resta expresso no artigo 225 da Constituição Federal.

A noção de desenvolvimento sustentável pressupõe que ele é entendido sob sete dimensões apontadas por Ignacy Sachs, quais sejam: social, ecológica, ambiental, cultural, territorial, econômica e política (SACHS, 2008, p. 72). Assim, tanto Freitas quanto Sachs observam o desenvolvimento sustentável sob um prisma sistêmico.

A multidimensionalidade pressupõe o inter-relacionamento dos seres e das coisas, por exemplo, a degradação ambiental reflete-se na degradação econômica e na degradação social (SACHS, 2008, p. 72). Além disso, a invenção de novas tecnologias e os próprios produtos originados desta devem estar de acordo com os preceitos da sustentabilidade, explanados anteriormente. Logo, observa-se que o cumprimento da função social da propriedade industrial está intrinsecamente conectado ao respeito ao desenvolvimento sustentável, visto que, conforme preceituado no inciso XXIX da Constituição Federal, a propriedade industrial deverá ter em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

As patentes permitem que seu titular usufrua a exploração comercial de sua invenção, obtendo lucro para sua indústria ou empresa e, consequentemente, assegurando investimentos e futuras pesquisas. Todavia, a patente também

garante uma contrapartida para a sociedade, mediante o cumprimento da sua função social com a promoção do desenvolvimento, pois esta resta disponível em bancos de dados de livre acesso para consulta, constituindo, assim, grandes repositórios de conhecimento tecnológico (MENEZES, 2016, p. 30).

Neste diapasão, os produtos patenteados no território nacional ou estrangeiro, caso sejam postos em circulação no mercado, carregarão consigo características sustentáveis, tanto relacionadas à pesquisa que o criou, ao modo de sua fabricação ou quanto ao impacto que causarão no público consumidor em uma sociedade global.

Frisa-se que diversos princípios restam aplicados à questão da sustentabilidade, entre eles se sobressai o princípio ambiental da precaução, o qual se coaduna com o discorrido anteriormente, visto que a sociedade pode/deve evitar danos ambientais mediante o estudo de impacto e, consequentemente, planejamentos que diminuam a ocorrência de danos ao meio ambiente (REICHARDT, 2019, p. 260), mesmo que estes não sejam plenamente conhecidos. Ressalta-se que o princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção, este pressupõe o conhecimento do dano ambiental que poderá ser causado, ao contrário daquele que pressupõe o não conhecimento do dano ambiental que poderá ocorrer.

Nesse sentido, o desenvolvimento tecnológico brasileiro e a produção de novas mercadorias devem estar intrinsecamente conectados ao paradigma do desenvolvimento sustentável, ao qual preconiza a promoção de tecnologias industriais com baixa emissão de carbono (FREITAS, 2012, p. 32), compatível com os valores expressos no preâmbulo da Constituição Federal, dentre eles “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, [...] o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.”

Apesar de o Brasil ser considerado um país pródigo em recursos naturais, raras vezes se utilizou de estratégias tão bem sucedidas como as patentes verdes, visto que são o grande exemplo de proteção de tecnologias produzidas em condições que respeitam as multidimensões da sustentabilidade. Essas, por sua vez, podem ser absorvidas de imediato pelo público consumidor doméstico e de demais países, estimulando, assim, a busca pela sua proteção mediante os instrumentos de proteção da propriedade industrial e, conseqüentemente, seu licenciamento.

Assim, torna-se falacioso a espécie humana não assumir sua responsabilidade perante os desequilíbrios ambientais que assolam o planeta. Com efeito, a degradação causada ao meio ambiente poderá inviabilizar a vida humana e para evitar um decréscimo na qualidade da vida do seres, deve-se enfrentá-la tempestivamente, mediante o investimento em ciência e tecnologia sustentáveis (FREITAS, 2012, p. 64).

A qualidade de vida demonstra-se intrinsecamente relacionada à preservação do meio-ambiente, de forma a resguardar a sustentabilidade ambiental para as presentes e futuras gerações. Em síntese,

“[...] (a) não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde segue que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie [...]” (FREITAS, 2012, p. 65)

Portanto, as temáticas do direito fundamental à propriedade industrial e do princípio da sustentabilidade estão intrinsecamente conectadas, visto que não é possível que a propriedade industrial cumpra sua função social estando em desacordo com os ideais da sustentabilidade.

Conclusão

Conforme o exposto no decorrer do presente trabalho, a função social da propriedade industrial terá um fio condutor, qual seja, o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional. Assim, o cumprimento da função social da propriedade industrial está intrinsecamente conectado ao princípio da sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável.

Por sua vez, verificou-se que as patentes possuem uma sólida relação com o cumprimento da função social da propriedade intelectual, pois, a partir de uma interpretação sistêmica da Constituição Federal, somente serão protegidos pelo instituto das patentes aquelas tecnologias e produtos que, em seu desenvolvimento, não causem danos socioambientais. Com efeito, o emprego dessas tecnologias deverá colaborar para a preservação do meio ambiente para as atuais e futuras gerações.

Com efeito, constata-se que o cumprimento da função social é pressuposto para a sua proteção pelos instrumentos de propriedade industrial. Mais do que isso, ela é um requisito constitucional para que o Estado reconheça aquele invento como legítimo e o proteja contra terceiros, de forma que se constitui em uma retribuição perante o reconhecimento da exclusividade na exploração daquele invento pelo Estado e sua proteção pelo ordenamento jurídico.

Portanto, propriedade industrial e sustentabilidade são temas interconectados. As tecnologias sustentáveis consubstanciam-se em um exemplo da conexão entre inovação tecnológica e preservação ambiental, atestando que é possível ocorrer, simultaneamente, desenvolvimento econômico-tecnológico e proteção ao meio ambiente.

Referências

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

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza**. Tradução: Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira. 2006.

MENEZES, Cláudia Cardinale Nunes; SANTOS, Sérgio Menezes dos; BORTOLI, Robélius de. Mapeamento de tecnologias ambientais: um estudo sobre Patentes verdes no brasil. **Revista de Gestão Ambiental e Sustentabilidade – GeAS**. v. 5, n. 2, jan./abr. 2016. E-ISSN: 2316-9834.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz; GUTERRES, Thiago Martins. **Lei de Propriedade Industrial Comentada: Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

REICHARDT, Fernanda Viegas; SANTOS, Mayara Regina Araújo dos. (In) eficácia do Princípio de Precaução no Brasil. **Estud. av.**, São Paulo , v. 33, n. 95, p. 259-270, Jan. 2019.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond. 2008.

SEGALA, Michele Machado; GREGORI, Isabel Christine Silva de. O papel da ecologia política na aproximação entre desenvolvimento e sustentabilidade: um olhar a partir do redesenhar da função da propriedade intelectual e o incentivo às tecnologias verdes. **Direito e Desenvolvimento**, v. 10, n. 1, 16 jul. 2019.

SILVA, Camila Morás da; GREGORI, Isabel Christine Silva de. Desenvolvimento sustentável: o paradoxo do instituto da propriedade intelectual. **Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência**. v. 4, n. 1 (2018).



BREVE ANÁLISE ACERCA DE ALGUNS MARCOS LEGAIS DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: A NÃO EMANCIPAÇÃO DO SUJEITO DE DIREITO

Marília Rulli Stefanini

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-E

Introdução

Falar em educação remete ao conceito de cidadania, uma vez que é concebida como o direito inerente a toda pessoa humana, ou seja, é um direito pessoalíssimo, integrando o rol dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federativa do Brasil de 1988, mais especificamente em seu artigo 5º.

As discussões acerca da qualidade da educação no Brail vêm se tornando cada vez mais frequentes nas academias, diante da visualização, por exemplo, de vultuoso número de analfabetos funcionais existentes, donde existem dispa-

ridades regionais e socioeconômicas que não obtiveram o acesso à educação de qualidade, por exemplo, as áreas rurais e as regiões mais pobres do país geralmente têm menor infraestrutura escolar, falta de recursos e professores menos protegidos.

Nota-se que, a maioria dos estabelecimentos educacionais, no Brasil, são compostos por números excessivos de alunos por sala de aula; alguns professores sem preparo didático; baixos salários aos docentes; e, por tais fatores, dentre outros, não são motivadores ao exercício da docência. (PILETTI, 1990, p.23).

Por outro lado, há alguns alunos que são resistentes ao conhecimento; preocupam-se, apenas, com a emissão de diplomas de conclusão de curso; e estudam para obtenção de aprovação no ano cursado; Salienta-se que essas são apenas algumas características, não se podendo generalizar a proposição.

O presente artigo possui, como foco, a apresentação de um breve relato da história da educação brasileira, permeada de observações das principais normas educacionais brasileiras, que asseguram o direito fundamental e indisponível à educação. Entretanto, não se tem a pretensão de esgotar referido assunto, uma vez que é tema amplo e de grande discussões.

Ademais, a metodologia utilizada tem por escopo a obtenção do maior número de informações sobre a história normativa da educação brasileira, o qual se materializou em decorrência dos meios de pesquisa adotados, donde se realiza um estudo rigoroso dos dados coletados, para que seja analisada a origem e o desenrolar da educação, da forma mais realista possível.

Para tanto, o presente trabalho baseia-se em dados bibliográficos extraídos de obras pertencentes a renomados historiadores da educação, tais como Moacir Gadotti e Otaíza de Oliveira Romanelli, análise de normas positivadas (leis), bem como, pesquisa em *sítios da web*.

Por fim, cumpre salientar que o referido texto possui como foco o estudo do surgimento e mutação do direito à educação no Brasil desde o ano de 1549, quando se iniciou a educação Jesuíta, até os dias atuais, traçando-se uma linha tênue de modificação educacional ao longo desses anos.

Histórico da Educação no Brasil

A história da educação brasileira iniciou-se em meados de 1549, quando os primeiros padres Jesuítas (portugueses) chegaram ao Brasil, chefiados pelo padre Manuel da Nóbrega (1549-1759). Desembarcaram em terras brasileiras em março do ano supracitado, construindo uma escola na cidade de Salvador (Bahia) em um lapso temporal de quinze dias após o desembarque.

Tais padres eram movidos pelo sentimento regiligioso da fé Cristã, apre-goando o catolicismo e o labor educativo, e permaneceram como únicos educadores no Brasil por, pelo menos, duzentos anos, ensinando aos indígenas a teologia-política.

Com o passar do tempo, novas escolas foram fundadas em todo Brasil, totalizando, no ano de 1570, cinco instituições basilares (ensino de primeiras letras), localizando-se em Porto Seguro, Ilhéus, São Vicente, Espírito Santo e São Paulo de Paratininga (PILETTI, 1990, p. 32).

Os planos políticos de tais redes de ensino eram pautados na promoção da concentração da administração da colônia (Brasil), nas mãos de Portugal, bem como promover o assessoramento e o ensino da família real, que em solo brasileiro se encontrava.

Posto isso, retirou-se o sistema de Capitanias Hereditárias, fazendo com que o Brasil se tornasse um vice-reinado, transferindo a capital, da até então colônia, da cidade de Salvador para o Rio de Janeiro.

Já em 28 de junho de 1759 ocorreu a reforma pombalina, ou seja, Marquês de Pombal decidiu extinguir as escolas jesuítas no Brasil e em Portugal, criando, assim, aulas régias de Latim, Grego e Retórica. Referida mudança deixa evidente a ideia de que a educação formal somente teve fundamentação nos interesses do Soberano (governo), ou seja, demonstrar ao povo que primeiramente deveria servir à Coroa, e somente depois tornar-se servo da fé.

Destarte, com o evento supracitado, a educação brasileira sofreu notório abalo, donde os Jesuítas foram expulsos, uma vez que seus ideais eram diferentes dos demonstrados pela Coroa, ou seja, aqueles possuíam interesses em servir a fé, enquanto Pombal pensava a educação como proveito do Estado.

Por conseguinte, no ano de 1772 foi instituído o subsídio literário, que visava retirar a educação brasileira da estagnação. Referido custeio era considerado uma espécie de tributo a ser pago pela população, recaindo sobre a carne, vinho, vinagre, aguardente, dentre outros produtos. Conforme exemplifica Machado:

No Reino e ilhas: 1 real em cada canada de vinho consumido; 4 réis em cada canada de aguardente; 160 réis em cada pipa de vinagre. Na América e na África: 1 real em cada arrátel de carne da que se cortar nos açougues; 10 réis em cada canada de aguardente. Na Ásia: 10 réis em cada canada de aguardente, das que se fazem naquelas terras, debaixo de qualquer nome, que se lhe dê, ou venha a dar (MACHADO, 1972, p. 114).

Nessa esteira, criaram-se órgãos específicos para realizar a fiscalização, majoração e implementação de tal tributo, tais como as Juntas Reais e a Real Mesa Censória. Posto isso, tais incidências tributárias destinavam-se também:

à compra de livros para a formação de uma biblioteca pública, subordinada à Mesa; a organização de um museu de variedades; a construção de um gabinete de Física Experimental; o amparo a professoras de ler e escrever para meninas órfãs e pobres; a criação de um jardim botânico; a criação de uma cadeira de leitura de “caracteres antigos”; o auxílio para publicação de obras compostas pelos membros da Mesa e pelos professores a ela subordinados; a criação de um curso de matemática em Lisboa, com os

professores necessários e finalmente a instituição de duas academias, uma para ciências físicas e outra para belas artes (CARDOSO *apud* CARVALHO 2002, p. 149- 150).

No entanto, não era cobrado com regularidade, ficando os mestres à espera de solução portuguesa em razão dos seus proventos atrasados. Tais docentes eram nomeados por indicação, sob o pedido dos bispos, e, com a nomeação, referida cadeira era considerada vitalícia.

Com a vinda da família real para o Brasil (1808) a principal preocupação da Corte era a oferta de educação superior capaz de formar as elites dirigente do país, e não a população em si. Desta feita, D. João criou diversos cursos, tais como: medicina, agricultura e anatomia. Instituiu-se, também, a academia real militar, academia de marinha, artes e ofício, cadeira de economia, desenho técnico, escola real de ciências e laboratório de química. (FAVÉRO, 2006)

Destarte, como Dom João VI primava pelos anseios da Corte portuguesa em solo brasileiro, não houve incentivo à implementação e desenvolvimento do ensino primário, posto que a família real e seus acompanhantes já o possuíam.

Nessa seara, Dom Pedro I, filho de D. João VI, em 1822, proclamou a independência do Brasil, e um ano após a proclamação foi instituído no Brasil o método Lancaster ou de ensino mútuo, no qual haveria apenas um docente para cada grupo de dez alunos.

O sistema monitorial ou método Lancaster, como ficou mais conhecido no Brasil, foi desenvolvido na Inglaterra, no final do século XVIII e início do século XIX, momento em que a Inglaterra passava por uma fase de intensa urbanização, devido ao processo acelerado de industrialização. Seus criadores foram Andrew Bell e Joseph Lancaster. De acordo com a proposta, o professor ensinava a lição a um “grupo de meninos mais amadurecidos e inteligentes”. Os alunos eram divididos em pequenos grupos, os quais recebiam a “lição através daqueles a quem o mestre havia ensinado”. Assim um professor poderia “instruir muitas centenas de crianças” (CASTANHA, 2012, p. 02).

Posteriormente, em 1824, foi promulgada a primeira Constituição brasileira, e, mais precisamente em seu artigo 179, inciso 32, foi garantido a todos os cidadãos e cidadãs a escola primária gratuita. Vejamos: “Art. 179, inciso 32: A instrução primária é gratuita para todos os cidadãos.”(Constituição Política do Império do Brasil, 1824).

Nesse ínterim, o Ato Adicional, criado com a Lei 16 (doze de agosto de 1834), dissolveu o Conselho de Estado e criou as assembleias legislativas provinciais. Fato este que assegurou maior autonomia na seara educacional, cuja consequência foi o pertencimento da educação primária e secundária à administração das províncias, sendo que o monopólio do ensino superior e a educação da Corte (RJ) era atinente ao exercício governante da União.

Assim sendo, com o advento do ato supracitado surgiram dois sistemas de ensino secundários paralelos, quais sejam, o sistema regular e o irregular. O primeiro era ofertado pelo Colégio de Pedro II (localizado no Rio de Janeiro, e fundado pelo Ministro Bernardo Pereira Vasconcelos), não oferecendo a possibilidade de ingresso no curso superior; e, em contrapartida, o segundo modelo possuía cursos que tinham o intuito de preparar o discente para o ingresso no ensino superior.

Todavia, o próprio Colégio Pedro II, no final do Império, possuía como maioria dos alunos a elite do país, e por isso decidiu adotar os cursos avulsos, ou seja, aqueles que tinham frequência livre e avaliações parceladas, no entanto, sua duração era de um lapso temporal de sete anos. (PILETTI, 1990).

Ademais, com a primeira República alguns questionamentos aconteceram em reação à educação no Brasil, tais como a competência para legislar; a forma como era ofertada; seus conteúdos; dentre outros pontos, posto que os discursos levantados eram os que se baseavam nos princípios da federação, democracia, convivência social, progresso econômico e independência cultural.

Cumpre ressaltar que as duas primeiras faculdades de Direito do país surgiram em onze de agosto de 1827, uma em São Paulo (Largo de São Francisco) e outra em Olinda, onde a família real se instalou e desejava o ensino jurídico como nível superior.

Surgiu, então, a segunda Constituição do Brasil, no ano de 1891. Esta, foi incisiva quanto à competência para o fornecimento da educação.

A Cosntituição Republicana de 1891, adotando o modelo federal, preocupou-se em discriminar a competência legislativa da União e dos Estados em matéria educacional. Coube à União legislar sobre o ensino superior enquanto aos Estados competia legislar sobre ensino secundário e primário, embora tanto a União quanto os Estados pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário. Rompendo com a adoção de uma religião oficial, determinou a laicização do ensino nos estabelecimentos públicos. (RAPOSO, 2005, p. 02).

Por conseguinte, na década de 20 iniciou-se uma grande crise econômica, que originou-se em 1929 com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, fato que causou grande repercussão econômica mundial, inclusive no Brasil, uma vez que a economia brasileira da época baseava-se, principalmente, no cultivo e exportação do café, que consequentemente teve sua venda reduzida, o que, por fim, gerou a Grande Depressão de 1930.

Ao par disso, durante a Segunda Guerra Mundial, o Brasil tentou manter-se neutro, uma vez que seu regime ditatorial mantinha estrita semelhança com a Alemanha e a Itália, os quais, por sua vez, adotavam o regime do nazi-fascismo. Assim, estabeleceu-se um governo que deveria controlar todos os setores da sociedade.

No entanto, em virtude, principalmente, do torpedeamento dos navios mercantes brasileiros por submarinos alemães, o Brasil se aliou contra as forças do “eixo” (Alemanha, Japão e Itália) e iniciou sua participação na Segunda Guerra Mundial, o que ocasionou crescimento de sua dívida externa, em

virtude de inúmeros empréstimos realizados com a finalidade de aquisição de equipamento bélico.

Em referido período ocorreu a inserção do Brasil no mundo capitalista, onde se exigiu e exige-se mão-de-obra mais qualificada para atender às demandas mercantis da sociedade, e, para tanto, mister se faz o investimentos em cursos para produção de trabalhadores capacitados.

Não existia convivência social saudável, vez que os trabalhadores e a classe média-baixa eram (são) oprimidas pelos soberanos, e, com isso, o café sofreu crise financeira, impedindo o progresso almejado pelos cafeeiros.

Não obstante, a partir dessa data (1930), alguns direitos foram adquiridos/reconhecidos pela população, tais como voto aos maiores de dezoito anos e de ambos os sexos; a jornada de trabalho passou a ser de oito horas diárias; as férias eram remuneradas e existia um salário mínimo. Na seara educacional, ou seja, nesse período temporal, foi criado o primeiro Ministério da Educação e da Saúde Pública.

Já em 1931, mais precisamente em 11 de abril, entrou em vigor o Decreto n.º 19.850, que instituiu o Conselho Nacional da Educação (PNE) e os Conselhos Estaduais da Educação (CEE). Aquele disciplinava a educação a partir de normas gerais, enquanto estes a despeito da educação regional de cada Estado-membro. Entretanto, começaram a atuar apenas no ano de 1934 (ARANHA, 1996).

Nesse sentido, referido ensino elementar cuidou da instrução moral, religiosa, leitura, escrita, noções de gramática, aritmética e pesos e medidas, enquanto que no ensino superior eram inseridas dez disciplinas desenvolvidas a partir do ensino elementar.

Sabe-se que no fim do século XIX tentou-se implementar o ideal da Escola Nova, a qual se inspirava nos ideais político-filosóficos de igualdade entre os sujeitos e o direito à educação para todos, com o intuito de diminuir as desigualdades sociais existentes. (PILETTI, 1990).

Porém, tal movimento somente ganhou impulso na década de 30, quando ocorreu a divulgação do Manifesto da Escola Nova, que, por sua vez, defendia a universalização da escola pública, afirmando, ainda, que deveria ser laica e gratuita.

Posteriormente, na Era Vargas, foram promulgadas duas Constituições Federais. A primeira foi em 1934, dispondo em seu texto, pela primeira vez, que a educação seria direito de todos, e que os responsáveis por sua efetivação era a família e os entes públicos; manteve a estrutura em que a União era responsável pela manutenção do ensino superior e secundário, estabelecendo regras gerais nacionais; instituiu o Plano Nacional da Educação, em que afirmava ser o ensino fundamental obrigatório e gratuito a todos; e o ensino religioso de presença facultativa aos discentes. (BRASIL, Constituição Federal, 1934).

Contudo, após este avanço, no ano de 1937, Getúlio Vargas, com a decretação do Estado Novo, instaurou-se uma Constituição autoritária, conhecida também como Polaca (pois baseou-se na Constituição da Polônia), a qual barrou o avanço da educação brasileira, pois o controle da educação encontrava-se, apenas, nas mãos do Estado. (CARNEIRO, 2009).

Assim sendo, referida Constituição retrocedeu a educação brasileira, uma vez que o Presidente detinha poderes irrestritos para ratificar, ou não, os candidatos eleitos; conceder aposentadorias, ou não, aos funcionários; abolir os direitos assegurados pela Constituição; e instituir Decretos-lei.

Deste modo, referido texto constitucional não fez menção à gratuidade do ensino subsequente ao ensino primário, sendo que o ente público passou a fixar metas no ensino pré-vocacional e profissionalizante.

Percebe-se que referida Carta Magna retirou a obrigação do Estado em prover a educação gratuita; ao contrário, afere-se o entendimento de que o governo queria que os mais abastados financeiramente arcassem com o ensino dos hipossuficientes. Instituiu-se o ensino público ou privado aos ricos, enquanto a população economicamente vulnerável ficou sem acesso a esses sistemas, restando a esta o ensino profissionalizante. Ensino este que foi evidenciado no artigo 129, do mesmo dispositivo legal. (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937).

Posto isso, em 1942, o Ministro Gustavo Capanema reformou alguns ramos do ensino, sendo tais reformas conhecidas como Leis Orgânicas. Entre tais mudanças foi criado o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), que valorizava o ensino profissionalizante.

Entretanto, em 1946, ocorreu a promulgação de uma nova Constituição liberal e democrata, donde se fixou a obrigatoriedade do ensino primário e o Estado era o responsável para legislar sobre a educação brasileira, fazendo, ainda, voltar a vigorar o princípio da educação para todos: “Art. 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

Deste modo, a presente Constituição restabeleceu os princípios vigentes na Carta de 1934, onde se assegurava o ensino a todos, ministrado em casa e na escola. Já o ensino primário voltou a ser gratuito, no entanto, o ulterior somente

seria sem custo para aqueles que comprovassem a falta ou ineficiência de recursos. (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946).

Após treze anos de discussão, em 1961, criou-se a Lei de diretrizes e Bases da Educação (LDB), possuindo o número 4.024, que, por sua vez, fixava os objetivos da educação; as estruturas; conteúdos curriculares; disciplinas obrigatórias; dentre outros pontos.

Cumpramos ressaltar que a divisão do ensino, fixada pela LDB, era elaborada de forma que a educação pré-primária era apenas para crianças com menos de sete anos (maternais ou jardins de infância); o ensino primário era de, no mínimo, quatro séries anuais para crianças a partir dos sete anos; já o ensino médio tinha o ginásio ou colegial (quatro anos), que hoje é conhecido como ensino médio; e por fim, o ensino superior, que possuía cursos de graduação, pós-graduação, aperfeiçoamento e extensão. (PILETTI, 1990).

Referido período foi propulsor de inúmeras lutas em busca de melhorias da educação, e dentre as principais pode-se citar a Campanha de Educação de Adultos (1947), encabeçada pelo professor Lourenço Filho que visava o preparo da mão-de-obra alfabetizada; o Movimento de Educação de Base (1961-1965), financiado pelo Governo Federal, que promovia a educação à distância por meio do rádio; e o Programa Nacional de Alfabetização (1964) que, por sua vez, deu origem à campanha contra o analfabetismo.

Encabeçado por Paulo Freire, o Programa Nacional de Alfabetização (1964) visava à alfabetização de adultos, possuindo como lema: “A leitura do mundo precede à leitura da palavra” (SOUZA, 2009, p. 01). Fato este que permite dizer que a leitura da palavra somente possui significado quando precedida da leitura individual do interior, dos olhares sob o mundo, cheiros, gestos, gostos, sentimentos, valores, e tudo o que existe na bagagem cultural.

Nessa seara, no ano de 1964 aconteceu o Golpe Militar (foi instaurada a Ditadura Militar), interditando o governo de João Belchior Marques (Jango), que destruiu todas as políticas de tentativa de melhoria educacional. Professores foram demitidos e presos, estudantes feridos, presos e alguns mortos, e ainda, Universidades foram invadidas e queimadas. (ARANHA, 1996, p. 24).

No ano em comento, em nove de novembro, foi intitulada a Lei Suplicy de Lacerda, que, por sua vez, tentou extinguir os movimentos estudantis, substituindo a União Nacional dos Estudantes (UNE) pelo diretório Nacional dos Estudantes. Não obstante, havia proibição de reunião quanto aos problemas educacionais da época.

Em referida época fora publicado o Decreto-lei n. 477 (23 de fevereiro de 1969), que fez com que os alunos e professores não se manifestassem por meio da censura, sendo instituído o vestibular classificatório, pois o governo precisava controlar o número de pessoas na Universidade. (PINTO, 2009).

As vagas em Universidades públicas eram limitadas, sendo que diversos jovens eram aprovados nos vestibulares, mas não conseguiam crusar, pois não existiam vagas. Posto isso, o Governo Federal não disponibilizou mais vagas em redes públicas superiores, mas realizou a Reforma Universitária (1968), que criou o vestibular classificatório.

Posteriormente, no ano de 1971, com a implementação do Regime Militar no governo de Emílio Garrastazu Médici, a presente LDB que até então era liberal, sofreu mudanças. Passou a conter oitenta e oito artigos e tinha como principais características a inclusão da disciplina de moral, ética, educação artística e o ensino religioso facultativo na grade curricular; o ano letivo passou a ter duzentos dias; a obrigatoriedade do ensino primário de primeiro grau dos sete aos quatorze anos; o ensino supletivo à distância passou a ser permitido;

e os municípios deveriam implementar 20% do seu orçamento na educação, enquanto em relação à União e aos Municípios nada foi previsto.

Entende-se que referida alteração da lei surgiu com a finalidade de transformar o ensino do segundo grau de forma obrigatória, tecnicista, onde os estudantes saíam da escola e inseriam-se diretamente no mercado de trabalho, o que, por sua vez, tornaria a procura por Universidades públicas cada vez menor.

Compreende-se que o interesse do Estado era o de aumentar a mão-de-obra, a fim de colocar o Brasil dentre os países de primeiro mundo, uma vez que o governo havia anunciado seu mandato como a “Era dos Milagres”. Nessa esteira de pensamento, no fim do Regime Militar a discussão sobre as questões educacionais já haviam perdido seu sentido pedagógico e assumido um caráter político.

Na primeira eleição pós-militarismo (1985), as últimas esperanças do povo quanto à melhoria da educação foram extirpadas, uma vez que a população pedia as “Diretas Já”, com o intuito de empossar o seu representante democrata.

Nesse contexto, o Código Eleitoral (grupo formado por eleitores com o intuito de eleger alguém) elegeu em 15 de janeiro de 1985, como Presidente da República Federativa do Brasil, Tancredo de Almeida Neves. Todavia, antes de tomar posse veio a falecer e assim assumiu o seu lugar José Sarney, que permaneceu no poder até 1990.

Durante esse período histórico, em 1988, houve a promulgação da, até atual vigente, Carta Magna, que trouxe em seu bojo alterações no quesito educacional. Assim, a primeira alteração pairou na responsabilidade de prover a educação, donde esta passou a pertencer ao Estado, família e sociedade, pos-

suindo como princípios a igualdade, liberdade, pluralismo, gratuidade, valorização do educador, gestão democrática e qualidade do ensino.

Nesse novo modelo constitucional o Estado deveria atender aos estudantes, fornecendo ensino gratuito e obrigatório, que atendesse às necessidades das pessoas com deficiência física, psíquica, etc., e às crianças de zero a seis anos. Estabeleceu-se, também, repasse mínimo de verbas federais (no mínimo, anualmente, 18%), estaduais e municipais (no mínimo, anualmente, 25%) à educação, arrecadadas da receita resultante de impostos (Art. 21, Constituição Federal de 1988).

Assim sendo, com a promulgação da nova Constituição Federal, 1988, a vigente LDB, de 1961, foi considerada desatualizada diante dos novos preceitos constitucionais. Todavia, somente em 1996 os debates acerca da nova Lei de Diretrizes educacionais foram concluídos.

Assim, o Presidente Fernando Henrique Cardoso, juntamente com o Ministro da educação Paulo Renato, no dia vinte de dezembro de 1996, estabeleceu as novas diretrizes para a educação brasileira. Referida Lei, por sua vez, tem como fundamento o direito à educação para todos; introduziu em seu texto a educação infantil na educação básica, dentre outras alterações.

As principais características da atual LDB residem no fato de que: o ensino fundamental é obrigatório e gratuito a todos; a carga horária da educação básica deve ser de 800 horas para 200 dias letivos; os professores da educação básica devem ter formação de nível superior; a União deve aplicar 18% de sua receita na educação, enquanto os Estados e os Municípios 25%; e conhece a criação do Plano Nacional da Educação (PNE).

Vale dizer que a educação, de acordo com a nova LDB, visa gerar competências que permitam ao docente um saber o que fazer, e não apenas um

saber-fazer, donde deverá repensar acerca do termo educação. (PACIEVITCH, 2012).

Já no ano de 2003 aconteceu, efetivamente, a reforma universitária que possuía como foco a comercialização da educação, visando a atender aos objetivos do Banco Mundial e do fundo Monetário Internacional (FMI), não primando pela quantidade/qualidade do ensino.

Assim, as faculdades privadas deveriam receber verbas para oferecerem cursos gratuitos, sendo que o ensino à distância ganhou novos olhares, uma vez que a demanda pecuniária para sua manutenção seria menor.

Nesse contexto, o governo utilizou-se de dois pilares de sustentação para a reforma; o primeiro se fundamentou no sentido de que a Universidade ganharia autonomia para capturar verbas do setor privado para seu custeio; enquanto que o segundo pautava-se no fato de o poder estatal ajudar as instituições públicas de ensino superior no corte de gastos desnecessários, buscando, assim, seu financiamento privado.

Tal reforma fora proposta pelo Banco Mundial, o que, por sua vez, evidencia o cunho, ou seja, mercantilidade educativa. Posto isso, fixaram-se olhares em vendas de cursos superiores como simples mercadorias, atuando as instituições, algumas, de maneira tecnicista quanto à formação do discente para o mercado de trabalho.

Dessa forma, debate-se o real papel funcional do Estado frente à educação, podendo-se interpretar que a autonomia, assegurada pelo artigo 207 da Constituição Federal de 1988, torna-se pouco plausível, vez que os estabelecimentos fornecedores de educação superior acabam por submeter-se ao mercado de trabalho e às empresas privadas.

Diante do acima exposto, pode-se observar que, segundo o material analisado, a educação brasileira é constituída por rupturas visíveis, onde cada época histórica teve suas peculiaridades. Contudo, percebe-se que com essas inúmeras protusões educacionais, surgiram propostas escolares ineficazes, e que pouco contribuíram para a melhoria qualitativa da educação ofertada gratuitamente. Posto isso, a tendência nacional quanto à educação é a oferta de cursos técnicos, posto que o mercado de trabalho demande, em sua maioria, habilidade e destreza física e não desenvolvimento do senso crítico e reflexivo do aluno.

Por fim, vale dizer que diversas pessoas reconhecem o Brasil como um dos países que vem caminhando, economicamente, para uma ascensão e a consequente redistribuição de renda, mesmo que em estágio dificultoso. Entretanto, para que se atinja esse nível, é preciso que haja o investimento na produção laboral, o que é permitido a partir de uma educação consolidada.

Ademais, o ensino emancipatório pode ser capaz de desconstruir a visão deturpada da educação fornecida e exigida pela iniciativa privada, qual seja a formação de cidadãos meros reprodutores de algo que outrora fora visto em sala de aula. É preciso que o discente torne-se crítico-reflexivo da realidade que o circunda, e por si chegue às melhores conclusões diante da realidade que lhe é apresentada.

Considerações Finais

Por todo o apresentado até o momento, pode-se dizer que a questão referente à educação se fez presente desde a chegada dos padres Jesuítas ao solo brasileiro, sendo que, em tal período, a educação fornecida era voltada estritamente para o cunho religioso, visto que havia o intuito da colonização pela coroa e inserção dos sujeitos como uma extensão de dominação e ocupação territorial.

Marquês de Pombal expulsou referidos padres com o que se conhece como Reforma Pombalina, a qual possuiu o intuito de demonstrar que antes de haver dedicação à educação, os povos deveriam dedicar suas vidas à Coroa Imperial.

Deste modo, com a promulgação da Independência, a educação passou a ser vista como um direito assegurado a todos os cidadãos, enquanto a escola primária era gratuita e obrigatória. Nesse contexto, surgiu a ideia de educação profissional, momento em que transitava por um período capitalista, onde era necessária mão-de-obra qualificada, e, para tanto, mister se fez o investimento na educação tecnicista dos povos.

Verifica-se, então, que os entes públicos não concederam olhares mais afetuosos à qualidade da educação em todo transcorrer histórico, eximindo-se da responsabilidade referente a esse setor, e, por isso, ampliou a possibilidade de implementação de escolas e universidades particulares, pois se o cidadão busca um ensino de qualidade, é preciso contratar entidades particulares, posto que o ofertado publicamente acaba, na maioria dos casos, por se tornar irrisório diante daquilo que se precisa compreender para emancipar.

Em última análise, nota-se que durante toda a história da educação no Brasil, mudanças significativas aconteceram em relação à proteção desse direito fundamental, intransmissível, inalienável e impenhorável. Como dito outrora, referido direito é assegurado a todos pela Carta Magna, entretanto, não se prioriza a qualidade de seu fornecimento, mas sim o número em que é fornecido. Formam-se profissionais, na maioria dos casos, repetitivos de técnicas expostas em diferentes níveis de ensino.

Para que referido quadro seja revertido, necessário se faz, por exemplo, um treinamento mais eficaz dos docentes; investimento em infra-estrutura

educativa que assegure o mínimo de um ambiente saudável; maiores salários aos professores; fiscalização dos recursos educacionais; ampliação das verbas destinadas ao ensino; maior autonomia docente; incentivo a programas de assistência social e psicológica para acompanhamento dos docentes, discentes e famílias; dentre outros fatores, haja vista que, se as migalhas destinadas à educação fossem reestruturadas, talvez houvesse progresso social capaz de dirimir ou atenuar a situação caótica em que os brasileiros se encontram.

Referências

ALMEIDA FILHO, Naomar de. **Universidade Nova: Textos críticos e esperançosos**. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, Salvador, EDUFBA, 2007.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda. **História da Educação**. 2ª edição. São Paulo-SP: Moderna, 1996.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Texto promulgado em 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 12 abr. 2023.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Texto promulgado em 16 de julho de 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 12 abr. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições. 2006.

CASTANHA, André Paulo. **A INTRODUÇÃO DO MÉTODO LANCASTER NO BRASIL: HISTÓRIA E HISTORIOGRAFIA**. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1257/12>>. Acesso em: 12 abr. 2023.

CRETELLA, Júnior José. **Comentários à Constituição de 1988**. VIII Volume. Rio de Janeiro-RJ: Forense Universitária. 1993.

FÁVERO, Maria. **A universidade no Brasil: das origens à Reforma Universitária de 1968**. Educar: Editora UFPR Curitiba, n.28, p.17-36, 2006.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. 7º Volume. São Paulo-SP: Saraiva, 1995.

FONTOURA, Amaral. **Diretrizes e Bases da Educação Nacional: Introdução, Crítica, Comentários e Interpretação**. Rio de Janeiro-RJ: Gráfica Editora Aurora, 1968.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 4ª edição – São Paulo: Atlas, 2004.

MUNIZ, Regina Maria F. **O Direito à Educação**. Rio de Janeiro-RJ: Renovar, 2002.

NISKIER, Arnaldo. **Educação brasileira: 500 anos de História, 1500-2000**. São Paulo: Melhoramentos, 1989.

PILETTI, Claudino. PILETTI, Nelson. **História da Educação**. São Paulo-SP: Editora Ática, 1990.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos. **História da Educação Brasileira**. 17ª edição. Campinas-SP: Autores Associados. 2001.



O PAPEL DA MÍDIA TELEVISIVA NO DISCURSO DOS DIREITOS HUMANOS: E O DESRESPEITO A DIGNIDADE HUMANA

Marden Reis de Abreu

Alessandro Rezende

Maurides Macêdo

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-5

Resumo: O presente trabalho discute se a mídia televisiva brasileira viola os direitos humanos a partir de programas com conteúdos discriminatórios e que atentam contra grupos socialmente vulneráveis, atingindo os princípios fundamentais da pessoa humana. Ao mesmo tempo em que a mídia televisiva no país representa um espaço democrático com capacidade de formar valores, propagar ideias e influenciar comportamentos de respeito a direitos humanos, também reproduz e legitima violações desses direitos, fortalecendo, assim, a constituição de uma sociedade baseada no preconceito e na opressão. O estudo se concentra na incansável busca pelo respeito à dignidade humana, apoiado em consagrados pensadores como Immanuel Kant e Hannah Arendt. Metodologicamente, utilizaram-se pesquisa bibliográfica e análise de alguns processos do Ministério Público Federal.

Palavras-chave: Direitos humanos; Dignidade humana; Mídia televisiva.

Introdução

Os direitos humanos são uma conquista histórica da humanidade, consagrados internacionalmente para a proteção, a garantia e o respeito à pessoa humana. Esses direitos surgem a partir da formação do Estado moderno e da mudança das relações dos direitos do cidadão em face do Estado. As lutas por liberdade contra regimes e governos opressores que dominavam o mundo ocidental daquela época impulsionaram o reconhecimento de garantias individuais e coletivas da pessoa humana. Esses e outros direitos considerados fundamentais à pessoa humana resultam dos três princípios consagrados pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (COMPARATO, 2019).

Por assinalar a fase de internacionalização dos direitos humanos e interferir na elaboração de dezenas de tratados e convenções, a Declaração dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pelas Nações Unidas (ONU), é um marco na história da luta pela efetivação dos direitos humanos em todo o mundo. Inicia-se, nesse período, a luta universal contra a opressão e a violação de direitos da pessoa humana.

Uma das questões importantes nos debates sobre direitos humanos é, sem dúvida, o papel desempenhado pelos meios de comunicação, em especial, a mídia televisiva. De acordo com o artigo 19, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.

Esse documento representa o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade (ou solidariedade) entre todos os seres

humanos e está consignado em seu art. 1º, que anuncia que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.¹

No Brasil, os meios de comunicação têm se revelado como instrumento de violação a direitos humanos. Não existem na programação televisiva brasileira debates e campanhas educativas de direitos humanos que incentivem mudanças no comportamento a fim de combater a discriminação, o racismo ou a violência aos grupos de gêneros. Necessitamos de políticas públicas de direitos humanos que multipliquem a paz e a valorização da diversidade.

Se perguntássemos às pessoas na rua: “O que são os direitos humanos?”, com certeza obteríamos diferentes respostas. Algumas delas apontariam para o direito à liberdade de expressão e de crença e talvez mais um ou dois direitos, mas a grande maioria teria dificuldades em definir o que são esses direitos. A ausência de políticas públicas de conscientização e educação de direitos humanos na sociedade contribui para a desinformação quanto à aplicação e à universalidade desses direitos.

O presente trabalho analisa os efeitos da mídia televisiva no discurso dos direitos humanos. A partir de sua programação, pretende investigar se direitos humanos fundamentais estão sendo violados. Ao mesmo tempo em que a mídia televisiva no país representa um espaço democrático com capacidade de formar valores, propagar ideias e influenciar comportamentos de respeito a direitos humanos, também reproduz e legitima violações desses direitos, fortalecendo, assim, a constituição de uma sociedade baseada no preconceito e na opressão.²

2 Mídia e Direitos Humanos, um debate necessário. Coordenação do Ciclo de Formação Mídia e Educação em Direitos Humanos. Disponível em: www.cartacapital.com.br. Acesso em: 26 jul. 2017.

O estudo se concentra na incansável busca pelo respeito à dignidade humana apoiado em consagrados pensadores como Immanuel Kant e Hannah Arendt.

A Dignidade Humana e a Fragilidade Humana

A dignidade da pessoa humana compreende o reconhecimento de que cada ser humano é singular, imprevisível e livre e, paradoxalmente, diferente e simultaneamente igual aos demais homens com que convive no ambiente de pluralidades. Conferir um significado à noção de dignidade da pessoa humana é tarefa das mais complexas (ANDORNO, Roberto. 2009) e, aliás, como ressalta Ingo Wolfgang Sarlet (1988), alguns autores questionam a viabilidade de se alcançar algum conceito realmente satisfatório.³ Em razão da fragilidade humana, se faz necessária a proteção da integridade física e psíquica de cada ser humano (ARENDT, Hannah. 2007).

Foi por meio da filosofia de Kant que o conceito de dignidade humana começou a percorrer novos rumos, ao destacar que a filosofia deve responder a quatro questões fundamentais, sendo elas: o que posso saber? Como devo agir? O que posso esperar? O que é o ser humano? Para a filosofia kantiana, o homem é apontado como um ser racional e que tem a sua existência como um fim e não como um meio, o que o difere de outros seres desprovidos de razão (REIS, H. E.. 2013). Logo, tendo em vista essa condição de ser racional comum a todos os seres humanos, é que o homem pode ser chamado de pessoa humana (COTRIM, 2003).

Kant, ao enfatizar:

que a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, não sendo passível de ser substituído por algo equivalente, conclui que a

3 Para Ingo Sarlet (1988, p. 38), a dificuldade decorre da circunstância de se tratar de um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado por ambiguidade e porosidade, além da sua natureza polissêmica. O autor também atribui a dificuldade, ao fato de a dignidade da pessoa ser uma qualidade inerente a todo e qualquer ser humano, o que, em face de sua abertura, não contribui para uma compreensão satisfatória sobre o âmbito da proteção da dignidade.

dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais. Por consequência, é absolutamente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, motivo pelo qual apenas os seres humanos se revestem dessa virtude (KANT, 1980, p. 57).

Segundo Rosas (2008), a partir da modernidade, o conceito de dignidade foi substituído pela perspectiva teológica de atribuição da igualdade, característica da racionalidade e da moralidade. Nota-se que uma determinada posição social, antes reservada a alguns, foi estendida a todos. Por isso, se passou a dizer que os cidadãos, no seu conjunto, ou todos os seres humanos têm especial dignidade e que todos são dela merecedores, em razão de sermos seres com iguais características.

Pode-se dizer que a dignidade é uma característica social e política atribuída a um conjunto de indivíduos da mesma espécie que se encontram dentro de um determinado círculo, ainda que eles possam não ser iguais em muitos outros aspectos.⁴

Logo, incluir o discurso de direitos humanos nos dias atuais não é tarefa nada fácil, mesmo com todo o aparato normativo legitimando e garantindo esses direitos à pessoa humana. Ainda assim, há evidências de flagrantes de violência cometida contra a dignidade humana.

A Mídia e Casos de Desrespeito à Dignidade Humana

A utilização de termos discriminatórios contra homossexuais, a incitação à violência contra adolescentes que cometem atos infracionais e a disseminação de termos preconceituosos contra grupos socialmente vulneráveis são alguns exemplos de violações a direitos humanos decorrentes da programação televisiva no Brasil.

⁴ A ideia de propriedade como “propriedade de base” é tratada de uma forma peculiar por John Rawls em *Uma teoria da justiça* (RAWLS, 1972, seção 77).

Segundo pesquisa da Fundação Perseu Abramo,⁵ existem dois tipos de programas televisivos campeões de violação aos direitos humanos: os programas de auditório, que exploram conflitos pessoais e abusam da exposição das mazelas de pessoas em situação de vulnerabilidade psicológica e social, e os programas policiais, que violam direitos de crianças e adolescentes, criminalizam a pobreza, invadem domicílios e desrespeitam, de todas as formas, a dignidade humana⁶

Vejamos o caso da cantora Ludmilla, na TV Record:

O Ministério Público Federal do Distrito Federal ingressou com pedido de liminar que obriga a TV Record a incluir na programação conteúdos voltados ao combate à discriminação racial. O pedido tem como propósito garantir a reparação de dano moral coletivo causado pelo apresentador Marcos Paulo Ribeiro de Moraes. Durante a edição do programa “Balanço Geral DF”, o apresentador se referiu à cantora Ludmilla como “macaca”. Na ação civil pública, a procuradora da República Ana Carolina Roman pede que a Justiça obrigue a TV Record a exibir, no prazo de 20 dias, programação com conteúdo voltado à antidiscriminação, à igualdade racial e à herança cultural e à participação da população negra na História do país, cabendo à própria emissora arcar com os custos necessários para a produção e edição das matérias. A preocupação em coibir violações de direitos humanos nos meios de comunicação não se restringe ao Ministério Público.⁷

Outro caso se refere à exibição de imagens de presos à imprensa em Alagoas, que resultou também em Ação Civil Pública. Destacamos que:

No último dia 24 de março, por meio de Ação Civil Pública impetrada pela Defensoria Pública, a Justiça de Alagoas proibiu que agentes públicos do estado disponham do direito à imagem de presos e os apresentem à im-

5 A Fundação Perseu Abramo foi inaugurada pelo Partido dos Trabalhadores no dia 5 de maio de 1996. É um espaço criado fora das instâncias partidárias, para o desenvolvimento de atividades como as de reflexão política e ideológica, de promoção de debates, estudos e pesquisas, com a abrangência, a pluralidade de opiniões e a isenção de ideias preconcebidas que, dificilmente, podem ser desenvolvidas nos embates do dia a dia de um partido político. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/>. Acesso em: 3 ago. 2018.

6 Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/midia-e-direitos-humanos-um-debate-necessario>

7 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/informativos/edicoes-2017/abril/110417/>. Acesso em: 3 ago. 2018.

prensa. O objetivo é garantir a preservação tanto de pessoas já condenadas quanto daquelas em situação provisória, além de evitar a exploração sensacionalista por parte da imprensa.⁸

A fim de contribuir para a atuação do Ministério Público Federal na matéria, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão do Ministério Público Federal (PFDC/MPF) encaminhou às procuradorias da República de dez estados brasileiros dados coletados por um estudo que identifica violações de direitos humanos em programas de rádio e TV em cidades brasileiras. A pesquisa foi realizada pela ANDI Comunicação e Direitos e contou com apoio da PFDC – Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão. O monitoramento foi realizado junto a 28 programas “políciaescos” de rádio e televisão, por 30 dias, e revelou a ocorrência de 4.500 violações de direitos e 15.761 infrações a leis brasileiras e a acordos multilaterais ratificados pelo Brasil.^{9 10}

Foram realizadas reuniões com instituições do poder público e da sociedade civil para debater a possibilidade de alterar a regulamentação que trata das violações de direitos humanos em programas de rádio e televisão, bem como os tipos de sanções previstas. Também foi disponibilizada uma ferramenta eletrônica lançada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC) que busca auxiliar a atuação do Ministério Público Federal na defesa do direito à comunicação. O “Ministério Público pelo Direito à Comunicação (MPDCom)” é um banco de informações online que reúne marcos legais na área, modelos de atuação judicial e extrajudicial, estudos e atividades de interesse no Brasil”.¹¹

8 Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/abril/110417/>. Acesso em: 3 ago. 2018.

9 *Violação de direitos humanos nos meios de comunicação*. Matéria veiculada no dia 11 de abril de 2017 no site do Ministério Público (Procuradoria Geral da República). Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/informativos/edicoes-2017/abril/110417/>. Acesso em: 25 jul. 2018.

10 Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/noticias/noticia9.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

11 Disponível em: <http://midia.pgr.mpf.gov.br/pfdc/hotsites/mpdcom/index.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.

Dentre as violações apontadas na pesquisa, podemos destacar: o desrespeito à presunção de inocência; incitação ao crime, à violência, à desobediência às leis ou às decisões judiciais; exposição indevida de pessoas e famílias; discurso de ódio e preconceito; identificação de adolescentes em conflito com a lei; violação do direito ao silêncio; tortura psicológica e tratamento desumano ou degradante. Segundo a Procuradoria da República, o Ministério Público Federal desses estados já instaurou procedimentos para analisar a violação aos direitos humanos.

Há hipóteses de que direitos fundamentais¹² estão sendo desrespeitados, ferindo o princípio da dignidade humana. Constatase que, no Brasil, programas televisivos que buscam audiência a qualquer preço e de forma abusiva e ou arbitrária violam o princípio da dignidade humana, em particular programas de conteúdos discriminatórios e que atentam contra grupos socialmente vulneráveis.

Se, por um lado, temos o direito à informação, por outro, temos os direitos da personalidade, contemplados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 e também as normas mais gerais, o artigo 5º, X, da Constituição Federal Brasileira de 1988, segundo o qual “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.¹³

Podemos entender esse fenômeno como uma antinomia, na qual são colocadas em existência duas normas, uma que proíbe e outra que permite. Bobbio ressalta que devemos embasar esses direitos fundamentais e alerta que a

12 Direitos fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nossa “constituição cidadã”, nas palavras de Ulysses Guimarães. Como bem salienta Ingo Wolfgang Sarlet (1988), “traçando um paralelo entre a Constituição de 1988 e o direito constitucional positivo anterior, constata-se, já numa primeira leitura, a existência de algumas inovações de significativa importância na seara dos direitos fundamentais”.

13 Texto do Novo Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 3 out. 2018.

história não é uma repetição de fatos, como querem alguns, e que o homem pode transformar e construir sua realidade através do respeito aos direitos humanos (BOBBIO, 2002).

A capacidade humana de pensar, aprender com a experiência e a observação, e de transmitir esse aprendizado, torna-se campo fértil para a proliferação de estereótipos, de “verdades” estereotipadas e distorções. Segundo Santos, o senso comum é “um pensamento necessariamente conservador e fixista” (SANTOS, 1989, p. 32). Faz com que sejam aceitas estruturas discriminatórias e preconceituosas como inerentes à natureza humana e não se perceba que aquilo que parece ser uma verdade consolidada foi construído ao longo da história com apoio das manifestações que se alimentam (e se retroalimentam) dessas distorções.

Por meio desses questionamentos, passou-se a desenvolver um exame crítico da razão, tendo por finalidade a investigação das condições nas quais se dá o conhecimento humano. Segundo Kant, no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr no lugar dela qualquer outra equivalente, mas, quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então, ela tem dignidade (KANT, 1980).

Não restam dúvidas de que programas televisivos que apresentam conteúdos discriminatórios e que atentam contra grupos socialmente vulneráveis na sua programação violam valores éticos e morais da pessoa humana. Ademais, grande parte das empresas e dos grupos midiáticos se respalda nos direitos à informação e à liberdade de imprensa para impor sobre as massas aquilo que mais lhes interessa, mais vende, mais chama a atenção, mesmo que para isso tenham que desrespeitar o direito do outro e sua dignidade (KELLNER, 2001, p. 11-12).

Assevera Kant que o mal pode ter a sua origem nas faculdades racionais que fazem do homem um ser livre e não nos instintos ou na natureza pecaminosa que este vivencia. Por isso, o mal não tem dimensão ontológica, mas sim contingencial, disseminando-se por meio da interação e da reação do desejo espiritual humano quanto às suas circunstâncias (KANT, APUD ARENDT, Hannah, 1989).

Nesse sentido, a atuação da mídia televisiva de forma a criar ou difundir estereótipos, preconceitos sobre negros, mulheres, homossexuais, árabes e grupos discriminados resulta no aprisionamento das liberdades humanas. Há evidências que programas de entretenimento no Brasil fazem a apologia do mal contra grupos marginalizados e vulneráveis da sociedade, ferindo a sua dignidade humana.

Essa violência explícita da mídia, que antes estava contida em programas denominados sensacionalistas, hoje se expandiu na internet. Estudos sobre os efeitos da violência na televisão são realizados desde o começo do século XX e as opiniões se dividem. Por um lado, estudiosos defendem que os meios de comunicação, principalmente pela violência exibida por eles, são capazes de influenciar o comportamento das pessoas.¹⁴

O teórico húngaro radicado nos Estados Unidos George Gerbner propôs a Teoria da Cultivação. De acordo com essa teoria, o tempo de exposição de uma pessoa à violência na mídia pode influenciar sua percepção da realidade (GERBNER, 1998).

Os efeitos do excesso de violência na mídia são estudados também pela área da psicologia. O psicólogo Rowell Huesmann (2007), professor do Departamento de Psicologia da Universidade de Michigan, nos Estados Unidos,

¹⁴ Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/mundo/mulher-espancada-em-frente-ao-filho-de-2-anos-em-plena-luz-do-dia-ele-tenta-protege-la-13041408.html>. Acesso em: 27 jun. 2018.

alerta para o risco da exposição exacerbada à violência na mídia para a vida humana.

Uma grave consequência de violência da mídia e do desrespeito a direitos humanos ocorreu em maio de 2014 no estado de São Paulo, quando a dona de casa Fabiane Maria de Jesus foi confundida com uma mulher que estaria raptando crianças para usar em rituais de magia negra. Isso após um “retrato falado” ser publicado na internet. Os moradores do bairro onde morava, em Guarujá, no estado de São Paulo, a espancaram até a morte e filmaram tudo. Quando foi provada a inocência dela, os moradores alegaram inocência, pois o linchamento era algo considerado normal. Após a descoberta de sua inocência, os moradores se defenderam, afirmando que ninguém poderia ser considerado culpado pela morte dela e que o linchamento era visto por eles como algo normal.¹⁵

No episódio envolvendo Fabiane de Jesus, devemos nos perguntar como tais atos puderam ocorrer e como a mídia pode ter influenciado nessa perda de sensibilidade, a ponto de espancar outro ser humano até a morte ser visto como algo normal. Hoje, vemos a expansão da violência em veículos de comunicação, transcendendo os programas sensacionalistas. Vídeos e imagens precedidos de uma tarja com um aviso sobre o teor forte do conteúdo podem ser encontrados com cada vez com mais frequência, principalmente nos portais de notícias *on-line*.

A recorrência do público à mídia como forma de ter seus direitos respeitados é parte do processo de perda de ação política. Conforme Hannah Arendt:

¹⁵ Disponível em: <https://veja.abril.com.br/especiais/linchamento-guaruja-fake-news-boato/>. Acesso em: 27 jun. 2018.

A vida dos povos, segundo Montesquieu, é regida por leis e costumes [...]. As leis estabelecem o âmbito da vida pública política, e os costumes, o âmbito da sociedade. A queda das nações começa com o enfraquecimento da legalidade, seja por abuso do governo no poder, seja porque a autoridade da fonte dessas leis se torna duvidosa e questionável. Nos dois casos, as leis deixam de ser consideradas válidas. Daí resulta que a nação, junto com a “crença” em suas próprias leis, perde a capacidade de ação política responsável; as pessoas deixam de ser cidadãos no sentido pleno do termo. (ARENDT, 1989, p. 338).

Para Hannah Arendt (1989), a compreensão preliminar é o que confere significado ao conhecimento. E o senso comum acabou dando lugar à logicidade, o que Arendt acredita ser uma característica do totalitarismo. A mudança para a lógica causa uma mudança de ideologia e traz consigo ideias deturpadas.

A principal distinção entre lógica e senso comum é que este pressupõe um mundo comum em que todos nós cabemos, onde vivemos juntos porque possuímos um senso que controla e ajusta todos os dados sensoriais estritamente particulares aos de todos os outros; ao passo que a lógica e toda a evidência com que procede ao raciocínio lógico podem alegar uma confiabilidade totalmente independente do mundo e da existência de outras pessoas. (ARENDT, 1989 p. 341).

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º, III).¹⁶ Sem embargo da força vinculante como regra de direito, a dignidade da pessoa humana também desfruta da qualidade de princípio e valor.¹⁷ Ou seja,

16 Com a seguinte redação: Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – A soberania; II – A cidadania; III – A dignidade da pessoa humana; IV – Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- O pluralismo político. Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

17 Para Robert Alexy, tanto as regras quanto os princípios são normas, pois podem ser formulados com o auxílio das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. A diferença entre regras e princípios é que os princípios são mandatos de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus, o que depende das condições reais e jurídicas para sua aplicação, enquanto as regras só podem ser cumpridas ou não (ou seja, são válidas ou não). Em outras palavras, o conflito de regras é antinômico, enquanto os princípios são suscetíveis de ponderação e

ela é padrão deontológico e axiológico de moralidade dentro da comunidade, servindo como fundamento para o desenvolvimento do direito dentro de um padrão moral de justiça, equidade e devido processo legal.

Neste contexto, é relevante a lição de José Afonso da Silva, quando afirma que a dignidade da pessoa humana foi consagrada como o valor supremo que atrai todos os direitos fundamentais, obrigando a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional (SILVA José Afonso da, 2014).

O papel que a mídia deve desempenhar na sociedade é de conscientização da cidadania, a fim de promover a compreensão, a fraternidade, a tolerância, a justiça social e a igualdade. Todos os dias somos surpreendidos com programações que desrespeitam a dignidade humana. Ao invés de a mídia ser um veículo de circulação de informação e formação de opinião, de garantia da efetivação de todos os direitos humanos, verifica-se que ela desrespeita os direitos da dignidade humana e, de um modo geral, tem atuado de maneira criminosa e irresponsável pelos flagrantos de violência, intolerância, desrespeito à pluralidade e à diversidade em sua programação.

Conclusão

Conclui-se que, apesar de os direitos humanos terem resultado da expansão das conquistas sociais e políticas na busca de igualdade e liberdade dos indivíduos, esses direitos, no Brasil, ainda são cotidianamente violados pelos meios de comunicação que, paradoxalmente, resultaram da evolução da hu-

harmonização, sem perder a validade. Os valores, por seu turno, se consubstanciam em noções sobre o que é o bom. Possuem dimensão axiológica, embora também sujeitos à ponderação em sede de direitos fundamentais (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 85-86 e 147).

manidade. A mídia televisiva no país é um espaço democrático que, ao mesmo tempo em que propaga ideias de respeito aos direitos humanos, também viola esses direitos. Numa via de mão dupla, ao mesmo tempo em que promove a construção da conscientização democrática, da informação, da mobilização das massas e da crítica social, também atua de forma abusiva e arbitrária, com programas de conteúdo discriminatório e que atentam contra grupos socialmente vulneráveis, contribuindo para o aumento do preconceito, do racismo, da violência e da discriminação de indivíduos marginalizados e oprimidos.

Portanto, a mídia televisiva, ao desrespeitar os direitos da dignidade humana, ao invés de preservar direitos entendidos como irrenunciáveis, inalienáveis e imprescritíveis, tem atuado de forma criminosa e irresponsável, pelos flagrantes de violência, intolerância e desrespeito aos direitos humanos em sua programação.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDORNO, Roberto. A noção paradoxal de dignidade humana In: *Revista Bioética* 2009 V.17, P 435 – 449.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Traducción de Roberto Raposo. Río de Janeiro: Forense Universitaria, 2007

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CARTA CAPITAL <https://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/midia-e-direitos-humanos-um-debate-necessari>

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL DE 1988. Acessível em <https://www.planalto.gov.br › constituição>

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COTRIM, Gilberto Vieira. *Fundamentos da filosofia: história e grandes temas*. 15. ed., ref. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001-2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ONU, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org › brazil> <https://www.unicef.org › brazil>

GERBNER, Jorge. Análise de cultivo: uma visão geral. *Comunicação de Massa e Sociedade*, v. 1, n. 3-4, 1998, 175-194. <https://doi.org/10.1080/15205436.1998.9677855>

HUESMANN, Rowell L. The impact of eletronic media violence: scientific theory and research. *Journal of Adolescent Health*, n. 41, p. 6-13, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Os pensadores).

KELLNER, Douglas. *A cultura da mídia*. Bauru, SP: Edusc, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 1972. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

REIS, H. E.. A verdade provisória da democracia: uma análise do pensamento ético-político do pensamento de Alexis de Tocqueville. *Revista Polietica*, v. 1, p. 5-24, 2013.

ROSAS, João Cardoso (Org.). *Manual de filosofia política*. Lisboa: Almedina, 2008.

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

SANTOS, Antônio Carlos (Org.). *O outro como problema: o surgimento da tolerância na modernidade*. São Paulo: Alameda, 1989.

SILVA José Afonso da. *Curso De Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2014



DIREITOS COLETIVOS DOS POVOS INDÍGENAS E SISTEMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DISCUSSÕES À LUZ DO PLURALISMO JURÍDICO

Luana Soares

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-6

Resumo: Este trabalho discute em que medida tem se consolidado os avanços à proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas no âmbito global, por meio do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos; e na esfera regional, através do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, à luz do pluralismo jurídico. Assim, é realizada uma análise acerca do pluralismo jurídico e das relações de interlegalidade que possibilitam a discussão dos Direitos Humanos a partir do relativismo cultural, comportando o reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas, bem como a consolidação do método interpretativo dinâmico do juiz interamericano, com base no princípio *pro homine*, voltado à melhoria das

condições e à reparação das violações de direitos vivenciadas pelos povos indígenas em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Povos Indígenas. Pluralismo Jurídico. Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Abstract: This paper discusses where in measure it has consolidated the advances to the Human Rights protection in the area of indigenous people in global scope, by the Global System of Human Rights Protection; and regional scope, by the Interamerican System of Human Rights, in light of juridical pluralism. Thus, is realized an analysis about the juridical pluralism and the interlegality relations that allow the discussion of Human Rights from the cultural relativism, covering the recognition of collective rights of indigenous people, as well as the consolidation of interpretative dynamic method of interamerican judge based on the *pro homine* principle, aimed to improvement better conditions and to repair the violation of rights suffered by indigenous people in vulnerable situations.

Keywords: Human Rights. Indigenous People. Juridical Pluralism. Global System of Human Rights Protection. Interamerican System of Human Rights.

Introdução

A cultura é o fundamento que diferencia os diferentes agentes e grupos sociais, a qual não deve ser compreendida sob o prisma do olhar etnocêntrico, a partir do qual uma determinada cultura é vista como hegemônica.

Nesse sentido, há a ideia do pluralismo jurídico, segundo a qual duas ou mais noções de justiça diferenciadas pelas culturas de cada grupo social podem coexistir, de forma conflituosa ou harmônica, sem que uma seja considerada um modelo padrão em detrimento das demais.

O pluralismo está relacionado diretamente com as relações de interlegalidade, pelas quais há possibilidade de incorporação de novas práticas jurídicas, bem como a resignificação de direitos já reconhecidos.

Assim, a partir desse contexto, é que se pode discutir a elaboração dos instrumentos de proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, destacando-se a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a qual se volta à garantia e proteção especial de direitos coletivos de um grupo em situação de vulnerabilidade.

No que tange ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), é importante analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a qual tem consolidado o método dinâmico de interpretação, por meio do qual se possibilita comportar as culturas diferenciadas destes grupos sociais nos casos levados ao âmbito regional de proteção dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, o presente trabalho analisa a temática a respeito da proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas, nos âmbitos regional e global, a partir da seguinte problemática: em que medida tem se consolidado os avanços à proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, à luz do pluralismo jurídico?

A referida problemática é uma questão importante a ser discutida, em razão das violações dos Direitos Humanos especificamente no contexto de vulnerabilidade vivenciado pelos povos indígenas na América Latina. Assim, se faz necessária a análise acerca do desenvolvimento do discurso sobre os Direitos Humanos com relação a este grupo em situação de vulnerabilidade, no sentido verificar de forma crítica os avanços já conquistados e identificar as dificuldades ainda enfrentadas pelos movimentos indígenas.

O Pluralismo Jurídico e as Relações de Interligalidade

A cultura é o elemento que diferencia de forma equivalente as sociedades entre si, uma vez que esta não deve ser analisada sob o prisma do etnocentrismo que, de acordo com Laraia (2009, p. 73), se fundamenta na crença de que a própria sociedade é o centro da humanidade ou mesmo sua única expressão.

Nesse sentido, as diferentes culturas comportam também distintas sensibilidades jurídicas que se consubstanciam nas noções de justiça a partir do saber local.

A concepção de pluralismo jurídico é o ponto chave para a compreensão de determinadas categorias de análise, como: a diversidade cultural e a autonomia dos grupos vulneráveis. Assim, o pluralismo diz respeito à coexistência de diversas sensibilidades jurídicas diferentes entre si, consideradas válidas e vigentes, senão vejamos:

(...) a noção de que o pensamento jurídico é construído de realidades sociais e não um mero reflexo dessas realidades; a ênfase na tenacidade histórica das sensibilidades jurídicas; a rejeição de uma visão segundo a qual o poder prático do direito resulta do consenso social, a favor de uma que busca significados; a convicção de que o pluralismo jurídico não é uma aberração temporária e sim um elemento central no cenário moderno (GUEERTZ, 1998, p. 352).

Essa convivência, a partir do pluralismo, poderá ser harmônica ou conflituosa¹, porém, não haverá a configuração de um sistema padrão considerado

1 Acerca dos conflitos entre sensibilidades jurídicas diferenciadas, é interessante destacar as três tensões existentes entre a norma escrita e as justiças indígenas, uma vez que: 1. pelo Estado, muitas vezes, a lei escrita é reconhecida como o único sistema jurídico aplicável, fortalecendo a invisibilidade às justiças orais; 2. desde o período colonial até o pós-colonialismo, a lei escrita pode ser vista como um elemento de poder; e 3. há se observar o processo de imposição da escrita aos povos indígenas com o fortalecimento de jovens lideranças que representam os interlocutores do Estado, movimentos sociais e da sociedade nacional, conforme ressaltam Gómez Valencia (2011) e Sierra (2011).

hegemônico em detrimento às demais formas de significar a justiça. Assim, a partir dessa diversidade analisada de forma não hierarquizada, há a possibilidade de reconhecer novos direitos, seja no plano nacional, regional ou global, compatibilizando as diversidades² existentes.

Nesse contexto, tanto o direito estatal, reconhecido pelo Estado e caracterizado pela prática da escrita, conforme ressalta Gómez Valencia (2011); quanto as diferentes justiças indígenas³, marcadas pela oralidade, se relacionam e influenciam um ao outro, constituindo, assim, as chamadas relações de interlegalidade.

Tendo em vista que as referidas sensibilidades não são consideradas estanques ou completamente apartadas, a interlegalidade consistiria na apropriação de determinadas práticas ou costumes, em razão do pluralismo jurídico, que resultariam na ressignificação de direitos já reconhecidos, bem como na construção de novos direitos⁴, uma vez que as sociedades podem incorporar e modificar determinadas práticas.

Assim, através da apropriação e do empoderamento dos povos indígenas com relação às relações de interlegalidade é que este grupo em situação de vul-

2 Diferentemente do pluralismo, há também a ideia sobre o multiculturalismo, a partir da qual as diferentes sensibilidades jurídicas coexistem em um mesmo espaço e temporalidade, porém se determina um modelo hegemônico sobre os demais, desconsiderando a alteridade, ou seja, o olhar sobre o outro conhecimento. O multiculturalismo seria o simples reconhecimento de natureza política sem o desenvolvimento da possibilidade de autonomia.

3 Utilizamos, neste trabalho, a expressão justiças indígenas no plural por conta de não existir somente um sistema jurídico indígena, mas diversas sensibilidades construídas por cada povo de forma subjetiva, compreendendo questões espirituais, por exemplo; e dialogada, a partir do pressuposto de que toda a comunidade pode participar desse processo que é pensado pelo e para o grupo.

4 É importante destacar que quando se analisa a construção de novas formas jurídicas, no que tange aos povos indígenas, deve-se ter cuidado na utilização de expressões como “reconstrução” ou “renascimento” das justiças indígenas em detrimento das atuais demandas dos movimentos indígenas na América Latina.

nerabilidade⁵ pode reconhecer instrumentos alternativos às suas problemáticas e à exigência de seus direitos.

Segundo Sierra (2011, p. 391), a interlegalidade resulta também em uma dimensão referente à consciência jurídica, no sentido de que se deve verificar se os agentes sociais estão conscientes de que estão inseridos em diferentes sistemas e espaços jurídicos.

Embora, exista a tendência ao fortalecimento dessas relações, em virtude do contexto de globalização, é importante destacar as limitações da interlegalidade, uma vez que ao concentrar uma grande preocupação com a análise da mútua constituição de normas, termina por não realizar um estudo mais minucioso sobre as particularidades das lógicas culturais que diferenciam cada sensibilidade jurídica.

Nesse contexto, partindo da perspectiva do colonialismo até o pós-colonialismo imerso no atual processo de globalização, com relação aos povos indígenas, o Estado, em maior ou menor grau, interveio nos espaços das justiças indígenas impondo, por exemplo, a incorporação da cultura jurídica escrita.

Essa complexidade decorrente das tramas de relações⁶ – sociais, políticas, econômicas e culturais – torna necessária o desenvolvimento de um processo

5 Segundo Beltrão *et al.* (2014, p. 13), ao tecer considerações acerca da situação de vulnerabilidade na qual se encontram diversos agentes e grupos sociais, no prólogo da coletânea “Direitos Humanos dos Grupos Vulneráveis”, afirma que não há pessoa que não possa ser considerada invulnerável, pois a vulnerabilidade pode ser observada em maior ou menor grau dependendo da resistência em relação a estas situações que se externalizam através das condições de desigualdade material entre diferentes agentes sociais. No entanto, é importante esclarecer que a situação de vulnerabilidade não deve ser compreendida de forma a vitimizar estes agentes, mas sim compreendê-los como agentes protagonistas em relação ao fortalecimento de sua autonomia. Nesse sentido, Burger (2014, p. 221) destaca que os povos indígenas se encontram entre os demais grupos em situação de vulnerabilidade, tais como: mulheres, crianças e adolescentes, LGBT, pessoas com deficiência e negros que se encontram em situação de pobreza, negação do acesso à saúde, bem como à educação e outros serviços essenciais.

6 Esta expressão é utilizada por Herrera Flores (2004, p. 41) ao tratar das relações sociais e da construção das concepções de direitos humanos no contexto da globalização.

interjurídico e intercultural que comporte a legitimidade tanto da lei escrita quanto das justiças orais indígenas.

As possibilidades devem ser construídas no sentido da promoção de canais de diálogo, comunicação e negociação entre as práticas, lógicas e os conhecimentos diferenciados a fim de transformar as relações que naturalizam as assimetrias jurídicas⁷ (GÓMEZ VALENCIA, 2011, p. 421-422).

Contudo, em razão de considerarmos mais adequada a concepção do pluralismo jurídico como alternativa às diversas sensibilidades jurídicas para possibilitar o reconhecimento aos sistemas jurídicos tanto escrito como oral, é que se faz necessária a discussão acerca dos direitos humanos no contexto da globalização.

Os Direitos Humanos e o Relativismo Cultural

Os direitos humanos são uma construção decorrentes de diversos momentos históricos cujo marco normativo inicial se constitui na Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dezembro de 1948⁸.

A Declaração foi resultado das duras lições deixadas pelo holocausto da Segunda Guerra Mundial (TRINDADE, 2009, p. 15), passando, então, a pessoa a ser considerada como o centro da proteção do Estado, sendo que, de acordo com Terezo (2014, p. 36), após quase 20 anos de debate, foram aprovados dois

⁷ Sierra (2011) discute que, historicamente, a justiça indígena tem sido subordinada sem ser considerada pelo Estado como um sistema jurídico próprio.

⁸ É oportuno destacar que Trindade (2009) discute de forma aprofundada os avanços, obstáculos e desafios da Declaração da ONU ao longo das seis últimas décadas, enfocando em uma perspectiva universalista dos Direitos Humanos, ao tratar de uma visão necessariamente integral destes para a construção de uma cultural universal de não violação dos direitos que seriam inerentes a própria à pessoa humana. Embora este seja o posicionamento do referido autor, consideramos mais adequada a construção de uma visão relativista dos direitos humanos, conforme é possível observar ao longo deste trabalho.

outros instrumentos normativos para compor a *International Bill of Rights*.

Os referidos instrumentos se constituem no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que, embora tenham reconhecido os Direitos Humanos em diferentes instrumentos textos normativos, não podem levar ao entendimento equivocado de fracionamento entre os direitos⁹, uma vez que a Declaração e o Programa de Viena de 1993 consolidam a indivisibilidade, universalidade e interdependência entre os Direitos Humanos.

Segundo Trindade (2009, p. 15), a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos se fundamentam os pressupostos de que estes, além de universais, também seriam concebidos como inerente à pessoa humana¹⁰, a todos os seres humanos.

Nesse sentido, Terezo (2014, p. 87) ressalta que a Declaração de Viena reforça o princípio universalista dos Direitos Humanos, uma vez que estes se reportariam à humanidade como um todo, destacando também que são inerentes a todas as pessoas.

Assim, com relação às concepções de Direitos Humanos no contexto da globalização, Herrera Flores (2004) observa que a tradição destes direitos tem por fundamentos duas tendências principais, quais sejam: a universalidade e a pertinência inata à pessoa humana, defendendo, no entanto, que estes direitos não são algo em abstrato, mas sim construções resultantes de um

9 Terezo (2014, p. 85) expõe que existem diversas teorias que se propõem a justificar os fracionamentos dos Direitos Humanos em dois grupos, quais sejam: direito civil e políticos; e direitos econômicos, sociais e culturais.

10 Embora a expressão “pessoa humana” seja bastante utilizada por Trindade (2009) e Herrera Flores (2004) em determinados trechos de suas obras, ousamos discordar desta utilização por considerá-la linguisticamente redundante, sendo suficiente se referir ao termo pessoa em nosso entendimento.

circuito cultural¹¹.

Compartilhando do entendimento o autor acima citado, se mostra mais adequado compreender os Direitos Humanos não como algo à margem dos agentes e relações sociais, como um ente transcendente, mas sim como resultado de contextos históricos e socioculturais a fim de possibilitar o desenvolvimento de espaços férteis ao processo de luta pela dignidade dentro da perspectiva das sensibilidades jurídicas diferenciadas à luz de cada saber local, dessa forma, destacamos:

Não estaremos universalizando um só ponto de vista: o judaico-cristão-ocidental, e apresentando-o como a essência imutável de algo que tem necessariamente de contar com outras formas de conceber e resolver os problemas que subjazem aos particulares conceito de dignidade? Como garantir o acesso à justiça àquelas e àquelas que defendem e praticam um conceito diferente de dignidade humana, ou que hierarquizam de modo diferente os valores? (HERRERA FLORES, 2004, p. 40).

A partir desse ponto é possível entender os Direitos Humanos como processos sociais concretos, construídos com seus avanços e obstáculos, estando atualmente inseridos na fase da globalização.

Assim como os Direitos Humanos, as justiças indígenas são produtos de um processo histórico que tem se modificado, resistido e adequado às diferentes relações frente ao Estado e às normas jurídicas internacionais.

Nesse sentido, de acordo com Sierra (2011, p. 395), quando se discute os Direitos Humanos com relação aos povos indígenas, deve-se considerar o contexto pós-colonial, bem como as consequências da globalização.

11 Herrera Flores (2004) rechaça a concepção universalista a respeito dos Direitos Humanos e de forma crítica defende que estes são produtos culturais resultantes da realidade, a qual que ele próprio denomina de “trama de relações” que seria constituída por: “nós mesmos”, “com os outros” e “com a natureza”. Segundo este autor, todo produto cultural é resultante de uma determinada e específica realidade, bem como não há produto cultural em si mesmo, uma vez que todos estes são forjados a partir de determinados contextos.

Dessa forma, tem sido discutida a necessidade de que, a partir de um relativismo cultural, os Direitos Humanos passem a compoartar questões étnicas e de diversidade cultural, sendo que isto pode ocorrer formalmente, através de instrumentos normativos; e materialmente, por meio das políticas públicas de caráter positivo a serem devidamente implementadas pelos Estados.

Dentro dessa perspectiva, segundo Sierra (2011, p. 396), no plano normativo do direito internacional, destacam-se os seguintes documentos como contraposição às concepções universalistas dos Direitos Humanos: a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas.

Haja vista essa discussão, surgem novas questões, bem como são ressignificadas outras compreensões quando se leva em consideração a agenda dos movimentos indígenas com relação à diversidade e à pluralidade entre estes povos, bem como entre estes e os Estados; o que a partir das relações de interlegalidade resulta em alterações: nas justiças indígenas pela incorporação de práticas de outras sensibilidades jurídicas e na discussão da possibilidade dos diálogos interculturais.

Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos e os Direitos Coletivos dos Povos Indígenas

O pluralismo jurídico e as relações de interlegalidade podem ter como um marco normativo no plano internacional a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas que resultam, não de uma concessão estatal, mas sim de um processo de luta da agenda dos movimentos indígenas no sentido de incluir artigos que correspondessem às suas demandas¹². Nesse sentido destacamos que:

¹² Burger (2014, p. 227) ressalta que esta Declaração é um dos poucos documentos jurídicos da Organização das Nações Unidas que foi construído em conjunto com os próprios sujeitos de direitos.

nos interessa ressaltar a ideia segundo a qual os direitos humanos não são algo dado e construído de uma vez por todas (...), mas trata-se de *processos*. Ou seja, de dinâmicas e lutas históricas resultantes de resistências contra a violência que as diferentes manifestações do poder, tanto das burocracias públicas como de privadas, exercem contra os indivíduos ou os coletivos. (HERRERA FLORES, 2004, p. 61, grifo do autor).

Embora, os povos indígenas tenham participado diretamente das discussões para a elaboração da Declaração e esta possa significar uma forma de empoderamento acerca do discurso dos Direitos Humanos por estes povos, isso não significa que este seja propriamente um documento indígena, como salienta Burger (2014, p. 227).

É interessante notar que a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas não apresenta uma definição sobre estes grupos, dispondo em seu art. 9 que as pessoas indígenas têm o direito de pertencer à determinada comunidade sem o que o exercício desse direito acarrete qualquer tipo de discriminação.

A Convenção 169 da OIT, em seu art. 1º, dispõe que os povos indígenas são descendentes de populações que viviam no país ou em região geográfica pertencente ao Estado na época da conquista ou da colonização; e que mantêm suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas.

Embora essa categorização seja importante para a identificação dos diferentes grupos sociais enquanto um processo a partir do qual os agentes se identificam como pertencentes à determinada categoria existente¹³, não nos impede de refletir que:

(...) segundo categorias que distinguem entre “nós” e “eles”, vale dizer, entre coletividades cujos mecanismos de distinção mútua se reproduziriam nas interações sociais de seus membros. Em geral, essa distinção é expressa em termos de características culturais de pertencimento a determinado grupo ou categoria social. Como em qualquer outro sistema desse tipo, as classificações étnicas reduzem a complexidade potencialmente infinita da experiência social dos agentes a um número limitado de categorias. (PINTO, 2012, p. 68).

13 Esses apontamentos são discutidos por Peter Fry (2012, p. 220), ao tratar da cidadania e das minorias no mundo globalizado.

Nesse contexto, ao se discutir questões referentes aos povos indígenas deve-se levar em consideração: sua autoidentificação, a partir da qual se diferenciam dos demais grupos sociais; sua relação com o território, a qual é fundamental inclusive para a própria existência do povo; bem como a situação de discriminação e violação de direitos as quais estiveram submetidos desde o período colonial até o pós-colonialismo¹⁴.

Em virtude das demandas do movimento indígena, em 1971, a Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias nomeou um relator especial para desenvolver um estudo acerca da discriminação em relação aos povos indígenas¹⁵.

Em 1982, foi criado o primeiro instrumento sobre povos indígenas, no âmbito das Nações Unidas, quais seja: Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas (GTPI) voltado à elaboração de normas em matéria de povos indígenas.

No ano de 1993, o GTPI elaborou um projeto inicial sobre os direitos coletivos dos povos indígenas sendo adotado em 1994 pela Subcomissão para a Prevenção de Discriminação e Proteção das Minorias, bem como foi enviada à Comissão de Direitos Humanos que em 1995 criou o seu Grupo de Trabalho voltado às demandas destes povos.

14 A respeito da situação de marginalização, subordinação e violação de direitos em relação aos povos indígenas, Gómez Valencia (2004, p. 415) coloca que quando as comunidades demandam pelo seu direito de participação nos processos decisórios que as envolvem, as autoridades costumam condicionar essa participação à comprovação por escrito da existência de normas próprias, o que tem levado estes grupos a elaborarem documentos escritos, não por decisão própria, mas por uma imposição externa às suas vontades. Ademais, Sierra (2004, p. 387) destaca que, juntamente com a língua e religião, o colonizador impôs o seu direito sob a justificativa de civilizar o outro.

15 Burger (2014) faz uma exposição minuciosa acerca do processo de elaboração, bem como das repercussões sobre o principal instrumento normativo de proteção aos direitos coletivos dos povos indígenas no Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos.

A respeito deste Grupo da Comissão de Direitos Humanos, Burger (2014, p. 209) destaca que este não apenas elaborou o projeto da Declaração a ser discutido pelos Estados, como possibilitou a livre discussão com os povos indígenas acerca dos Direitos Humanos.

Essas discussões perduraram por mais de 11 anos até que, em 2007, a Declaração foi aprovada em Assembleia Geral através da Resolução 61/295. Ao total foram 23 anos entre o projeto inicial e a sua aprovação, o que resultou em uma ampla participação dos povos indígenas, sendo que apenas o art. 46, incluso no texto final, foi proposto pelos Estados, o qual trata da garantia à soberania nacional que se encontra presente em todos os documentos aprovados internacionalmente.

Os Estados que opuseram à aprovação deste documento se fundamentaram na ideia tradicional de universalidade, a partir da qual os Direitos Humanos são inerentes a todas as pessoas, não sendo, portanto, necessária a proteção especial destinada aos povos indígenas.

Nesse sentido, Estupiñan Silva e Ibáñez Rivas (2014, p. 292) ressaltam que, muitos anos antes da aprovação da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ainda em 1946, no contexto da Carta das Nações Unidas, Eleanor Roosevelt declarou que se os direitos humanos individuais fossem respeitados, não haveria a necessidade de se proclamar direitos das minorias.

Embora tenha ocorrido a participação dos povos indígenas na elaboração da Declaração, esta não atendeu a todas as demandas desses agentes, em razão dos interesses conflitantes estes povos e os Estados. Assim, este documento se apresenta como o reconhecimento de um consenso mínimo entre os envolvidos.

A Declaração representa um marco no plano do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas, uma vez que

garante a proteção especial de direitos coletivos a este grupo em situação de vulnerabilidade.

É salutar destacar que esta Declaração tem como objetivo a promoção da igualdade e não discriminação a partir da adoção de medidas especiais seja em âmbito internacional, seja em esfera nacional.

No tocante ao direito internacional dos Direitos Humanos, Trindade (2012, p. 14) destaca a importância dos princípios da igualdade e da não discriminação que fundamentam todos os instrumentos legais, inclusive o *jus cogens*¹⁶ que são as normas de direito internacional caracterizadas por serem peremptórias, imperativas e inderrogáveis pelas partes.

A Convenção nº 169 da OIT, assim como os órgãos das Nações Unidas, afirmam a necessária implementação de medidas especiais voltadas aos povos indígenas por se encontrarem em situação de vulnerabilidade, sendo destacado por Burger (2014, p. 213) que o grau de discriminação pode ter um impacto maior sobre as mulheres indígenas, simplesmente em razão da questão de gênero.

Nesse ponto, com relação à discriminação de gênero¹⁷, sofrida pelas mulheres indígenas, ao abordar a proteção à nível internacional dos Direitos Humanos das mulheres, Gómez Lugo (2014, p. 161) destaca a importância das medidas especiais como estratégias de caráter temporário, no sentido de que estas devam durar até alcançarem o seu objetivo concreto, bem como são especiais por se voltarem a agentes sociais que são discriminados e não se encontram em igualdade material a outros grupos.

16 O *jus cogens* consolida o regime legal internacional de absoluta proibição da tortura, das execuções sumárias e dos desaparecimentos forçados, por exemplo.

17 Para ilustrar a discussão acerca da discriminação em razão da questão de gênero, um assunto controverso é o aborto. E segundo Diniz (2012, p. 409), este um ato praticado em todas as sociedades, bem como as questões de diversidade cultural e moral sobre essa prática ainda constituem um desafio tanto para as religiões que o consideram como um ato intolerável quanto para o próprio reconhecimento do chamado pluralismo moral.

Um ponto muito importante da Declaração diz respeito ao reconhecimento da autodeterminação dos povos indígenas, prevista no art. 4, pela qual estas comunidades têm o direito a determinar sua condição política e suas formas de desenvolvimento econômico, social e cultural (BURGER, 2014, p. 214). Assim como a participação e a consulta, este direito ainda carece substancialmente de efetivação.

No que tange ao direito de participação, Beltrão e Oliveira (2014, p. 252) entendem que deve haver o reconhecimento da possibilidade de ampliação das diversas formas de participação das organizações e dos líderes indígenas nas instâncias deliberativas, sendo este um ponto central do constitucionalismo na América Latina, destacando-se as constituições da Bolívia e do Equador.

Segundo o art. 19 da Declaração, é dever dos Estados a realização de consultas aos povos indígenas para que sejam discutidas de forma livre, prévia e informada medidas legislativas ou administrativas que afetem essas comunidades.

A esse respeito, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial emitiu a Recomendação Geral nº 23, a fim de que os Estados estabeleçam mecanismos para implementar o direito à consulta com a garantia de que essas sejam desenvolvidas com base no respeito ao princípio da boa-fé.

De acordo com Burger (2014, p. 229), uma das principais críticas à Declaração se refere ao fato de que, ao contrário dos tratados ou das convenções, as declarações não criam obrigações que vinculam os Estados, assim é necessário que esta se relacione diretamente aos demais instrumentos internacionais sobre os Direitos Humanos, como: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (CERD).

Ademais, além destes instrumentos, cabe ressaltar os demais mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como: o relator especial, nomeado pela Comissão de Direitos Humanos, voltado a levar à discussão problemas relacionados às violações de direitos humanos sofridas pelos povos indígenas. Entretanto, uma das limitações deste mecanismo diz respeito à eficácia das recomendações, uma vez que a aplicação destas depende dos Estados.

No âmbito da ONU também existe o Fórum Permanente sobre as Questões Indígenas que é um órgão vinculado ao Conselho Econômico e Social, e representa um espaço de discussão sobre diversos temas, como direitos territoriais e acesso aos recursos naturais. É importante ressaltar que, segundo Burger (2014, p. 235), os Estados se mostraram favoráveis ao Fórum, porque este analisa apenas os envolvidos na execução de programas pelas agências da ONU.

Há também o Mecanismo de Especialista sobre os Direitos dos Povos Indígenas que é composto por especialistas tanto indígenas como pertencentes a outros grupos sociais. Este mecanismo se encontra limitado a realização de estudos temáticos apenas quando é solicitado pelo Conselho de Direitos Humanos, sendo que ainda é necessário o desenvolvimento deste instrumento no âmbito das Nações Unidas.

Em suma, é inegável que houve o avanço na previsão de instrumentos na esfera do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas, porém, ainda há diversas problemáticas a serem enfrentadas, o que ressalta a necessária articulação na atuação do movimento indígena no plano internacional.

Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e a Jurisprudência da Corte Interamericana

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é composto por dois órgãos, quais sejam: a Comissão interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), conforme as disposições da Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

A CIDH tem como função primordial o processamento de denúncias individuais e o monitoramento do cumprimento de obrigações em razão da ratificação de instrumentos normativos pelos Estados, segundo Terezo (2014, p. 209-210).

Já a Corte IDH é incumbida pela realização de duas competências: a consultiva e a contenciosa. De acordo com Terezo (2014), a competência consultiva se volta à interpretação da CADH e dos tratados interamericanos; e a contenciosa se consubstancia na análise de casos de violações às determinações da Convenção, sendo que para o Estado ser submetido a essa competência, este deverá reconhecer a jurisdição contenciosa.

Os principais instrumentos do SIDH são a Convenção Americana dos Direitos Humanos, a qual também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica; o Protocolo de San Salvador, o qual representa uma norma adicional à Convenção acerca dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e os demais tratados interamericanos¹⁸.

¹⁸ A partir da análise acerca do SIDH relacionado à defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizada por Terezo (2014), pode-se afirmar que os instrumentos de abrangência específica do Sistema Interamericano se consubstanciam na Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura; Convenção interamericana sobre restituição internacional de menores; no Protocolo à convenção americana sobre direitos humanos referentes à abolição da pena de morte; Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher; Convenção interamericana sobre tráfico internacional de menores; Convenção interamericana sobre o desaparecimento

Diferentemente do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, segundo Estupiñan Silva e Ibáñez Rivas (2014, p. 291), os instrumentos normativos interamericanos não contém nenhuma questão específica em matéria de povos indígenas¹⁹, o que refletiu diretamente nos primeiros posicionamentos da CIDH.

Somente com contexto de mobilização social por parte do protagonismo indígena²⁰, principalmente, após os anos 70, na metade do século XX, é que se observam graduais avanços na atuação da CIDH em matéria de povos indígenas.

Com o fortalecimento dos estudos realizados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos houve a consolidação para fundamentar as análises por parte da Corte IDH. Nesse contexto, em 1990 já havia um Relator Especial sobre direitos dos povos indígenas na CIDH e em 1999 foi criado o Grupo de Trabalho do Conselho Permanente da OEA sobre povos indígenas e tribais.

Nesse sentido, é importante verificar os avanços conquistados, em virtude da pressão exercida pelos movimentos indígenas, no que tange à jurisprudência da Corte IDH em relação à proteção aos Direitos Humanos em matéria de povos indígenas, no âmbito regional.

Para analisar os casos em debate, a Corte IDH desenvolveu um método dinâmico de interpretação, conforme colocam Estupiñan Silva e Ibáñez Rivas (2014, p. 304) ao discutir a interpretação do juiz interamericano, no sentido de

forçado de pessoas; Convenção interamericana contra corrupção; e Convenção interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminação contra as pessoas portadores de deficiência.

19 No entanto, é importante ressaltar que em 1997 foi aprovada uma Proposta de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas que desde então segue em discussão no âmbito do Sistema Interamericano.

20 De acordo com Beltrão e Oliveira (2014, p. 292), nesse período se verifica uma maior pressão social com relação às demandas dos povos indígenas, quando as manifestações em favor destes povos foram fortalecidas pela articulação com aliados aos movimentos indígenas.

que se trata de uma interpretação do direito levando-se em consideração a realidade do peticionário, a partir de uma perspectiva multicultural²¹.

No que tange à competência consultiva, a Corte IDH, com fundamento no art. 64-1 da CADH, tem se detido a analisar documentos externos ao Sistema Interamericano desde que isso não implique em prejuízo às vítimas; e em relação à função contenciosa, em virtude do método dinâmico de interpretação, tem sido observada uma abertura às fontes de interpretação que se fundamenta no princípio *pro homine* (*pro personae*) também conhecido como *favor libertatis* que se consubstancia na preocupação com a proteção ao ser humano, vedando a interpretação restritiva de direitos²².

A Corte, na sentença do caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*²³ considerou como elemento integrante de sua análise os tratados externos ao SIDH, a legislação interna do Equador, os princípios gerais do direito internacional, bem como as noções de justiça do povo indígena, o que remete à ideia do pluralismo.

21 Estupiñan Silva e Ibáñez Rivas (2014), ao discutir a jurisprudência da Corte IDH em matéria de povos indígenas e tribais, utilizam a terminologia “multicultural”, porém, ousamos discordar da visão multicultural, uma vez que para esta concepção podem existir duas ou mais sensibilidades jurídicas distintas, sendo que uma delas será compreendida enquanto padrão hegemônico em detrimento das demais. Assim, consideramos mais adequada a ideia de pluralismo, conforme defende Gómez Valencia (2011) e Sierra (2011), a partir da qual se comporta a possibilidade de coexistência, conflituosa ou harmônica, entre diferentes sensibilidades sem que haja uma hierarquia entre estas.

22 Ibidem, p. 306.

23 O caso foi levado à Corte IDH pela CIDH, em 26 de abril de 2010. A petição inicial foi apresentada pela Associação do Povo Kichwa de Sarayaku (Tayjasaruta), o Centro de Direitos Econômico e Sociais (CDES) e o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) em face da República do Equador, em virtude da outorga do Estado de permissão à uma empresa petrolífera executar a exploração e exportação de petróleo em território do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku nos em 1990 sem ser realizada a consulta prévia e sem o consentimento deste povo. Nesse sentido, também é discutida a ausência de proteção judicial e da observância de garantia judicial. Em 27 de junho 2012 foi emitida a sentença pela Corte IDH, a qual condenou o Estado do Equador a cumprir determinadas medidas de reparação, em razão dos danos sofridos pelo Povo Kichwa de Sarayaku. Para maiores detalhes e acesso ao inteiro teor da decisão, ver: CORTE IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>.

É interessante notar que, embora Gómez Valencia (2011) destaque que na maioria dos casos da lei escrita prevalece sobre as justiças indígenas, no caso *Bámaca Velásquez vs Guatemala*²⁴, a Corte IDH entendeu pela responsabilização do Estado violador, tendo em vista a própria cosmovisão do povo indígena para buscar compreender a extensão das consequências de um desaparecimento forçado não somente pelas vítimas diretas, mas também pelas indiretas.

No caso da Comunidade Indígena *Yakye Axa vs Paraguai*²⁵, a Corte IDH, ao decidir sobre a questão territorial relacionada a povos indígenas, considerou que se deve analisar os elementos próprios de cada povo que integram sua identidade cultural e os diferenciam de outros grupos sociais.

Outro caso relevante é *Yatama vs Nicaragua*²⁶, em que a Corte IDH, segundo Aylwin (2014, p. 294), decidiu que o Estado da Nicaragua deveria cumprir a obrigação positiva de modificar sua legislação eleitoral para possibilitar a efetiva participação dos povos indígenas no processo político.

Nesse contexto, é possível observar caso a caso os avanços em matéria de povos indígenas pela jurisprudência da Corte IDH, por meio da utilização

24 Este caso foi sentenciado em 25 de novembro de 2000, condenando o Estado da Guatemala, em razão do desaparecimento de Efraín Bámaca Velásquez, em 12 de março de 1992, quando a vítima foi presa pelo Exército da Guatemala, passando por diversas torturas, sendo, ao final, executado pelas forças militares. Para maiores detalhes e acesso ao inteiro teor da decisão, ver: CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala, disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>.

25 O caso foi sentenciado em 17 de junho de 2005. Em 17 de março de 2003, a CIDH apresentou o caso à Corte IDH com base na violação dos direitos à vida, às garantias judiciais, à propriedade privada, à proteção judicial, ao dever do Estado de adotar disposições e medidas em seu direito interno. A argumentação, em suma, se constitui no fato de que o direito ao território indígena implica diretamente em outras questões, tais como: vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, o que ameaça a própria sobrevivência e integridade das comunidades indígenas. Maiores detalhes, acessar: CORTE IDH. Caso Yakye Axa vs Paraguai, disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>.

26 O caso foi sentenciado em 23 de junho de 2005, devendo o Estado da Nicaragua reformar a legislação interna para que as organizações indígenas tenham plena participação nos processos eleitorais da Região Autônoma da Costa Atlântica da Nicaragua, com base no direito consuetudinário, nos valores, usos e costumes dos povos indígenas da região. É possível ter acesso ao inteiro teor da sentença CORTE IDH. Caso Yatama vs Nicaragua, em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>.

da imposição de obrigações positivas aos violadores e das considerações de questões culturais referentes às comunidades em questão, conforme salientam Estupiñan Silva e Ibáñez Rivas (2014, p. 300).

Sendo assim, as obrigações positivas por parte dos Estados se referem ao dever de implementação de medidas concretas voltadas à proteção dos Direitos Humanos, a exemplo das medidas especiais temporárias²⁷.

No que tange às questões culturais, estas têm sido realizadas no sentido de promover uma interpretação *pro homine* com fundamento na identidade cultural, ressignificando determinados direitos convencionais à luz das diversidades culturais. Assim, de acordo com Ibáñez Rivas e Estupiñan Silva (2014, p. 304), a identidade cultural é compreendida como um elemento central na ressignificação dos direitos convencionais.

Em virtude dessa compreensão do mecanismo de interpretação dinâmica do juiz interamericano, deve-se destacar que foram sendo consolidados na jurisprudência da Corte IDH direitos não previstos expressamente na CADH, tais como: direito à consulta, pelo qual se entende que os povos indígenas devem ser ouvidos em casos de implementação de medidas legislativas, jurídicas ou administrativas que afete os seus territórios; e direito à identidade cultural, no sentido de que este é fundamental à organização coletiva dos povos indígenas com relação às suas práticas, seus costumes e suas crenças coletivamente compartilhados por estes agentes sociais.

Por fim, esses pontos considerados positivos conquistados no âmbito do sistema regional de proteção dos Direitos Humanos ocorrem voltados à melhoria das condições em que se encontram os povos indígenas em situação de vulnerabilidade, a fim de que os Estados implementem as medidas necessárias

²⁷ A respeito das medidas especiais, é interessante observar os apontamentos feitos por Gómez Lugo (2014) ao tratar do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos das Mulheres.

a não repetição das violações aos direitos coletivos deste grupo, sendo também importante a supervisão da Corte, no sentido de verificar o cumprimento das decisões emitidas aos Estados.

Considerações Finais

As diversidades culturais comportam sensibilidades jurídicas diferenciadas conforme o saber local de determinado grupo social, assim, o pluralismo jurídico é o elemento central para a compreensão de determinadas categorias de análise, como a questão dos grupos em situação de vulnerabilidade.

A ideia do pluralismo se apresenta como uma alternativa de observar diversas noções de justiça em um mesmo espaço e temporalidade, sem que uma destas seja imposta como padrão hegemônico às demais, conforme sustenta a concepção multicultural.

Nesse contexto, a partir do qual se verifica a existência das justiças indígenas e do sistema jurídico de cada Estado, deve-se possibilitar o diálogo e a negociação entre os agentes sociais, de forma que as comunidades indígenas tenham sua participação efetivada nos processos deliberativos, indo além de um reconhecimento meramente formal.

Assim, é através dessa concepção do pluralismo que resulta nas relações de interlegalidade que se constitui na apropriação de determinadas práticas ou costumes, construindo um contínuo processo de ressignificação das noções de justiça internas e na constituição de novos direitos. Sendo importante destacar que, em relação às justiças indígenas, deve-se ter cuidado ao utilizar expressões como “reconstrução” ou “renascimento” no contexto das relações de interligabilidade.

Os grupos em situação de vulnerabilidade podem se empoderar e se apropriar dessas relações como uma estratégia para exporem suas demandas, bem como exigir o reconhecimento e efetivação dos seus direitos, seja no plano nacional, seja no plano internacional.

Dessa forma, a interlegalidade também se refere à consciência dos agentes sociais a respeito do contexto que estão vivenciando e também dos referidos espaços jurídicos, nos quais estão inseridos.

No contexto do colonialismo até o pós-colonialismo e da atual globalização, pode-se observar que, em maior ou menor grau, o Estado interviu nos espaços das justiças indígenas impondo, por exemplo, a incorporação da cultura jurídica escrita.

De outro lado, por considerarmos mais adequada a ideia do pluralismo jurídico como alternativa às diversas sensibilidades jurídicas, de forma a possibilitar o reconhecimento dos sistemas juridicamente diferenciados, se faz necessária a discussão dos Direitos Humanos no cenário da globalização.

Os Direitos Humanos, compreendidos pela corrente jurídica tradicional, são reproduzidos como sendo algo transcendental, inerentes às pessoas, bem como estariam à parte das construções sociais. No entanto, são melhor apropriados no contexto do relativismo cultural, como resultado de diferentes momentos históricos que teve como marco inicial a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Embora o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que conjuntamente com a Declaração constituem a *International Bill of Rights*, tenham reconhecido os direitos humanos em diferentes textos, não se pode concluir, equivocadamente, em favor da ideia de fracionamento dos Direitos Humanos, uma vez que a

Declaração e o Programa de Viena consolidam os princípios da indivisibilidade entre os estes direitos.

No que tange ao ponto central do relativismo cultural, este comporta a discussão dos Direitos Humanos a partir da possibilidade de consideração fática de demandas étnicas e diversidade cultural, indo além de questões estritamente formais.

Nesse contexto, no âmbito do Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos em matéria de direitos coletivos dos povos indígenas, destaca-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas como resultado de um processo de luta da agenda dos movimentos indígenas, no sentido de incluir as suas demandas nos instrumentos de proteção internacional dos Direitos Humanos.

E, sem negar o avanço que representou a Declaração como um marco na proteção aos direitos coletivos dos povos indígenas, se necessário notar que esta atendeu apenas um mínimo resultante do consenso entre os Estados e as comunidades que participaram do processo de elaboração do documento.

Ademais, uma das principais críticas à Declaração se fundamenta no fato de que, ao contrário dos tratados e das convenções, as declarações não criam obrigações que vinculam os Estados, sendo, portanto, necessária a análise sistemática dos demais instrumentos de proteção dos direitos humanos no âmbito internacional.

A respeito da consolidação da evolução à proteção dos Direitos Humanos no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, observa-se que as análises especificamente da Corte IDH têm sido relevantes por também considerar documentos externos ao SIDH com base no princípio *pro homine*, o qual fundamenta o método dinâmico de interpretação do juiz interamericano.

Esses avanços, no sentido de consolidar a ideia do conteúdo cultural e das obrigações positivas dos Estados, podem ser observados a partir da jurisprudência da Corte IDH que, nos casos analisados neste trabalho, reflete as repercussões do pluralismo jurídico.

Nesse sentido, pode-se afirmar que as questões culturais dos povos indígenas têm sido compreendidas como um elemento central na própria ressignificação dos direitos convencionais, levando, inclusive, à consolidação de direitos não previstos expressamente na CADH, quais sejam: direito à consulta e o direito à identidade cultural.

Assim, ao tratar dos avanços à proteção dos direitos humanos em matéria de povos indígenas, no âmbito regional e global, à luz do pluralismo jurídico que é a ideia considerada mais adequada para possibilitar o reconhecimento de direitos coletivos diferenciados, observa-se que estão ocorrendo ressignificações de direitos já reconhecidos.

Em suma, isso tem sido consolidado, em razão da agenda dos movimentos indígenas com relação à diversidade cultural. Assim, a partir das relações de interlegalidade, foram elaborados documentos como a Declaração sobre Povos Indígenas no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, bem como foi consolidado o método de interpretação, pela Corte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, voltado à melhoria das condições em que se encontram os povos indígenas em situação de vulnerabilidade, sendo necessário destacar que ainda há diversas demandas a serem enfrentadas e superadas pela necessária articulação dos movimentos indígenas no plano regional e internacional.

Referências

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. *Movimentos, povos & cidadanias indígenas: inscrições constitucionais e direitos étnicos na América Latina*. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Red de derechos humanos y educación superior, 2014. p. 251-284. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/>. Acesso em: 19 jun. 2014.

BURGER, Julian. La protección de los pueblos indígenas en el sistema internacional. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Red de derechos humanos y educación superior, 2014. p. 220-250. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/>. Acesso em: 19 jun. 2014.

CORTE IDH. Caso Bámaca Velásquez vs Guatemala. *Sentença de mérito*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2015.

_____. Caso Comunidade indígena Yakye Axa vs Paraguai. *Sentença de mérito, reparações e custas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2015.

_____. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. *Sentença de mérito e reparações*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2015.

_____. Caso Yatama vs Nicaragua. *Sentença de exceções preliminares, mérito, reparações e custas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2015.

DINIZ, Débora. Aborto. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos (Coord.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Brasília/Rio de Janeiro: ABA, 2012. p. 405-411.

ESTUPIÑAN SILVA, Rosmerlin; IBÁÑEZ RIVAS, Juana Maria. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de pueblos indígenas y tribales. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Red de derechos humanos y educación superior, 2014. p. 316-356. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/>. Acesso em: 19 jun. 2014.

FRY, Peter. Diferenças, desigualdades e discriminação. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/ABA, 2012. pp. 227-233.

GÓMEZ LUGO, Yolanda. Sistema Internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres. In: BELTRÃO, Jane Felipe; BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; GÓMEZ, Itziar; PAJARES, Emilio; PAREDES, Felipe; ZÚÑIGA, Yanira (Coords.). *Derechos humanos de los grupos vulnerables*. Red de derechos humanos y educación superior, 2014. p. 156-184. Disponível em: <www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/>. Acesso em: 19 jun. 2014.

GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy. Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita. In: CHENAUT, Victoria; GÓMEZ, Magdalena; ORTIZ, Héctor; SIERRA, Maria Teresa (Coords.). *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*. México/Ecuador: Ciesas/Flacso, 2011. p. 407-426.

GUEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: *O saber local: novos ensaios de antropologia interpretativa*. Rio de Janeiro: Vozes, 1998. p. 249-356.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 65-101.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

PINTO, Paulo Gabriel Hilu da Rocha. Grupos étnicos e etnicidade. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza (Coord.). *Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/ABA, 2012. pp. 69-78.

SIERRA, Maria Teresa. Pluralismo jurídico e interlegalidad: debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento. In: CHENAUT, Victoria; GÓMEZ, Magdalena; ORTIZ, Héctor; SIERRA, Maria Teresa (Coords.). *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*. México/Ecuador: Ciesas/Flacso, 2011. p. 385-406.

TEREZO, Cristina Figueiredo. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Curitiba: Appris, 2014.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Internacional human rights law*. Strasbourg, 2012. p. 07-27.

_____. O legado da declaração universal dos direitos humanos e sua trajetória ao longo das seis últimas décadas (1948-2008). In: GIOVANNETTI, Andrea (Org.). *60 anos da declaração universal dos direitos humanos: conquistas do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p. 13-46.



O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Fabício Rodrigues Araújo Azevedo

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-7

Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar o delineamento jurídico em torno do princípio da função social da empresa.

Neste viés, serão demonstrados os fundamentos que remetem a origem Constitucional do princípio da função social da empresa, sua expressa menção na legislação federal, fundamentação e aplicação prática.

No decorrer do texto, o leitor poderá observar, que apesar de a função social da empresa ter conceito jurídico aberto, sua aplicação é diária e prática corrente nos julgados de Tribunais de Justiça e nas Cortes de Contas, que consagram a fundamentação deste princípio no Diploma Constitucional

O Princípio Constitucional da Função Social da Empresa

Uma das grandes virtudes do sistema jurídico brasileiro é a funcionalização dos institutos (ex. função social da propriedade, contratos).

Neste viés, veja que especialmente quanto a função social da propriedade, em diversos pontos da Constituição da República Federativa do Brasil (CF art. 5º XXIII e 170 III e CC 1228, § 1º) há menção expressa ao referido princípio, o qual remete a necessidade de a propriedade atender as necessidades da sociedade, sob pena de não restar cumprida sua função principal, hipótese em que poderá, nos termos da lei, haver intervenção estatal e limitação ao direito individual.

Ocorre que, quanto ao princípio da “função social da empresa”, não há, na Constituição Federal, menção expressa e conceituação jurídica delimitada.

É bem verdade que, na redação do artigo 170 da Constituição, não existe indicação nominal ao termo “função social da empresa”, mas nem por isto, pode ser excluída a admissão formal deste princípio no sistema jurídico brasileiro.

Isto porque, a doutrina e jurisprudência pátria, de forma uníssona, apregoam que referido princípio se alberga no Título VII da Constituição Federal, quando o texto normativo maior trata da Ordem Econômica e Financeira e dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.

Apenas para melhor compreensão do tema, observe de início, o que alude a Constituição Federal:

TÍTULO VII

DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA

CAPÍTULO I

DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Os juristas Dirley da Cunha Jr e Marcelo Novelino (2015), em análise ao texto Constitucional acima, nos informam que os princípios previstos no artigo 170, condicionam “o processo econômico, no intuito de direcioná-lo, a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida”¹.

Assim, na mesma medida que a Constituição Federal garante o direito de propriedade e livre exercício das atividades econômicas, impõe ao “possuidor da riqueza o direito de cumprir a sua função social” (TOMAZETTE, 2017).

Portanto, é “do conceito de função social da propriedade que decorre um dos mais alardeados princípios do direito empresarial: a função social da empresa” (CRUZ, 2018).

Neste esteio, na redação do texto Constitucional, o constituinte privilegia o modelo capitalista, contudo, assegura nos ditames da justiça social, a possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico (LENZA, 2012).

Traçando o paralelo entre o estágio do direito atual e o passado, Pedro Lenza discorre o contexto histórico seguinte:

“Partindo -se dessa brevíssima evolução, em um primeiro momento, pode -se afirmar que os institutos clássicos do direito de propriedade e a autonomia da vontade privada eram suficientes para regulamentar a atividade econômica, até porque o capitalismo primitivo pregava a autorregulação, sem qualquer interferência do Estado na economia.

A partir do século XX, contudo, a situação começa a ser repensada, especialmente diante das constantes situações de abuso do poder econômico. Surge, então, “clima” propício para a constitucionalização da economia.

Nesse sentido, o art. 170, *caput*, da CF/88, estabelece que a ordem econômica, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, funda -se em dois grandes pilares: valorização do trabalho humano; livre -iniciativa”. (LENZA, 2012)

Segundo José Afonso da Silva, à livre iniciativa “constitui um valor do Estado Liberal”, mas havendo no Brasil uma “Constituição preocupada com a justiça social”, o Estado “não se pode ter como um puro valor o lucro pelo lucro”. E acrescenta:

“Seus valores (possibilidade de o proprietário usar e trocar seus bens, autonomia jurídica, possibilidade de os sujeitos regularem suas relações do modo que lhes seja mais conveniente, garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida), hoje, ficam subordinados à função social da empresa e ao dever do empresário de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, exigidas pela valorização do trabalho” (2005).

O princípio da função social da empresa é, portanto, uma regulação criada como política social corretiva da lei de mercado, evitando que os detentores das empresas, sejam opressores sociais (PERLINGIERI).

Levando-se a uma interpretação sistemática da legislação, possível extrair que, quando se fala em função social da empresa faz-se referência à:

“atividade empresarial em si, que decorre do uso dos chamados bens de produção pelos empresários. Como a propriedade (ou o poder de controle) desses bens está sujeita ao cumprimento de uma função social, nos termos do art. 5.º, inciso XXIII, da CF/1988” (CRUZ, 2018).

A doutrina tem se orientado no sentido de que a função social da empresa se verifica quando “houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores” (CRUZ, 2018).

O ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, assentou em sua obra que o artigo 170 da Constituição Federal “consagrou a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e igualmente estabeleceu uma “finalidade à ordem econômica constitucional: garantia de existência digna, conforme os ditames da justiça social” (MORAES, 2017).

Fato é que, o princípio da função social da empresa, já estava incorporado no sistema jurídico brasileiro antes mesmo da edição do texto Constitucional de 1988, vigente.

Prova disto é que a Lei Nº 6.404, publicada ainda em 1976, que dispõe sobre as sociedades por ações, traz expressa menção no parágrafo único do artigo 116, quanto a necessidade do acionista controlador de “*usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social*” (FRAZÃO, 2009).

Na mesma legislação, o dever de observância “*as exigências do bem público e da função social da empresa*” também é expressamente citado no ar-

tigo 154, como obrigação imposta ao administrador da companhia (FRAZÃO, 2009).

A norma objetiva estabelecer, portanto, um equilíbrio na gestão dos negócios da companhia/empresa e comunidade. Ao administrador impõe pautar-se no exercício dos fins sociais e busca pelos lucros, pela observância do bem público e da função social da empresa (CARVALHOSA, 2003).

A atenção do legislador ao princípio da função social da empresa é especialmente tratada quando dos processos de recuperação judicial, extrajudicial e falência.

Isto porque, toda construção da lei 11.101/2005 parte do pressuposto de tentativa da “preservação da empresa” que deve ser visto ao lado do princípio da função social da mesma:

“que considera o fato de que a atividade empresarial é a fonte produtora de bens para a sociedade como um todo, pela geração de empregos; pelo desenvolvimento da comunidade que está à sua volta; pela arrecadação de tributos; pelo respeito ao meio ambiente e aos consumidores; pela proteção ao direito dos acionistas minoritários etc.” (TEIXEIRA, 2018).

Neste aspecto, é o texto normativo:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nota-se que, a ordem jurídica reconhece que diante da possibilidade de uma crise que coloque em risco o regular andamento das atividades da empresa, e frente aos riscos sociais advindos do encerramento das atividades, a criação de um sistema jurídico diferenciado, possibilitando a “recuperação e da consequente manutenção de sua atividade econômica, que gera empregos e contribui para o progresso econômico e social” (CRUZ, 2018).

Na jurisprudência, há remansosos precedentes, na esfera dos feitos de execução cíveis, nos quais os julgados destacam a necessidade de preservação da função social da empresa, quanto conferem medidas tendentes a limitar as ações de credores na busca patrimonial, para que ocorram da maneira menos gravosa ao funcionamento das atividades empresariais. Neste sentido, observe-se o enunciado 387 do Conselho da Justiça Federal:

“Enunciado 387 - A opção entre fazer a execução recair sobre o que ao sócio couber no lucro da sociedade ou sobre a parte que lhe tocar em dissolução orienta-se pelos princípios da menor onerosidade e da função social da empresa”.

A mesma linha de preservação, também é conferida quando do julgamento de processos de recuperação judicial, a exemplo, veja o que diz o Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, quando do julgamento do AgInt no REsp n. 1.999.521/MT, cuja ementa é a seguinte:

DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE FISCAL. DESNECESSIDADE. DECISÃO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, é «possível o deferimento da recuperação judicial sem a exigência de apresentação de certidões negativas de débitos fiscais, ante a incompatibilidade da referida imposição com os princípios da função social e da preservação da empresa - o que não foi alterado com a edição da Lei n. 13.043/2014.»

Nesse passo, embora exista importante e necessária proteção a empresa que atende aos ditames da função social, o posicionamento jurisprudencial, especialmente no âmbito das Cortes de Contas, também tem sido atento a necessidade de apenar, empresas que não cumprem os primados do interesse social.

Ou seja, o princípio da “preservação da empresa justifica-se nos casos de empresas que cumpram a sua função social, e não o contrário” (TEIXEIRA, 2018).

Neste viés, não pode o empresário sustentar a necessidade de preservação da função social e manutenção das atividades, como mero instrumento de oratória argumentativa, quando os atos de gestão são pautados em má-fé.

Exatamente na observância desta ênfase na boa-fé da gestão, o Tribunal de Contas da União tem reconhecido não ser conflitante com o princípio da observância a função social e preservação, a punição da empresa por atos manifestamente ímprobos. Veja:

47.4. não compete ao TCU, a posteriori, com intuito de preservar a empresa, se abster de cumprir suas atribuições constitucionais. Ademais, o alegado princípio da preservação da empresa não é motivo justo para deixar de responsabilizar a recorrente, visto que seus atos de corrupção macularam os mecanismos de mercado e distorceram a própria função social da empresa; (TCU - TC 036.694/2018-5)

Nota-se que a liberdade empresarial definida da Constituição, é “legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social” e “será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário” (Silva, 2005).

Importante elucidar ainda, que não se podem confundir o princípio da função social da empresa discorrido acima, com responsabilidade social da empresa.

A responsabilidade social da empresa, bastante difundida atualmente, tem a ver com adoção de medidas empresariais tendentes a interferir positivamente no “bem-estar da comunidade” (Melo Rico, 1998).

Ou seja, a responsabilidade social é ato próprio da empresa, inerente a realização de bem-estar social por si praticada, sem que haja uma legislação determinando tal ação, e, portanto, não há obrigatoriedade ou punição para que não age desta forma. Por sua vez, a observância a função social da empresa, é ato cogente, e caso não observados os princípios a ela correlatos, implicam na possibilidade de ação direta do Estado que poderá intervir diretamente na empresa.

Conclusão

De maneira sintética, pode-se afirmar que ordenamento jurídico brasileiro privilegia a justiça social como forma de evitar a possibilidade de cometimento de injustiça por parte da empresa no processo de acumulação de riqueza (SILVA, 2005).

Diante disto, o princípio da função social da empresa é instrumento de tutela coletiva, que evita o arbítrio individualista e busca a harmonização entre a geração de renda e o bem comum da sociedade.

Bibliografia

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: Nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União: 17 dez. 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm Acesso em: Nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União: 09 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm Acesso em: Nov, 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp n. 1.999.521/MT. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Brasília, 18 de agosto de 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. TC 036.694/2018-5 Natureza: Embargos de Declaração (Representação). Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. Embargante: Construtora Queiroz Galvão S.A. Ministro: Bruno Dantas. Data da Sessão: 24/2/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/%2522fun%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520social%2520da%2520empresa%2522/%2520/%2520> Acesso em: Nov. 2022.

CARVALHOSA, José Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas.** – São Paulo : Saraiva, 2003.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial / André Santa Cruz.** 8. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2018.

FRAZÃO, Ana; VIEGAS, Frederico. **Direito Civil Contemporâneo: Função social da empresa na Constituição de 1998.** – Brasília: Obscursos, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MELO RICO, Elizabeth de. “O empresariado, a filantropia e a questão social”. *Revista Serviço Social e Sociedade*, São Paulo, ano xix. Disponível em: http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v11n04/v11n04_07.pdf Acesso em: Nov. 2022.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 33. ed. rev., atual. São Paulo : Atlas, 2017.

NOVELINO, Marcelo; CUNHA JR, Dirley da. **Constituição Federal para Concursos.** 6. ed. - Salvador : Editora Podivm, 2015.

SILVA, José Afonso da. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO.** 25. ed. – São Paulo : Malheiros, 2005.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática.** 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas.** 5. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2017.



O NOVO PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL E O DECESSO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Jacqueline Billio

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-8

Introdução

O recente pressuposto de admissibilidade do recurso especial, mal inovou no ordenamento jurídico e já cria muita polêmica entre os operadores do direito.

Para que se possa fazer uma reflexão sobre seus aspectos e efeitos, torna-se necessário que se faça um pequeno retorno em sua origem.

O STJ, Superior Tribunal de Justiça, conhecido como “Tribunal da Cidadania”, foi criado na Constituição Federal de 1988 e instalado efetivamente no ano seguinte.

Toda a sua estrutura, seja material como pessoal, adveio do antigo TFR (Tribunal Federal de Recursos), o qual, por força da Constituição de 1946¹, passou a absorver a competência recursal do STF², nas ações contra a União, eis que o Tribunal Superior, se encontrava totalmente congestionado com o número de processos sob sua responsabilidade.

Gradativamente, outras competências do STF foram transferidas para o TFR, passando este tribunal a competências não só na esfera recursal, mas também, ações originárias de Tribunal Superior, como por exemplo, mandado de segurança impetrados contra atos de Ministro de Estado.

Assim, mantinha o TFR competências de Tribunal de Recursos e de Tribunal Superior.

Interessante destacar que, no dia da inauguração das instalações do TFR, o Ministro Afrânio Antônio da Costa (1948), primeiro presidente da casa, já se manifestava sobre o excesso de atribuições do STF, a saber:

“A competência originária e em grau de recurso, que lhe são atribuídas, desafoga de muito dos seus árduos trabalhos o Egrégio Supremo Tribunal Federal, ainda, entretanto sob o peso enorme dos recursos extraordinários, do qual somente se aliviará quando uma firme e inabalável jurisprudência fizer cessar as interposições não compreendidas nos escritos limites do texto constitucional.”³

1 CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS VOL 5 https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y acessado em 24 mar 2023 – artigo 104 da Constituição Federal de 1946.

2 https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm , ART. 101 §2º, a da Constituição Federal de 1937. Acessado em 24 mar 2023

3 ANTECEDENTES. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes> acessado em 20 mar 23. Não fosse suficiente, neste mesmo episódio, o Presidente da República Eurico Gaspar Dutra, assim se pronunciou: “Está o Tribunal Federal de Recursos habilitado a desempenhar o relevante papel que lhe incumbe em nossa vida político-judiciária, abrangendo uma vasta área de competência, notadamente no que concerne ao julgamento, em segunda instância, das causas de interesse da União, quer no cível, quer no crime. As primeiras, julgava-as, anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, que, sobrecarregado como outras atribuições da mais alta magnitude, precisava ter reduzida a imensa tarefa que a nação confiara à sabedoria dos seus juízes. As segundas, vinham sendo decididas pelos tribunais dos estados, com quebra do princípio cardinal do regime que exige sejam apreciados e decididos por tribunais federais os interesses vinculados a bens e serviços da administração federal.”

Conclui-se, portanto, que o congestionamento de processos de nossa máxima Corte, advém de muitos anos, tendo a cada momento, uma justificativa para transferência de suas competências, no afã de finalmente atuar como deve ser, uma Corte Constitucional.

Em 1965, através da Emenda Constitucional nº 16, foi criado o controle concentrado de Constitucionalidade, o qual era de competência do STF. Não bastasse o número excessivo de recursos extraordinários e demais atribuições originárias, a nova competência aumentava ainda mais as dificuldades de julgamento de processos no STF.

Logo, a solução foi a de criar óbices, para dificultar o ingresso de recursos extraordinários, os quais foram progressivamente implantados, objeto inclusive, de manifestação da Ministra Eliana Calmon⁴, a saber:

“O regimento interno da Corte⁵, por seu turno, criou tantos obstáculos que adotou-se, por final, o instituto da ‘Arguição de Relevância’, espécie de salvação das demandas que, atropeladas pelos óbices, na prática, tinham grande expressão social, pelo alcance qualitativo ou quantitativo”.

A reforma do Judiciário era uma necessidade premente, e desde 1965, já se discutia esta mudança.

Em 1976, o próprio TFR encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei que tinha por finalidade a descentralização da Justiça Federal, objetivando a criação de Tribunais Federais Regionais de 2º grau e, passando o TFR à instância de recurso especial, porém, tal projeto não se materializou.

Em 1985, o TFR encaminha relatório sobre a proposta de criação do novo

4 A CRISE DO SUPREMO. <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-cri-se-do-Supremo> . Acessado em 250 mar 2023

5 O regimento interno do Supremo Tribunal Federal estabelece dispõe sobre a questão de direito relevante (art. 24, III, B do Regimento Interno de 1940, com emenda de 3 de agosto de 1963). Disponível em https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1940/art_24_3agosto1963.pdf . Acessado em 24 mar 2023.

tribunal Nacional para a comissão que cuidava do anteprojeto da nova Constituição, mas, infelizmente, o trabalho da comissão foi arquivado pelo Ministério da Justiça, e as propostas ali organizadas, não foram encaminhadas à Assembleia Nacional Constituinte.

Em 1987, o TFR cria uma comissão para acompanhamento da Constituinte, na qual reiterou a proposta encaminhada à Comissão Afonso Arinos. Todavia, um substitutivo havia sido encaminhado à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, o qual propunha a criação do STJ com o aproveitamento da estrutura do TFR.

Assim, com o advento da Constituição de 1988, as reformas foram materializadas através do substitutivo, ou seja, houve a extinção do TFR; a criação dos Tribunais Regionais Federais com competência de regionalizar as competências do extinto TFR; a criação do STJ com competência de última instância nos conflitos que envolviam leis infraconstitucionais, tanto na esfera federal quanto estadual, e o STF assume o papel de Tribunal Constitucional⁶.

O Cabimento dos Recursos Excepcionais

Não se adentrará neste trabalho, a todas as especificidades da evolução do recurso extraordinário, mas tão-somente será ressaltado a questão de alguns requisitos para seu cabimento no decorrer de sua existência, uma vez que a finalidade é fazer-se um paralelo com o recuso especial.

Pois bem, além dos requisitos e pressupostos necessários a qualquer recurso, estabelece a Constituição, o requisito da repercussão geral⁷ entendendo-se como tal, a transcendência subjetiva da questão a ser submetida à Corte, refletindo sua relevância sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico.

⁶ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-Constituinte>, acessado em 20 mar 23.

⁷ Requisito de cabimento inserido pela Emenda Constitucional 45/04.

Ainda como instrumento de filtro para acesso à Corte Constitucional, seria necessário observar-se, o requisito do “prequestionamento”⁸.

Referido instituto, fundamenta-se na necessidade de o tema ser debatido e decidido pelo órgão colegiado recorrido, conforme previsão constante nos artigos 102, III e 105, III da Constituição da República de 1988,⁹ além de evitar os julgamentos *per saltum*.

Esta questão é muito delicada e até hoje motivo de muitas controvérsias. Por muito tempo a ausência do prequestionamento, ensejou o não conhecimento do recurso, haja vista farta e unânime jurisprudência neste sentido, com base na interpretação dos dispositivos constitucionais acima referidos, além das súmulas editadas pelas respectivas cortes.¹⁰

Ocorre que, em dado momento, o STF passou a admitir o prequestionamento ficto, assim entendido como aquele que, opostos os embargos de declaração tempestivamente, independentemente de seu conhecimento ou não, equivaleria ao cumprimento do requisito.¹¹ Porém, após um lapso temporal, o STF voltou ao seu posicionamento original.

Todavia, para o STJ, o posicionamento continuava sendo um requisito necessário, não sendo admitido o prequestionamento ficto¹². Para que o juris-

8 Anteriormente chamado de “questionamento”, cuja primeira previsão constitucional advém do artigo 60, §1º, a da Constituição de 1890. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm . Acessado em 24 mar 2023.

9 Ressalte-se que esta conclusão é extraída dos referidos incisos, quando se referem a “causas **decididas em única ou última instância**” (original sem grifo)

10 Súmula 356 STF: O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento. Súmula 282 STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

11 Ag .reg. no recurso extraordinário com agravo 1.271.070 SP; Pleno; julg. 08/09/2020 <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1107668406/inteiro-teor-1107668660> . Acessado em 24 mar 2023.

12 Súmula 211 STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Súmula 320 STJ: A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento

dicionado suprisse o requisito do prequestionamento junto ao STJ, deveria interpor recurso especial com fundamento em violação a dispositivo federal infraconstitucional (artigo 1022 do CPC), o qual após julgado, devolvia a questão ao tribunal recorrido que, julgando os embargos de declaração, permitia a interposição de recurso especial em face da violação ao dispositivo infraconstitucional de origem (aquele objeto do recurso especial).

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o prequestionamento ficto ficou disciplinado no artigo 1025¹³, passando-se a crer que o problema estivesse resolvido. Porém, não foi o que aconteceu, pois, tanto o STF quanto o STJ, mantiveram jurisprudência de não acolhimento do prequestionamento ficto, dependendo da Turma¹⁴.

Atualmente, o STJ exige que, para se valer do prequestionamento ficto disposto no artigo 1025 do CPC, há de se indicar a violação expressa do artigo 1022 do CPC além da violação objeto do recurso especial¹⁵, a fim de justificar supressão de instância.

13 Artigo 1025 do CPC: Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

14 ARE 1419812 AgR -segundo. Min. Alexandre Moraes; julg. 20/03/2023. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=prequestionamento%20&sort=date&sortBy=desc

15 AgInt no AREsp 1808366 / SP; 1ª Turma; julg. 13/03/2023; AgInt nos EDcl no REsp 2023876 / SP; 1ª Turma; julg. 13/03/2023. Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>.

ARE 1380897; Min. Edson Fachin; Julg. 03/012/2023 ; AgR 1271070, Min. Dias Toffoli, Julg. 21/10/2020, RE 1399116, Min. Nunes Marques, Julg. 07/12/2022. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012020-&page=2&pageSize=10&queryString=%22prequestionamento%20ficto%22&sort=date&sortBy=desc

Min. Dias Toffoli, Julg. 21/10/2020, RE 1399116, Min. Nunes Marques, Julg. 07/12/2022. Disponível em https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012020-&page=2&pageSize=10&queryString=%22prequestionamento%20ficto%22&sort=date&sortBy=desc “Acessado em 24 mar 2023.

Quanto ao STF, atualmente tem admitido o prequestionamento ficto ora o prequestionamento explícito, como se pode conferir dos julgados mencionados no rodapé deste artigo.

O mais recente requisito de admissibilidade, decorrente da EC 125/23, é o da relevância, para os recursos especiais, o qual será objeto de um capítulo específico adiante.

Diante dos julgados citados, demonstrado está o quanto estes requisitos para admissibilidade de recursos nos Tribunais Superiores têm natureza de obstáculos ao acesso à justiça.

Conhecidos por “jurisprudência defensiva”, têm por finalidade precípua, criar empecilhos para distribuição de novos recursos pelo jurisdicionado, no afã de reduzir seus acervos para que finalmente possam prestar um serviço de qualidade.

Da Jurisprudência Defensiva

Por certo, além dos requisitos necessários ao cabimento dos recursos excepcionais dispostos na Constituição e no Código de Processo Civil, ainda temos os requisitos oriundos dos entendimentos jurisprudenciais, o que só aumenta a insegurança jurídica para o jurisdicionado e a segurança quantitativa para os referidos Tribunais, o que compromete terrivelmente o exercício da cidadania em nosso país.

O Brasil é um país de extensões continentais que possui uma população imensa, a qual, por força da internet e redes sociais, tem exigido seus direitos através da provocação do judiciário.

Há de se observar que o Direito, não era um caminho para muitos, até bem pouco tempo atrás. O seu acesso sempre esteve disponível para classes

mais abastadas, as quais, formaram correntes e jurisprudências, de acordo com seus interesses.

Por outro lado, após a Constituição da República de 1988, uma nova frente se estabelece, cujo objetivo era o de permitir a existência e exercício de direitos fundamentais, cujo reflexo se estende a todos os ramos do direito, incluindo o processo civil. E a partir de então, o Direito foi se transformando e ainda se encontra em plena transformação.

Ocorre que o judiciário não acompanhou esta transformação, ficando cada vez mais massificado e produzindo cada vez mais decisões em descompasso com a urgência que se fazia necessária. E esta assertiva não é meramente retórica, mas pode-se aferir pelos dados ofertados pelos próprios Tribunais, que demonstram que o excesso de recursos excepcionais já vem de muito, ocupando o judiciário.

O que torna mais incompreensível nesta matemática infinita, é que, quanto mais o número de recursos excepcionais aumenta, sufocando o judiciário, mais requisitos de admissibilidade são criados para impedir o seu acesso, e, no entanto, as Cortes não conseguem manter um equilíbrio entre acesso de recursos e decisões de mérito destes recursos, tampouco, resolver o seu passivo.

Observe-se o levantamento abaixo¹⁶, que faz um apanhado geral de processos distribuídos ao STJ desde 1989:

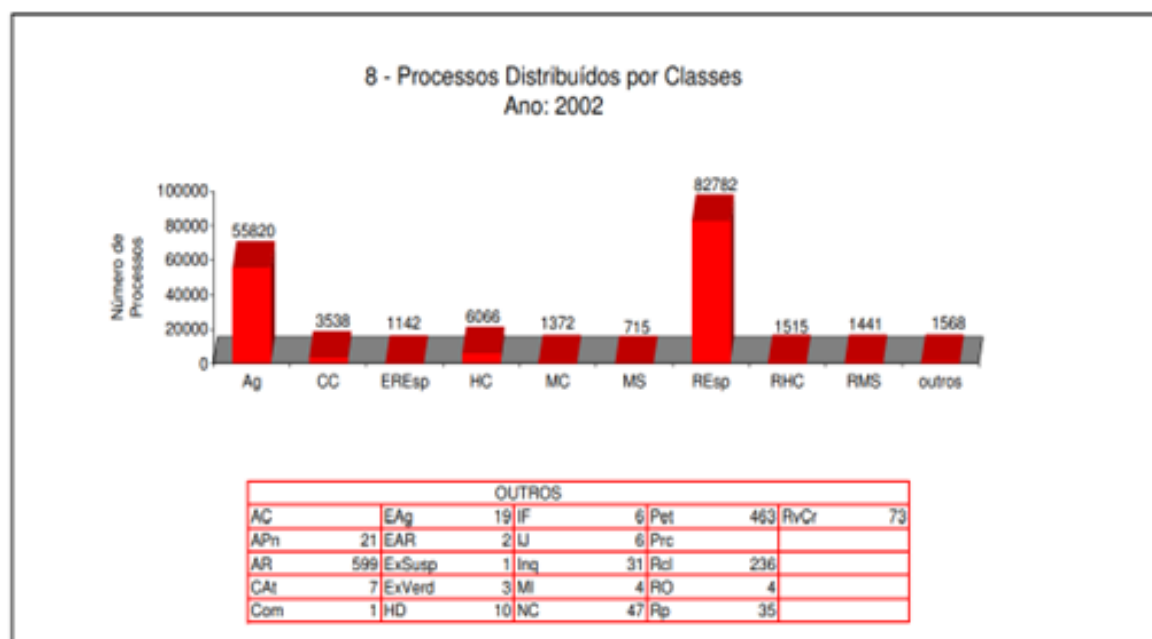
16 Relatório estatístico de 2002 e 2021_STJ. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RelEst/issue/archive> . Acessado em 25 mar 2023

Superior Tribunal de Justiça - Secretaria Judiciária
Subsecretaria de Execução Judicial e Estatística - Divisão de Estatística Processual

12 - Processos Distribuídos e Julgados no Período de 07/04/1989 a 31/12/2002

Meses	1989		1990		1991		1992		1993		1994		1995		1996		1997		1998		1999		2000		2001		2002		
	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	Distrib	Julg	
Janeiro	--	--	817		1325		2415	90	1715		2393	77	2775	22	4714	146	3226	70	5315	175	4937	359	9751	295	11376	570	7590		
Fevereiro	--	--	587	764	1506	1480	3635	2865	2432	3201	2982	3390	3849	3657	5825	6696	7602	6771	5060	8856	9883	11083	9528	17578	13474	18495	13836	16161	
Março	--	--	926	974	1736	1549	1529	2621	4037	5096	4140	4851	8308	5159	6234	7723	8483	7534	7758	10775	10607	13035	7292	12982	15745	21722	13834	18055	
Abril	--	--	1256	974	2426	2155	2270	2035	2858	2938	4688	4521	4778	5826	4396	6274	11177	11649	6533	6501	9124	10794	6066	9754	11278	13483	16850	18113	
Mai	--	--	1209	1185	2549	2273	3265	2668	1738	3488	4021	4834	7375	7442	7262	7080	11877	9686	7044	9612	11336	12738	12991	14357	13679	20803	11931	15318	
Junho	(11/15/15)	(11/258)	1045	995	2057	2130	4203	3835	2672	2992	3415	4525	5570	4786	5922	7650	11117	13408	6435	8953	13092	11252	13862	15705	11290	15709	10239	15599	
Julho	283		1059		1350		2715	200	3394	210	3210	189	6521	661	5123	235	6313	454	7608	107	8772	978	9933	1901	6784	478	10982	792	
Agosto	757	710	1412	1598	2179	2360	2478	3993	3083	3868	3064	5549	5796	9084	7053	8717	6101	13196	8866	10989	11164	13103	14496	17007	13787	17174	15725	17311	
Setembro	1246	661	1497	1205	1947	1892	3135	3693	3191	3987	3080	4162	6045	6770	7464	9087	7921	10413	10515	11575	12441	13170	15710	12792	18724	17547	17837	17213	
Outubro	941	768	1765	1555	2235	1995	2967	3495	2809	3263	2974	3718	6282	6906	8814	8045	7715	10707	10460	11843	11384	13862	21352	17411	31060	28821	14529	21596	
Novembro	808	713	1487	1282	1993	1785	3196	3622	3286	3183	3446	4576	6709	7044	8766	8709	8545	10252	9470	12753	9555	15382	18319	21320	24535	29237	12378	18993	
Dezembro	553	601	1027	1210	2065	1668	2164	2311	2721	2879	1277	2540	4568	4975	5459	6256	6199	7914	7043	8328	6682	12286	11438	13062	12446	14574	10228	11641	
Total	6103	3711	14087	11742	23368	19267	33872	31428	33336	35105	38670	43032	68576	62332	77032	77629	96376	102054	92107	101467	118677	128042	150738	154164	184478	198613	155959	171980	

Considerando-se o acervo de 2002 (155.959 processos), a quantidade de Recursos Especiais e seus derivados, demonstraram sua grande quantidade, ultrapassando sobremaneira os demais recursos:



Fonte: Subsecretaria de Autuação, Classificação e Distribuição de Feitos.

No levantamento abaixo, verifica-se que em 2021¹⁷, a quantidade de processos manteve sua alta, mostrando um aumento de 16,42% (58.192) em relação ao ano anterior:

17 Do total de processos recebidos em 2021 (412.590), 227.348 (55,10%) foram de ARES e 61.647 (14,94%) de Resp.

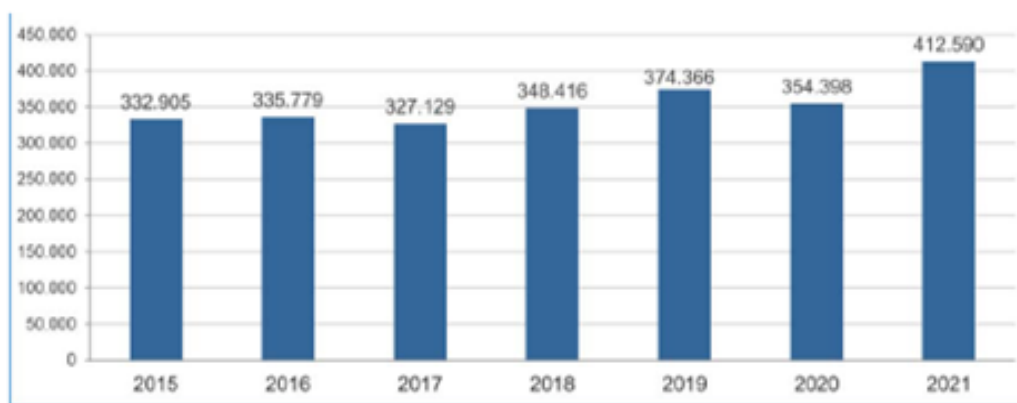


Figura 8. Série histórica dos processos distribuídos.

O que importa aqui demonstrar é que a quantidade de Recursos Especiais e suas derivações, sempre ocupou um lugar de grande relevo em sua distribuição no Tribunal. Logo, há muito que o problema se arrasta, apesar dos empecilhos que ao longo da história, vem sendo colocados para impedir o seu crescimento.

Note-se que, deste acervo, 227.348 (55,10%) processos referem-se a ARES, ou seja, Agravo em Recurso Especial, que advém de um juízo negativo de admissibilidade no Tribunal de origem (juízo provisório de admissibilidade). Isto significa que, ainda haverá o juízo de admissibilidade da própria Corte sobre este percentual, os quais ainda serão objeto dos requisitos obstaculizadores para seu acesso.

Vejamos os números de 2022¹⁸:

18 Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RelEst/article/view/12781/12898>. “(...) dos processos que tiveram o seu mérito analisado, 28,13% (41.299) dos REsps e AREsps julgados pelo STJ em 2022 foram concedidos, ou seja, 71,87% dos processos analisados pelo tribunal não tiveram o teor da decisão do tribunal de origem alterada, indicando que a jurisprudência do STJ tem sido aplicada na maioria dos casos. (pag. 19)” Ocorre que o levantamento não informa as razões pelas quais os 71.87% não tiveram o teor da decisão do tribunal de origem alterada. Este dado tem de ser mais esmiuçado, pois dá a aparência de que todos estes recursos tiveram o mérito apreciado, o que não corresponde com os dados fornecidos.

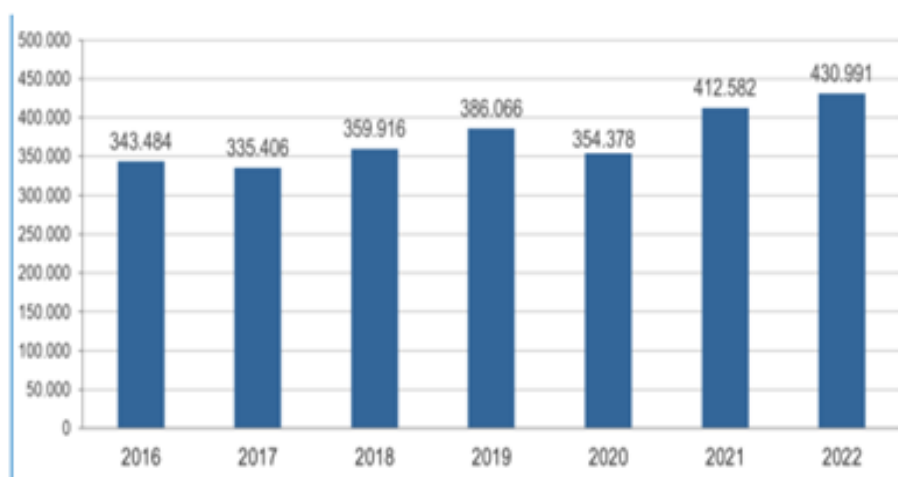


Figura 8. Série histórica dos processos distribuídos.

“(...) As principais classes de feito distribuídas foram o AREsp 242.803 (56,34%), seguido pelo HC 80.587 (18,70%), e pelo REsp 63.621 (14,76%).”

Perceba-se que, se o gargalo da Corte se encontra nesta classe de processo (agravo em recurso especial), deve-se se debruçar na busca da origem do problema, analisando as razões desta corrida desenfreada à Corte Superior.

Sabe-se que o Recurso Especial não tem por finalidade a análise de fatos ou provas, haja vista sua competência de controle da aplicação do Direito Objetivo. Todavia, isto não quer dizer, obrigatoriamente, que um acórdão que foi objeto de um Recurso Especial não possa ser modificado, refletindo no (re) julgamento dos fatos e provas.

Muito se fala que os recursos excepcionais não têm o caráter de impedir o acesso à justiça, uma vez que não adentram no mérito da questão. Porém, uma decisão de mérito que foi confirmada em 2ª instância, ao ser objeto de um recurso especial, pode comprovar que a interpretação dada ao dispositivo legal que embasou aquela decisão recorrida estava equivocada, e por consequência, pode acarretar a nulidade do julgado, oportunizando-se novo julgamento da matéria.¹⁹

¹⁹ STJ - Resp 963220 BA 2007/0143393-9. Disponível em https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=efeito+substitutivo+do+recurso+especial&unlock-feature-code=unlock_case_law_information&unlock-from-component=serp-juris-snippet-publication-date-link. Acessado em 25 mar 2023

É claro que não se pode fazer desta hipótese uma regra, contudo, não se pode também descartá-la por completo. Portanto, a chance de o cidadão conseguir obter a reforma de um acórdão que entende equivocado (e não, injusto) é potencialmente relevante.

O que se pretende ressaltar é que, resolver a dificuldade do judiciário dificultando o acesso do jurisdicionado aos Tribunais Superiores, vai de encontro ao princípio republicano de acesso à justiça (lato senso) e ao fundamento do Estado Democrático de Direito mais representativo do povo, que é a cidadania.

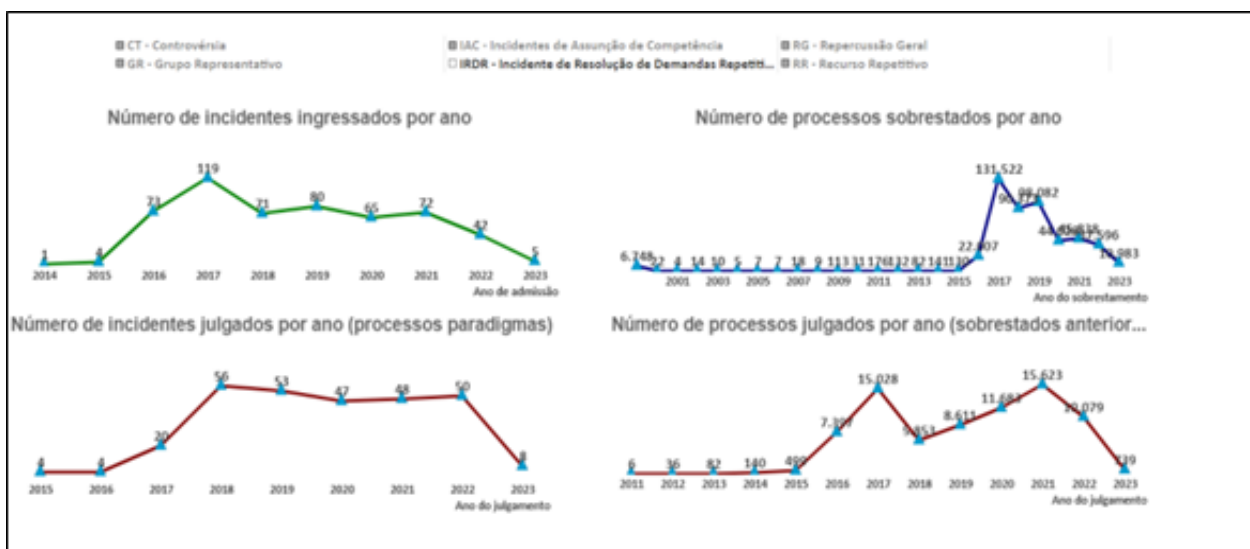
Ouve-se como justificativa para referida iniciativa, que chegam à Corte, ações banais, de pouca relevância, que não deveriam ser objeto de análise de uma Corte Superior.

Mas, note-se, vários aspectos devem ser analisados sobre esta questão, dentre tantos: A qualidade dos julgados das instâncias inferiores tem sido verificada? Até que ponto a autonomia dos juízes não colabora para insuflar o judiciário, com decisões contraditórias, através de entendimentos pessoais e, muitas vezes teratológicos? Quem são os demandantes que mais recorrem? (normalmente, grandes interesses privados e o próprio Estado!!!!)

O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderia resolver muitos dos casos “sem relevância”, que acabam por subir às Cortes Superiores, mas este instrumento é pouco utilizado pelos relatores.

Uma pesquisa que abarca STF, Tribunais Superiores e Tribunais Estaduais e Federais disponível pelo CNJ²⁰ sobre Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, demonstra quão modesta é a utilização deste instrumento, a saber:

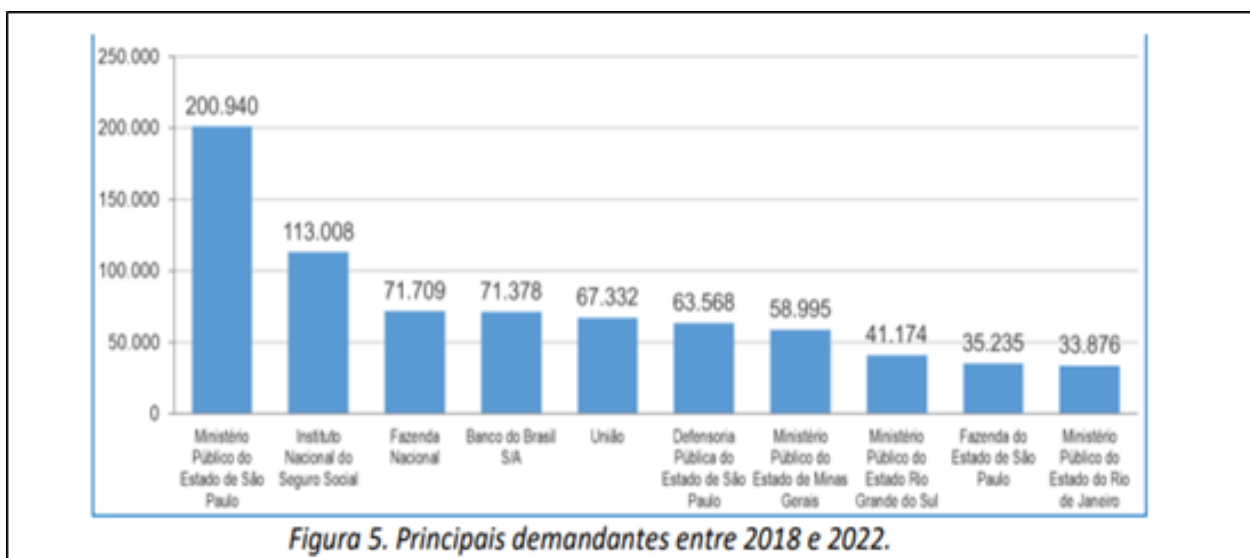
20 Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos.



Enfim, não se tem a ingenuidade de supor que uma pesquisa mais aprofundada sobre a (não)utilização destes instrumentos pelos tribunais inferiores ou mesmo sobre a qualidade dos julgados (e não está se falando em autonomia do juízo, mas em observância da autorreferência dos Tribunais) ou ainda, a criação de mecanismos de solução de conflito com as Instituições que mais demandam, é extremamente trabalhoso, contudo, julgamos ser mais racional este trabalho aprofundado, que a inserção de requisitos de admissibilidade que impeçam cada vez mais o trâmite destes recursos por cidadãos comuns, e que, ao final, pouco resultado trazem aos Tribunais.

De acordo com pesquisa do próprio STJ, os demandantes que mais recorreram nos últimos 5 anos foi o Ministério Público do Estado de São Paulo (200.940), o INSS (113.008), a Fazenda Nacional (71.709), Banco do Brasil (71.378) e União (67.332), conforme dados constantes do gráfico abaixo²¹, o que corrobora a tese de que não é o cidadão quem obstrui os Tribunais, mas é quem paga o preço das reações impeditivas de acesso:

21 Relatório estatístico 2022, disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/RelEst/article/view/12781/12898>, pag. 10



Do Novo Requisito de Admissibilidade do Recurso Especial

A Emenda Constitucional nº 125 de 2022, alterou o artigo 105, incluindo o parágrafo 2º, o qual inclui como requisito de admissibilidade a demonstração de relevância da questão de direito federal infraconstitucional a ser discutida no recurso especial (paralelo ao instituto da repercussão geral do recurso extraordinário).

Não bastasse mais um requisito de admissibilidade, o parágrafo 3º deste mesmo dispositivo constitucional, dispõe sobre os casos em que esta relevância é presumida, não necessitando, portanto, de sua demonstração para a admissão do recurso especial.

Dois incisos chamam a atenção: (i) o inciso III - ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos e o inciso VI - outras hipóteses previstas em lei.

Os demais incisos, por si só, já demonstram a importância dos temas, como as ações penais, improbidade administrativa e aquelas que possam gerar inelegibilidade, pois são temas sensíveis aos interesses da sociedade.

Contudo, o inciso III (ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos), atende a grandes demandantes, que por si só, já legitimam grandes empresários ou grandes Instituições.

Com certeza, ações com valores acima de 500 salários mínimos, não traduzem por si só, assuntos de grande relevância de questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Qual o parâmetro objetivo que se pode aferir sobre o valor fixado, a fim de classificar a ação como relevante? É coerente um tribunal da cidadania proteger grandes interesses em detrimento dos demais? É claro que ainda que não houvesse este inciso, estes demandantes teriam (como têm) seus recursos conhecidos e julgados sem a menor dificuldade, pois geralmente são representados por grandes escritórios de advocacia ou pelo próprio Estado (União, p.ex.).

Todavia, o que se põe em reflexão é por que referido parâmetro constitui relevância presumida.

O inciso V “hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça”, também é digno de se questionar o que se entende por jurisprudência dominante, eis que, ser dominante significa ser majoritária, mas não necessariamente sumulada, além do fato de poder ser dominante em uma turma e não ser em outra. Enfim, são reflexões necessárias para o entendimento do objetivo a ser alcançado.

Mas o cerne da questão é: de que forma este critério subjetivo (relevância), promoverá a diminuição do acervo de recursos especiais, se o próprio levantamento do STJ aqui ilustrado, aponta como os maiores recorrentes o Ministério Público do Estado de São Paulo, Fazenda Nacional, Banco do Brasil, INSS, União, entre outros entes?

Quanto ao inciso VI, conceito aberto (outras hipóteses), que, ao mesmo tempo em que permite o acolhimento de situações outras, também oportunizará tentativas de admissibilidade que ficarão reféns do entendimento do tribunal, sobre o enquadramento desta relevância.

Não se pode olvidar que referido requisito tem a finalidade de dificultar o acesso ao Tribunal Superior, pois, como o próprio STF, aquele também se encontra fora de controle, na ordem quantitativa.

Referido requisito ainda não está sendo exigido, haja vista que falta sua regulamentação, a qual se fará através de seu regimento interno.

O requisito de relevância, não trará solução ao problema, pois a causa do problema não está sendo enfrentada. Mais uma vez a sociedade se submete a uma exigência processual, que só traz conforto para o próprio tribunal, longe de se ter uma solução que enfrente a questão de fundo.

Conclusão

O que se observa é que o próprio STJ, que foi criado para desafogar o STF, hoje precisa de um outro tribunal para desafogá-lo.

A história se repete e os requisitos de admissibilidade também, e nenhum dos dois tribunais mais importantes do país, consegue dar a resposta necessária à sociedade, quando procuram o judiciário para submeter lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

Mais que criar filtros constitucionais e jurisprudenciais, ou aplicar a inteligência artificial para substituir o trabalho individual diante da massificação dos processos (pois os critérios nele inseridos, decorrem dos dados alimentados

pelo interessado, leia-se, os próprios tribunais²²), é preciso se conscientizar que o judiciário brasileiro adoeceu, e sua cura requer r escolhas, coragem e vontade de fazer.

O artigo 926 do Código de Processo Civil aduz que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Não serão filtros, requisitos, empecilhos, que farão com que este artigo realmente tenha relevância em nosso ordenamento jurídico. Há de se ter uma mudança interna no judiciário. Não há mais cabimento de se defender um livre convencimento sem coerência e uniformidade.

Se isto não acontecer urgentemente, mais filtros virão, menos recursos serão admitidos e julgados e, cada vez menos, os cidadãos se sentirão inseridos numa Constituição dirigente.

É cediço que os princípios se tornaram normativos, principalmente no que tange aos direitos fundamentais. Sopesá-los quando necessário, não significa excluí-los, mas relativizá-los com proporcionalidade e razoabilidade.

Diz a Constituição, em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos, a cidadania, ressaltando em seu parágrafo único que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Ser guardião da Constituição, é no mínimo, ser guardião do exercício da cidadania, e ser um Tribunal de Cidadania, é quando menos, ser tutor dos direitos e garantias fundamentais expressados no artigo 5º da Constituição da República, em especial, no seu inciso XXXV.

22 Por exemplo, PLATAFORMA ATHOS e THOS. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/solucoes-de-inteligencia-artificial-promovem-celeridade-para-o-poder-judiciario/> . Acessado em 20 mai 2023.

Referências

https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/139953/Constituicoes_Brasileiras_v5_1946.pdf?sequence=9&isAllowed=y acessado em 24 mar 2023

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-Constituinte>, acessado em 20 mar 23.

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/Antecedentes>. acessado em 20 mar 23.

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/RelEst/article/view/12781/12898>. acessado em 13 mar 2023.

Júnior, Fredie Didier e Cunha, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. 14 ed. Re3v. e atua. Salvador: Jus Podium, 2017.

URTADO, Daniela. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depe-so/342049/legitimidade-ativa-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade> . Acessado em 20 mar 2023

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. Curso de Direito Constitucional . 2. ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.



DEMOCRACIA E HERMENÊUTICA DO ARTIGO 142 DA CONSTITUIÇÃO: O PARADIGMA DO PODER MODERADOR

Laurinaldo Félix Nascimento

Elaine Freitas Fernandes

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-A

Resumo: O objetivo desse artigo é abordar a questão do princípio da separação dos poderes na Constituição Brasileira e a existência de um suposto Poder Moderador inscrito no artigo 142 da Carta Magna. A ideia central foi analisar a divisão tripartite que é uma das instituições da ciência política e da jurídica na divisão dos poderes de um governo em três níveis de repartição de atribuições. Consolidada por Montesquieu, a divisão do Estado foi separada em um Poder Executivo, que cuida de administrar, cumprir as leis e efetuar ações de execução das atividades de gestão da res-pública; um segundo poder é o Poder Legislativo com dupla função de criar leis e fiscalizar o Poder Executivo; o terceiro Poder é o Judiciário que interpreta, julga e aplica as leis. Nesta divisão o chamado mecanismo de freios e contrapesos (*checks and balances*), é um sistema onde cada poder controla harmonicamente a atuação de outro, de modo a haver uma independência harmônica de forças, provocando um

equilíbrio no processo democrático no funcionamento do Estado. Interessa pesquisar um problema neste trabalho se há, um Poder Moderador na Constituição do Brasil, que seja acionado e modere a atuação dos outros. Com efeito, a principal orientação epistemológica dos assuntos versados é a Crítica Hermenêutica do Direito, com o fito de circundar o tema por intermédio de uma vertente mais exegese. Para execução deste trabalho foram realizadas pesquisas bibliográficas, pesquisas em livros e artigos científicos disponíveis na internet, para dar fundamento aos conceitos e teorias correlacionadas ao objetivo.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Poder Moderador; Tripartição de Poder. Hermenêutica Jurídica Constitucional.

Abstract: The purpose of this article is to address the issue of the principle of separation of powers in the Brazilian Constitution and the existence of a supposed Moderating Power inscribed in article 142 of the Constitution. The central idea was to analyze the tripartite division that is one of the institutions of political and legal science in the division of a government's powers into three levels of allocation of attributions. Consolidated by Montesquieu, the division of the State was separated into an Executive Branch, which takes care of administering, enforcing the laws and carrying out actions to carry out the activities of managing the res-public; a second power is the Legislative Power with the dual function of creating laws and supervising the Executive Power; the third branch is the Judiciary that interprets, judges and applies the laws. In this division, the so-called checks and balances mechanism is a system where each power harmonically controls the performance of the other, so that there is a harmonic independence of forces, causing a balance in the democratic process in the functioning of the State. It is interesting to research a problem in this work if there is a Moderating Power in the Constitution of Brazil, which is activated and moderates the performance of others. In fact, the main epistemological orientation of the subjects covered is the Hermeneutic Critique of Law, with the aim of surrounding the theme through a more exegetical aspect. In order to carry out this work, bibliographic research, research in books and scientific articles available on the internet were carried out, to support the concepts and theories related to the objective.

Keywords: Democratic state; Moderating Power; Power Tripartition. Constitutional Legal Hermeneutics.

Introdução

O estudo do princípio da separação dos poderes é afeto também a própria teoria das concepções de formação do Estado, no entanto, este estudo focará seu objeto no Princípio Tripartite dos poderes da República já inscrito no art. 2º da Carta Magna brasileira com a instituição na Constituição dos Poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Historicamente na continuidade do sistema tripartite o princípio dos poderes harmônicos e independentes acabou por dar origem ao conhecido Sistema de “freios e contrapesos” ou “*Checks and Balances System*”, que foi estabelecido por Montesquieu na sua obra *O Espírito das Leis*, quando afirmou “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites [...] Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1995 p. 118).

Anteriormente em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, diferentemente da clássica teoria da separação dos poderes, que divide o poder do Estado em Poder Executivo, Legislativo e Federativo, John Locke leciona que há três poderes que se convertem em dois “a competência do Poder Federativo é a de administrar a segurança e o interesse público externo e competência do Poder Executivo é a da execução das leis internas [...] E embora sejam distintos em si, dificilmente devem ser separados e colocados ao mesmo tempo nas mãos de pessoas distintas” (LOCKE, 1994, p. 171).

O constituinte originário alocou os órgãos das Forças Armadas no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, estabelecendo todo sistema exceções constitucionais: estado de defesa (Art. 136) estado de sítio (Art. 137 a 139), de proteção social ou segurança pública (Art. 144) e defesa

da pátria, em princípio contra um ataque a soberania do país, caso das Forças Armadas, cujas competências estão descritas no Art. 142, da Constituição Federal, que diz:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Diante do exposto presente trabalho tem como objetivo geral analisar a recente discussão sobre a existência de um Poder Moderador, adstrito ao Art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Como objetivos específicos discutir, se na aplicação desse artigo, existe um espaço hermenêutica, no sentido da compreensão da competência relativa à garantia dos poderes constitucionais e por iniciativa desses da lei e da ordem às Forças Armadas atuariam como um Poder Moderador.

Limitando os outros Poderes da República, em especial o Legislativo ou Judiciário, uma vez que estão vinculadas, como Instituições Permanentes ao Poder Executivo, em Especial ao Presidente da República como autoridade suprema das Forças Armadas.

Contudo a despeito das ideias filosóficas de John Locke e de outros jus-positivistas modernos, não se encontrou um sistema de separação de poderes prevalecendo até hoje a visão de Montesquieu como a clássica divisão ocidental dos Poderes Legislativo, Executivo, e Judiciário, independentes e harmônicos, baseados nos freios e contrapesos.

A segurança jurídica e social é um dos pressupostos do convívio em sociedade, a segurança foi uma das matrizes iniciais do modelo de estado hobbesiano, quando o ser humano percebeu que viver em sociedade permite melhores

condições de sobrevivência que a vida isolada. Os Estados foram idealizados com a premissa de oferecer segurança individual e coletiva aos seus cidadãos.

Por causa da inclinação do homem às suas paixões, não há de se esperar que a razão – que é a lei natural – venha a imperar. Por isso, para Hobbes, “apesar das leis da natureza, é necessário um poder que mantenha a segurança. Resulta daí, para ele, a necessidade de que as leis naturais sejam concretizadas por meio do soberano, no Estado” (MASCARO, 2016, p. 155).

Segundo Miguel Reale “o Direito parece-lhe ser uma convenção feita entre homens cansados de agressões mútuas, exaustos do estado selvagem, cheio de perigos recíprocos, de insegurança para todos (REALE, 1999, p. 623).

A promessa de defesa dos cidadãos, são o corolário dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são nesses pilares, no qual estão fixados o Estado Democrático de Direito

O tema mostra-se relevante academicamente e dentro do contexto dos Direitos Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, no eixo temático Jurisdição Constitucional e Democracia, com uma temática contextualizada na atualidade.

Por força dos aspectos explicitados, a sistemática do presente pesquisa está estruturada metodologicamente da seguinte forma:

O primeiro capítulo promove-se uma discussão histórica do Instituto do Poder Moderador na Constituição Brasileira com a discussão conceitual de Poder Moderador e suas origens advindas a partir da Revolução Francesa e da literatura do jurista Brasileiro Benjamim Constant seu principal precursor.

No segundo capítulo, discute-se sobre uma recente controvérsia promovida por juristas e militantes políticos sobre a existência de um Poder Moderador “implicitamente” descrito no Art. 142 da CF/88, buscando criar uma instabilidade político-democrática na teoria do princípio da separação dos poderes e na hermenêutica jurídica constitucional.

Por fim, no terceiro capítulo, adentra-se na Teoria da Crítica Hermenêutica do Direito, como forma de refutar a narrativa criada, como um meio de causar instabilidades no Estado Democrático de Direito.

Consta informar que a metodologia utilizada no presente é a pesquisa do tipo teórica, sobretudo, o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica em livros, periódicos e normas jurídicas constitucionais e legais.

Histórico Instituto do Poder Moderador na Constituição Brasileira

A instituição do Poder Moderador no Brasil veio com a outorga da Constituição do Império de 1824¹, contudo as bases desse Instituto vieram da obra do jurista Benjamim Constant publicada em 1814 intitulada *Princípios políticos e constitucionais*.

O pensamento de Constant foi influenciado pelos desdobramentos da Queda da Bastilha², conforme a lição de Cunha; Cunha (2019, p. 45) durante as fases mais radicais da Revolução, tanto no chamado Terror (1793-1794) quanto no autoritarismo napoleônico (1799-1814), buscando atender às necessidades

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

² As revoltas populares, em Paris e no interior da França, tiveram início pelo aumento do preço do pão e, culminaram no dia 14 de julho de 1789, quando o povo saiu às ruas e invadiu a Bastilha. A Bastilha era uma prisão construída em 1370 No século XVII tornou-se uma prisão para nobres ou letrados, adversários políticos, aqueles que se opunham ao governo ou mesmo à religião oficial. Disponível em <https://www.ufrgs.br/alimentus1/pao/curiosidades/bastilha.htm>. Acesso em 28 mai 2022.

que a burguesia francesa demandava no período, em especial a estabilização do governo.

Explica Edward Lynch (2005, p. 93) que sendo Constant um liberal, ele temia que o liberalismo provocasse a estabilidade do poder, inspirado pelas absorções da Revolução de 1789, excluindo cuidadosamente a herança do Terror, Constant afirmava que apenas a aceitação de limitação da soberania popular poderia impedir o desrespeito aos direitos fundamentais.

É importante frisar o momento político da época que foi propício pois explicam Eder Carvalho e Carlos Gileno (2018, p. 16) que os aspectos negativos que conduziram os primeiros atos de as circunstâncias políticas da Revolução Francesa fundamentaram os primeiros contextos de governistas e opositores na Assembleia Constituinte de 1823 referentes à institucionalização do Poder Moderador.

Os autores³ ainda explicam que havia uma guerrilha política a Assembleia e o Monarca, fomentadas pelas discussões referentes às atribuições constitucionais do Poder Executivo e do Poder Legislativo, o cenário favoreceu o conceito de Poder Moderador começou a ser empregado a partir daquela data no debate parlamentar brasileiro.

Continua Lynch⁴ a apontar que na visão de Constant o Poder Moderador teria o papel fundamental de impedir que os outros três poderes, entrando em choque, levassem uns aos outros de vencida, assegurando a estabilidade do Estado liberal e os direitos civis e políticos dos cidadãos.

É por oportuno trazer a explicação de Edward Lynch (2005) a tese de divisão de poderes foi adotada por todos os países que se pretenderam liberais, essa conceituação de Constant não foi convencionalmente adotada por nenhu-

³ Idem, p. 16.

⁴ Idem, p.93.

ma das grandes nações democráticas que então dominavam o cenário político ocidental. Com efeito, seria no Brasil, por iniciativa praticamente pessoal de Dom Pedro I, que a criação de Constant tomaria formalmente vida⁵.

Assim na Constituição de 1824 nos seus Art. 10 e Art. 98 a 101, assim decretavam:

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

[...]

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Títulos são “Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brasil” e tem o Tratamento de Majestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

Verifica-se que além de ser uma modalidade de poder adstrito apenas ao Império brasileiro, o que diferenciava de outras nações ocidentais, o Poder Moderador ainda introduzia, outras naturezas jurídicas a figura do imperador pessoal do monarca tais como “inviolável, e Sagrada. Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”. Sobre essas conceituações brasilianas, explica Gileno (2017) é fruto da obra de Constant que promovia um “ponto rijo, inatacável” – personificado no poder moderador – cede ante a possibilidade de qualquer cidadão alcançar o poder supremo [...] Somente quando o poder é de ordem sagrada, pode-se separar a responsabilidade do poder ”(p. 59).

Assim na Monarquia do idealizado por Benjamin Constant era a concepção do jurista nos seguintes termos:

O próprio monarca se presta sem relutância a responsabilizar seus ministros. Deve defender bens mais preciosos que este ou aquele detalhe da administração, ou tal ou qual exercício parcial da autoridade. Sua dignidade é um patrimônio da família, que ele retira da luta ao dissolver seu ministério. Somente quando o poder é de ordem sagrada, pode-se separar a responsabilidade do poder. Um poder republicano que se renova periodicamente não é um ser à parte, não impressiona em nada à imaginação, não tem direito à indulgência para com seus erros, uma vez que procurou o cargo que ocupa. Não há nada mais difícil do que defender sua autoridade comprometida quando se ataca seu ministério, composto de homens como ele e com os quais deve estar sempre solidário (CONSTANT, 1989. P. 80).

O estudo do Poder Moderador brasileiro é de interesse de estudiosos em outras países Keith S. Rosenn, da escola de Direito da Universidade de Miami escreveu sobre o tema *Separation of Powers in Brazil* (2009), onde explica que “essa constituição estabeleceu uma forma unitária de governo em que praticamente toda a autoridade estava concentrada no governo central.[...] O governo central foi dividido em quatro poderes: executivo, judiciário, legislativo e o poder moderador. (ROSSEN, 2009, P. 840,).

Concluindo este capítulo torna-se necessário esclarecer que o “Poder Moderador que foi exercido “autoritariamente” por Dom Pedro I – motivando a sua abdicação – acabou sendo exercido moderadamente pelo Monarca do Segundo Reinado” (CARVALHO; GILENO. 2016, p. 59).

O uso prudente e adequado das prerrogativas do Poder Moderador⁶ por Dom Pedro II certamente permitiu a estruturação de um sistema político estável e duradouro. Enquanto Dom Pedro II promovia alternância pacífica dos liberais e conservadores no poder.

Não é desimportante esclarecer que na atual quadra do tempo, as desconfianças com o Poder Executivo e com a sombra de um Poder Moderador vindo de Instituições Armadas ensejam debates sobre o parlamentarismo e o semipresidencialismo⁷ no Brasil

⁶ Idem, p. 60.

⁷ O semipresidencialismo é um sistema de governo republicano, que simplificadamente o pre-

A Controversia Recentemente sobre a Existência de um Poder Moderador “Implícito” na Constituição Brasileira que Viola a Separação dos Poderes e Hermenêutica Constitucional

A existência do Poder Moderador na constituição de 1824, voltou a discussão política, acadêmica, jurídica e até jurisprudencial até mesmo social no ano de 2019.

Logo após a proclamação da República pelos militares em 1889, houve a extinção do Poder Moderador com o exílio da família real e a adoção do presidencialismo e tripartição de poderes pelos militares da República da Espada.⁸

Em 1988 com a promulgação da Constituição, o desenho constitucional dado a proteção da sociedade, ficou claramente vinculado à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, ligando as Defesa Social quer pelas Órgão de Segurança Pública (polícias) quer pelas Forças Armadas, na hermenêutica constitucional, a institutos como o estado de defesa, o estado de sítio, esses de clara exceção dos direitos e liberdades individuais e na atuação da Forças Armadas instituições voltadas à “defesa da Pátria”, expressão, *latu sensu*, claramente ligada a situação de guerra externa e defesa da soberania do território e do povo.

A Constituição Federal prevê a aplicação dessas duas medidas excepcionais para restauração da ordem em momentos de anormalidade: o estado de defesa e o estado de sítio, “possibilitando inclusive a suspensão de determinadas garantias constitucionais, em lugar específico e por certo tempo, possibilitando

sidente da República é eleito, mas não acumula as funções de Chefe de Estado e de Governo, o presidente é o Chefe de Estado e o Primeiro-ministro é o chefe de Governo, numa junção entre presidencialismo e parlamentarismo, conforme o sistema adotado hoje por Portugal, por exemplo.
8 A República da Espada compreendeu os governos do marechal Deodoro da Fonseca (1889-1891), que renunciou ante revoltas internas, assumindo o vice-presidente marechal Floriano Peixoto (1891-1894), foram governos provisórios, autoritário e sem legitimidade popular.

ampliação do poder repressivo do Estado, justificado pela gravidade da perturbação da ordem pública” (MORAES, 2017, p. 591).

No art. 136 da Constituição Federal, o Estado de defesa é uma modalidade mais branda de estado de sítio e corresponde às antigas medidas de emergência do direito constitucional anterior e não exige para sua decretação, explica Alexandre de Moraes⁹, por parte do Presidente da República, autorização do Congresso Nacional. O decreto presidencial deverá determinar o prazo de sua duração; especificar as áreas abrangidas e indicar as medidas coercitivas, nos termos e limites constitucionais e legais”.

No caso de guerra (formalmente declarada pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional) e em agressão armada (que pode não ser de outro país, mas, por exemplo, de um grupo terrorista). Procedimento do estado de sítio: o Congresso Nacional o aprova por decreto legislativo (maioria absoluta de cada uma das Casas). Aprovado, volta ao Presidente, que decreta o estado de sítio. Mas não está obrigado a decretar, continuando sua a discricionariedade (TAVARES, 2012, p. 1193).

Contudo no trecho do artigo 142, o qual descreve o papel das Forças Armadas existem três competências precípuas, quais sejam:

a) destinam-se à defesa da Pátria - A “defesa do país contra o inimigo externo”, invasões ou guerras, cabe às Forças Armadas, à Marinha, ao Exército, à Aeronáutica (CRETELLA, 1985, p.18), esta competência é de preservação da soberania, defesa do povo e do território e de instituições frente a ameaças estrangeiras.

b) à garantia dos poderes constitucionais – é uma competência de fazer cumprir as leis e comandos constitucionais quando por solicitação de qualquer um dos poderes da República.

⁹ Idem, p. 591

c) por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem - A “garantia da lei e da ordem” foi regulamentada pela Lei Complementar 97/1999, que descreve os modelos de emprego das Forças Armadas. A garantia da Lei e da Ordem (GLO), refere-se ao emprego das Forças Armadas em situações de segurança pública, quando solicitadas pelos governos locais, em razão dos órgãos de segurança não estiverem em condições de atender momentaneamente a segurança e a defesa social, essas operações em geral são por prazos e tempo limitados até o reestabelecimento da situação de normalidade.

Uma discussão recente sobre o papel da “Forças Armadas” foi trazida à baila por questões políticas, numa forma disfarçada de discussão de controle social e dos fundamentos do sistema tripartite de poder adotado pela Teoria de Montesquieu.

Desde o início do Governo Jair Bolsonaro, no ano de 2019, no primeiro semestre do ano, foi alegado por alguns apoiadores e militantes e até renomados juristas que o artigo 142, em virtude de instabilidades políticas entre os Poderes Executivo e Judiciário, daria ensejo a uma “Intervenção Militar Constitucional” pois tal artigo havia uma função restritiva aos outros Poderes ou era qualificado como um “Poder Moderador” conferido pelo constituinte originário ao Chefe do Executivo, para mediante o uso das Forças Armadas, para interferir nos outros Poderes: Legislativo e Judiciário.

Conforme explica Henrique Breda (2022, p. 259) “em meio à crise econômica e de saúde pública ocasionada pela pandemia do Covid-19, uma série de derrotas do Planalto junto à Suprema Corte causaram desconforto e levaram integrantes do governo e de sua base parlamentar a questionar se as decisões do STF não estariam a extrapolar o papel que lhe cabe no sistema jurídico”.

A opinião pública foi levada a crer por essas informações distorcidas e por outras de imprensa militante que a hermenêutica constitucional do art. 142

da Constituição Federal, comportava esses dois institutos: **Intervenção Militar Constitucional e Poder Moderador**¹⁰.

Dentre esses juristas, destaca-se a opinião do professor Ives Gandra Martins:

A terceira função, todavia, é que tem merecido, nos últimos tempos, discussão entre juristas e políticos se corresponderia ou não a uma atribuição outorgada às Forças Armadas para repor pontualmente lei e a ordem, a pedido de qualquer Poder.

Minha interpretação, há 31 anos, manifestada para alunos da universidade, em livros, conferências, artigos jornalísticos, rádio e televisão é que NO CAPÍTULO PARA A DEFESA DA DEMOCRACIA, DO ESTADO E DE SUAS INSTITUIÇÕES, se um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor, NAQUELE PONTO, A LEI E A ORDEM, se esta, realmente, tiver sido ferida pelo Poder em conflito com o postulante.

Alguns juristas defendem a tese que a terceira atribuição e a segunda se confundem, pois para garantir as instituições, necessariamente, estarão as Forças Armadas garantindo a lei e a ordem, já que o único Poder Moderador seria o Judiciário. Parece-me incorreta tal exegese [...]. É que não haveria sentido de o constituinte usar um “pleonismo enfático” no artigo 142 da Carta Magna, visto que a Lei Suprema não pode conter palavras inúteis (MARTINS, 2020, p. 3).

O professor de Hermenêutica Constitucional e Jurista Luiz Lenio Streck¹¹, foi uma das primeiras vozes dissonantes contra essa interpretação do professor Ives Gandra, já em maio de 2019:

Por isso, insisto: a interpretação dada por Ives Gandra ao artigo 142 da CF aqui no Conjur (há também um vídeo que circula nas redes) é, sendo um pouco eufemista e generoso com o estimado Professor paulista, muitíssimo perigosa. Para ele, as forças armadas poderiam intervir para restaurar a ordem democrática. Todavia, o que diz o artigo 142? (STRECK, 2019)

Em retórica peculiar, o propedeuta Lenio Streck (2019) aprofunda a hermenêutica do artigo 142, explicando que “Qualquer manual de direito consti-

¹⁰ Grifos do Autor.

¹¹ 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 29 mai. 2022.

tucional ensina o que é o princípio da unidade da Constituição. Por qual razão o constituinte diria que todo poder emana de povo, com todas as garantias de sufrágio etc. e, de repente, dissesse: ah, mas as forças armadas podem intervir a qualquer momento, como uma espécie de “poder moderador”¹².

No arremate da discussão o professor Streck¹³ (2019), busca apresentar seu argumento dentro dos preceitos constitucionais e legais explicando que o dispositivo trata simplesmente da exceção na missão das FA, isto é, elas — as forças armadas — podem ser usadas também na segurança pública[...] Isso se depreende dos artigos 34, III, 136 e 137 da CF. Na verdade, essa “intervenção das FA” está já regulamentada pela GLO, que tem justamente o nome de Garantia da Lei e da Ordem, bem assim como diz o artigo 142 (basta ver a LC 97/99 e o Decreto 3.897).

Outros setores da sociedade e dos Poderes da República também se manifestaram sobre a discussão.

No Poder Legislativo, a Secretária-geral da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados emitiu parecer esclarecendo que o artigo 142 da Constituição Federal não autoriza uma intervenção militar a pretexto de “restaurar a ordem”, explicando que não existe país democrático do mundo em que o Direito tenha deixado às Forças Armadas a função de mediar conflitos entre os Poderes constitucionais ou de dar a última palavra sobre o significado do texto constitucional.¹⁴

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), um dos órgãos das funções essenciais à justiça, manifestou-se mediante um Parecer, visando a afastar qual-

12 Idem ao anterior

13 Idem.

14 Agência Câmara de Notícias. 04.06.2020. Câmara emite parecer esclarecendo que artigo 142 da Constituição não autoriza intervenção militar. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/667144-camara-emite-parecer-esclarecendo-que-artigo-142-da-constituicao-nao-autoriza-intervencao-militar/>. Acesso em 04 jun. 2022.

quer má interpretação do artigo em comento:

A estrita obediência à lei é de todo incompatível com uma suposta posição de árbitro ou moderador dos conflitos entre poderes. Como instituição que detém o poder das armas, as Forças Armadas agem sob o comando das autoridades competentes e nas hipóteses legalmente autorizadas. Removidos tais limites e condições, que sabiamente informam a atuação das corporações militares, expõe-se a ordem jurídica e política ao risco bem descrito por Seabra Fagundes: o desvirtuamento do uso das armas e a negação da missão constitucional das forças militares.

[...]

A ideia de intervenção militar constitucional se incompatibiliza com o próprio cerne da separação dos poderes, opondo-se ao princípio fundamental de que os meios de defesa, em matéria de repartição de competências e de estabelecimento de freios e contrapesos, devam ser sempre proporcionais aos perigos de ataque. Reconhecer às Forças Armadas o papel de intervenor é medida que põe em gravíssimo risco toda a estrutura básica de um sistema democrático. (OAB, 2021, p. 243)

Conclui a Entidade da Advocacia Nacional, ademais, falar em um “Poder Moderador” exercido pelas Forças Armadas não apenas é demonstração de uma hermenêutica jurídica enviesada, como também é um argumento sem qualquer lastro histórico¹⁵.

A OAB se aliou a visão de Lenio Streck no sentido que o princípio básico da hermenêutica constitucional a figura da unidade da Constituição, que orienta que a interpretação do texto constitucional seja conduzida em sua totalidade e sistematicidade¹⁶.

A Advocacia Geral da União (AGU), um Órgão do Poder Executivo, também rechaçou a medida explicando que “a Carta Magna não contempla nenhuma espécie de poder moderador, interpretação esta que dissonaria em muitos tons de todo arranjo de normas constitucionais (AGU, 2020, p.1).

Assevera ainda o órgão que o princípio da unidade (mesmo argumento de

15 OAB, 2021, p. 237.

16 OAB, 2021, p. 245.

streckiano¹⁷) exige que, no exercício hermenêutico, todo o sistema seja levado em consideração, de modo a repelir antinomias entre as suas normas” AGU, 2020, p.11).

Também, o art. 142 da Constituição Federal, teve recente exegese do Supremo Tribunal Federal (STF), conforme a recente Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 6.457 (ADI 6.457), levada a efeito pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Diante desses movimentos de setores não democráticos e saudosos de Atos Institucionais de construção velada, o Ministro Luiz Fux, afastou qualquer possibilidade de destinação das Forças Armadas nesta questão de Poder Moderador e Intervenção Militar Constitucional, ratificando o seu papel constitucional (STF 2020, p. 3):

(i) a destinação das Forças Armadas na defesa da Pátria é constitucionalmente exequível apenas em casos de intervenção para repelir invasão estrangeira (artigo 34, III, da CRFB) e de estado de sítio para guerra ou de resposta à agressão estrangeira (artigo 137, II, da CRFB), devendo seguir os ritos de apreciação e autorização pelo Congresso Nacional (artigos 36, § 1; 49, II; e 137, caput, da CRFB);

(ii) o emprego das Forças Armadas na garantia dos poderes constitucionais se limita aos casos e procedimentos de intervenção “para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação” (artigo 34, IV, da CRFB) e de estado de defesa “para preservar ou prontamente reestabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional” (artigo 136, IV, da CRFB), podendo evoluir para o estado de sítio (artigo 137, I, da CRFB), pois entre os Poderes da União não se fala de garantia de quaisquer deles entre si pelas Forças Armadas, mas, taxativamente, de independência e harmonia (artigo 2º da CRFB);

(iii) a destinação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é restrita a situações extraordinárias de defesa da autonomia federativa (intervenção – artigo 34 da CRFB), do Estado e das instituições democráticas (estados de defesa e de sítio – artigos 136 e 137 da CRFB), sendo vedado seu emprego em atividades ordinárias de segurança pública (artigo 144 da CRFB), à revelia das competências das respectivas esferas de governo.

17 Streckiano é um termo jurídico que se refere ao referencial teórico do professor Lenio Streck, em especial na Crítica a Hermenêutica do Direito (CHD), a qual este Autor abordará no capítulo seguinte.

A decisão final do Ministro Luiz Fux foi no sentido que inexistia no sistema constitucional brasileiro a função de Poder Moderador para a defesa de um Poder sobre os demais, a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização¹⁸. O conceito de poder moderador, fundado nas teses de Benjamin Constant sobre a quadripartição dos poderes, foi adotado apenas na Constituição Imperial outorgada em 1824 (STF, 2020, p. 15).

Com efeito, na atualidade muitos juristas se preocupam com a tradicional tripartição, como explica Martin Hapla (2019, p. 222, traduzido pelo autor) “para o bom funcionamento do Estado é necessário que haja um certo equilíbrio social dentro dele e não apenas institucional. A separação de funções não é implementada com rigor em nenhum lugar, e nem foi no passado”

Por fim Eder Carvalho e Carlos Gileno (2018, p. 28), lecionam que a condição de guardião da Constituição Federal não oferece ao STF competência para tratar de questões reservadas à esfera política. Se a inexistência do Poder Moderador foi compensada de alguma maneira pela função desempenhada pelo STF de guardião da Carta Constitucional, talvez seja crucial não confundirmos o conceito de Poder Moderador com o conceito de fiscalizador dos preceitos constitucionais.

Continuam explicando os juristas Carvalho; Gileno (2018, p. 28) “o Poder Moderador existiu de fato na Carta Constitucional, nas instituições políticas contemporâneas o Poder Moderador é apenas imaginário, bastando observar as leis dispostas na Constituição atual”.

¹⁸ Grifos do Ministro Luiz Fux.

A Crítica Hermenêutica do Direito Voltada Art 142 da Constituição

Para que possamos entender a correta interpretação do Art. 142 da Constituição Federal e a inexistência do Poder Moderador, far-se-á uso da relação da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), Teoria ordenada por Luiz Lenio Streck que será adotada como um marco teórico para as discussões sobre o Art. 142 da CF/88.

Hermenêutica é uma palavra cuja origem está na mitologia grega, sua origem etimológica remete o grego *hermeneuein*, que em suas mutações históricas assumiu a forma hoje conhecida, porém, com a gênese na mitologia em volta de Hermes, em latim Mercúrio” (ROHDEN, 1999). No Panteão grego ele era associado à linguagem ou fala, pois como deus, poderia nomear as coisas e as pessoas. Hermes era quem fazia a interpretação da vontade dos deuses aos seres humanos.

A palavra interpretação é originária do latim e quer dizer “entre entranhas”, e isso se deve a uma prática religiosa dos feiticeiros e adivinhos, que introduziam suas mãos entre as entranhas de um animal morto a fim de conhecer o destino das pessoas e obter respostas para o problema humano¹⁹

Com efeito, a entoação epistemológica desde artigo, agrega-se a teoria da Crítica Hermenêutica do Direito. O Direito Constitucional é um assunto corriqueiro, mesmo para os leigos, até por vezes operadores do Direito, como comumente falava-se.

Por essa razão, Hermenêutica Jurídica, é um assunto singular no mundo jurídico, saber analisar um tema de prescrição prévia no texto de Constitucional, que embora pareça preciso, mas que conduzido erroneamente pode ser

¹⁹ SANCHES, Sidney de Moraes. Hermenêutica. Indaial: Uniasselvi, 2013.

utilizada para confundir o cidadão brasileiro, causando rupturas no Estado Democrático.

Torna-se necessário o amparo exegético e análise hermenêutica de teorias que se comuniquem com os objetivos gerais do nosso questionamento neste trabalho cumprem em: analisar *latu sensu* sobre a existência de um Poder Moderador, adstrito ao Art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e buscar, no *strictu sensu*, se Forças Armadas atuariam nesse papel.

Conforme defende o Professor Lenio Streck que uma Constituição democrática espanta voluntarismos e ativismos do tipo “livre interpretação-criação” [...] Não se faz justiça a golpe de caneta. E nem se dá pedalada na lei. E Pindorama²⁰ é pródigo nisso (2015)²¹.

No próprio texto no qual se opõe a doutrina constitucional de Ives Gandra Martins, Streck (2020, p. 64), rebate com verbete que ele qualifica de Constrangimento Epistemológico

que deve estar presente na doutrina jurídica em toda sua extensão. O maior desafio talvez esteja a efetuar constrangimentos quando o interprete se comporta de modo não cognitivista, isto é, assume um discurso externo ao objeto, transformando-se assim num cético. Em outras palavras, o constrangimento epistemológico tem direta relação com o dever fundamental a obter respostas corretas/adequadas à Constituição.

Assim a interpretação correta do texto constitucional deve guardar o sentido cognitivo, pois caso fosse outro o entendimento as respostas constitucionais já muito sujeitas a própria CHD, estaria enfrentando outros pontos de manifestações arbitrárias do ceticismo, quando no caso as respostas seriam inadequadas ao texto Constitucional.

Na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer, “o primeiro ponto que precisa ser destacado é que a proposta hermenêutica gadameriana não se confunde com a hermenêutica clássica. Ela é filosófica, na medida em que se

preocupa em buscar sentido a partir da compreensão” (BOSCATTO, 2015 p. 57). Daí é que, com Gadamer, se diz que:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido terminado (GADAMER, 1999, p. 402).

Assim, segundo o próprio Lenio Streck (2021), a principal inquietação se dá quando no caso do Art. 142, há uma criação hermenêutica na interpretação subjetiva do texto, é o que explica

é possível colocar regras que possam guiar o hermeneuta no ato interpretativo, mediante a criação, p. ex., de uma teoria geral da interpretação; ou se reconhece que a pretensão de cisão entre o ato do conhecimento do sentido de um texto e a sua aplicação a um determinado caso concreto não são de fato atos separados, ou se reconhece, finalmente, que as tentativas de colocar o problema hermenêutico a partir do predomínio da subjetividade do intérprete ou da objetividade do texto não passaram de falsas contraposições fundadas no metafísico esquema sujeito-objeto.

Em uma situação prática, reafirmando a assertiva anterior de que todo “intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto” (Streck, 2021), isso não abre precedentes para que haja inferências arbitrárias ao texto de lei, pois “quando o juiz pretende adequar a lei às necessidades do presente, tem claramente a intenção de resolver uma tarefa prática. [...] Isso não quer dizer, de modo algum, que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária”. (Streck, 2021).

Sendo bem sintético, as teorias de Ronald Dworkin, numa interpretação aquém do limiar da adequação não revela o histórico certo da comunidade, além de demonstrar que ela tem por característica desonrar seus próprios

princípios (Dworkin, 1999), referir uma interpretação, significa optar por uma direção, devendo ser esta a correta em matéria de princípios políticos, e não a aparentemente mais atraente ao caso presente do texto Constitucional do Art. 142 e o Poder Moderador, explica Dworkin (1999, p. 306 e 307)

[...] num romance em cadeia, a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes tipos de atitudes literárias e artísticas, em direito é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos; tanto no direito quanto na literatura, estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre o outro.

A assunção dessas bases teóricas de Dworkin e Gadamer, há uma coerência existente entre elas, no escopo da superação paradigmática, as quais se colocam em debate a seguir, na congruência do repulso de ambos à arbitrariedade interpretativa, partir da distinção proposta entre decidir e escolher, são pontos destacados por Streck (2014, p. 427):

[...] entendo que há uma série de aproximações e pontos comuns entre a teoria interpretativa-integrativa de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer. Seu caráter não epistemológico, a não cisão entre interpretação e aplicação (caráter unitário do compreender), a incorporação da reflexão moral como elemento necessário da decisão judicial (o aspecto normativo incorpora a reflexão moral, perceptível em Gadamer na relação entre o geral e o particular), o rechaço de ambos à arbitrariedade interpretativa, a incompatibilidade com as teorias da argumentação, por serem procedurais e a superação do esquema sujeito-objeto, entre outras questões

Gadamer aponta que a resposta correta e adequada há uma interpretação correta quando ninguém se pergunta sobre o sentido atribuído a algo²².

Não se enxerga uma divergência nos atos de compreender, interpretar e de aplicar, fora disso é caminhar para o autoritarismo e insegurança jurídica no âmbito da República.

²² Apesar dessa frase está bastante difundida na internet, não foi localizada a fonte primária, contudo, a frase foi dita pelo professor Lenio Streck na última aula de Hermenêutica Jurídica em 27 de maio de 2022.

Precisar de uma hermenêutica jurídica capaz de intermediar a tensão inextrável entre o texto e o sentido do texto não se pode continuar a ser entendido como uma teoria ornamental do Direito, que sirva só para colocar capas de sentido aos textos jurídicos²³.

Considerações Finais

A hermenêutica do Art. 142 da Constituição de 1998, com base na teoria infundida por Gadamer, e na a Crítica Hermenêutica do Direito vai dizer que o texto da Constituição, só pode ser entendido na sua aplicação com base da unidade do ordenamento jurídico.

Cabe ao O Supremo Tribunal Federal exercer a função de guardião da Constituição Federal²⁴, ou seja, naquilo de exorbitarem os demais poderes, cabe ao STF, controlar pela via do Direito, as ações dos poderes Executivo e Legislativo, garantindo que estes atuem dentro da constitucionalidade, não exercendo a primazia entre os demais apenas Poderes cumprindo seu papel definido pelo Constituinte Originário

Para ações do STF que exorbitem a esfera de suas atribuições, na própria Constituição existem mecanismos que podem ser acionados, construções legislativas, que existem para limitar o papel não só do STF, mas também de outros Poderes.

Como tem defendido o STF, em especial nessa questão do Poder Moderador, pela mesma via o Professor Lenio Streck tem criticado suas ações de procurar promover um ativismo, não no sentido clássico, mas no viés de ser uma corte de accountability, que os outros Poderes têm utilizado, instigando o STF

23 Verbete Hermenêutica Jurídica 2020, p. 133. STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: Cinquenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. Ed Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

24 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

a promover toda sorte de embates muitos políticos e da Administração Pública, o que tem causado a seus membros mais críticas do que encômios.

A guisa de conclusão restou a este trabalho que os objetivo geral analisar a recente discussão sobre a existência de um Poder Moderador, adstrito ao Art. 142 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, restou hermenêuticamente comprovado que não há espaço para essa função na Constituição e no Sistema Tripartite adotado pela Constituição.

Especificamente discutiu-se na aplicação desse artigo, se existe um espaço hermenêutica, no sentido da compreensão da competência relativa à garantia dos poderes constitucionais e por iniciativa desses da lei e da ordem às Forças Armadas atuariam como um Poder Moderador. Ficando esclarecido que não há espaço para essa disfunção das Forças Armadas, seu papel está plenamente previsto na Constituição e nas leis infraconstitucionais, os quais não incluem intervir em outros Poderes, meio de interpretações que tragam as Forças Armadas para ocupar um papel que não lhes cabe no ordenamento jurídico brasileiro.

Tampouco pode o presidente no sentido de atuar, limitando os outros Poderes da República: o Legislativo ou Judiciário, uma vez que às Forças Armadas, estão vinculadas, como Instituições Permanentes ao Poder Executivo, em Especial ao Presidente da República como autoridade suprema, caso não fossem subordinadas, estar-se-ia em outro regime de governo que não o Estado Democrático de Direito.

É por conclusão, no constitucionalismo moderno, que as relações entre a independência e harmonia institucional no Princípio Tripartite e são muito amplas e conceituais para ajustar às funções de cada Poder ao que deve realizar.

A sociedade muda, mas não por força de invenções ou governos, mas por acordos vindo de todos os setores da sociedade, que une a todos num conceito de Nação.

Ao que parece a experiência democrática do Brasil, a maior de sua história republicana, passa por ajustes esses acordos devem acalmar a convivência social e melhorar a harmonia entre os Poderes e não dar azo a rupturas e debates sem um rumo democrático.

O Brasil parece passar por esse estágio há alguns anos , contudo, no funcionamento da democracia importa que haja um relacionamento equânime de todos os poderes e que da sociedade ou até de correntes ideológicas ou jurídicas, não surjam soluções hermenêuticas em tempos de desequilíbrio político, econômico, social, de segurança pública e saúde, como no caso da pandemia do corona vírus, repelindo a sociedade com pujança e debate às ações que visem a derrocada dos equilíbrios de forças entre os Poderes da República.

Referências

AGU. **Advocacia Geral da União**. Informações N. 00165/2020/CONSUMIAO/CGU/AGC. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/forcas-armadas-nao-podem-atuar-poder.pdf>. Acesso em 25 maio 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, 1988.

BREDA, Henrique. O art. 142 da cf e a “intervenção militar constitucional”. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, [S.l.], v. 94, n. 1, p. 259-272, maio 2022. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/251447> . Acesso em: 04 jun. 2022.

BOSCATTO, Muriele de Conto. **Por uma fundamentação Democrática**: a diferença entre decidir e escolher. 2015. Dissertação de Mestrado em Direito, Democracia e Sustentabilidade - Faculdade Meridional, Rio Grande do Sul, 2015.

CARVALHO, E. A. de; GILENO, C. H. Poder moderador: Diferenças no comportamento político dos imperadores do Brasil. **Agenda Política**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 33–64, 2016. DOI: 10.31990/10.31990/agenda.ano.volume.numero. Disponível em: <https://www.agendapolitica.ufscar.br/index.php/agendapolitica/article/view/110>. Acesso em: 28 mai. 2022.

CARVALHO, Eder Aparecido de. GILENO, Carlos Henrique. **Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas Brasileiras: O pretérito e o presente**. In Revista Em Tese, UFSC: mar/abr 2018;

CONSTANT, Benjamin. Princípios políticos constitucionais (Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França – 1814). Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989,

CRETELLA Júnior, José. **Polícia e poder de polícia**. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 162, p. 10-34, jan. 1985. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44771/43467>. Acesso em: 25 maio 2022.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fortes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 5 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GILENO, C. H. A Carta Constitucional de 1824 e a organização da estrutura de poder institucional no Brasil. **Escrita da História**, [S. l.], n. 6, p. 50–80, 2017. Disponível em: <https://www.escritadahistoria.com/index.php/reh/article/view/59>. Acesso em: 04 jun. 2022.

HAPLA Martin. **Is Separation of Powers a Useless Concept? Part II: Tripartite System Criticism and Application Problems**. Disponível em: <https://pressto.amu.edu.pl/index.php/ppuam/article/view/21677>. Acesso em 29 maio 2022.

LYNCH, Christian Edward Cyril. **O discurso político monarquiano e a recepção do conceito de poder moderador no Brasil (1822-1824)**. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 48, n. 3, p. 611-653, jul./set. 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARTINS, Ives Gandra. **Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira?fbclid=IwAR28nLB7q7AagnM1TTBzLF1bMlevmf9KI3r059uv6K7ThMIlopOC-f41mMg>. Acesso em 29 de mai. 2022.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. – 5. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. – 33. ed. rev. e atual. até a EC no 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NEVES, Diogo Guagliardo; NEVES, P. B. P. **Poder Moderador: a Troca de Ideias e as Ideias Trocadas na Única Monarquia da América do Sul**. Revista Brasileira de História do Direito, 2019.

OAB. Ordem dos advogados do Brasil. **Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 280, n. 1, p. 235-248, jan./abr. 2021.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Unisinos, 2002.

ROSENN, Keith S. **Separation of Powers in Brazil**, Duquesne Law Review. University of Miami Law School. Law Rev. 47. 839. 2009.

SANCHES, Sidney de Moraes. **Hermenêutica**. Indaial: Uniasselvi, 2013.

STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 6457**. Relator Ministro Luiz Fux. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/ADI6457.pdf>. Acesso em: 29 mai 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Luiz Lenio. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! Site Conjur. 25 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei#:~:text=O%20juiz%20n%C3%A3o%20>. Acesso em 29 mai. 2022.

STRECK, Luiz Lenio. **Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!** Site Conjur. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>. Acesso em 29 mai. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: Cinquenta Temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. Ed Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio. Estamos condenados a interpretar. **Estado da arte**, 27 de maio de 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/hermeneutica-juridica-streck/>. Acesso em: 07 de jun. de 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.



PONDERANDO REGRAS? UM ESTUDO DE CASO, ANALISANDO CRITICAMENTE O DISCURSO DA APROPRIAÇÃO DA PONDERAÇÃO PELO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

Doi: 10.48209/978-65-5417-127-B

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a forma como o judiciário brasileiro vem se apropriando da perspectiva neoconstitucionalista dos princípios, modelo de classificação das normas com base em sua abrangência semântica propagado principalmente por Ronald Dworkin, Robert Alexy e seus seguidores.

Nessa perspectiva, se duas regras fornecem soluções distintas para a mesma situação, tem-se claramente uma antinomia e uma delas deverá ser

declarada inválida, através dos critérios da hierarquia, cronologia e da especialidade; Em caso de colisão de princípios, por outro lado, não se trabalha na perspectiva da validade, mas da ponderação, de peso, prevalecendo o princípio que for mais importante para o caso.

Ocorre que, tradicionalmente, os juristas brasileiros consideravam como sendo princípio as normas que eram consideradas como sendo de elevado grau de fundamentalidade, algumas das quais, possuem estrutura de regra na perspectiva neoconstitucionalista. E o judiciário brasileiro, ao se apropriar dessa perspectiva, parece realizar um sincretismo com as concepções tradicionais e acaba ponderando a legalidade, que, como veremos, possui estrutura de regra. Essa é uma questão que nos remete a outras, como a educação jurídica, da linguagem e do discurso jurídico. No que concerne à educação jurídica, especificamente, nos preocupa que uma teoria ganhe ampla divulgação e tanta adesão no meio jurídico sem, no entanto, ser problematizada em seus aspectos problemáticos teóricos e práticos.

Materiais e Métodos

A realização do presente trabalho decorre de nosso interesse na teoria do direito, sobretudo no que concerne à concepção neoconstitucionalista de princípio, que já tivemos a oportunidade de abordar em trabalhos anteriores (*cf.* GONÇALVES, 2011a; 2011b). Nessa perspectiva, a construção deste artigo demandou uma revisão bibliográfica dos antecedentes teóricos sobre a questão dos princípios, até chegar no neoconstitucionalismo, bem como sobre a sua recepção no direito brasileiro. Ao longo da referida revisão, buscamos identificar, a partir da avaliação dos doutrinadores, as críticas e distorções ao referido modelo.

Após o levantamento bibliográfico, que possibilitou a compreensão da teoria neoconstitucionalista — e, conseqüentemente, do contexto que envolve

a sua apropriação pelo judiciário brasileiro — fizemos um levantamento da jurisprudência dos tribunais superiores, e, diante da avaliação preliminar, selecionamos um caso, que consideramos emblemático, e no qual fizemos uma análise mais crítica e aprofundada. A categoria principal de análise foi a coerência discursiva, verificada a partir da heterogeneidade (explícita e discursiva), sobretudo a partir da presença manifesta de outros textos no texto analisado, e a relação entre texto e contexto¹.

O presente trabalho se inspira na proposta de trabalho da Análise Crítica do Discurso (doravante referida apenas como ACD). Trata-se de uma agenda de trabalho que propõe que os textos sejam vistos e analisados em relação ao contexto em que se encontram. Como a ACD não faz parte do senso comum jurídico — havendo pontos de contato, mas também confusões com perspectivas hermenêuticas e retóricas — sentimos a necessidade de apresentá-la brevemente.

Como a Análise Crítica do Discurso não faz parte do senso comum jurídico — havendo pontos de contato, mas também confusões com perspectivas hermenêuticas e retóricas — sentimos a necessidade de apresentá-la brevemente. A partir da segunda metade do século XX, eram desenvolvidas, paralelamente,

¹ Necessário esclarecer, ainda que brevemente, os conceitos de texto, cotexto, contexto e discurso. Embora no presente trabalho a análise recaia sobre um texto escrito, é necessário deixar de lado o senso comum que é utilizar o termo texto apenas para nos referir ao texto escrito. Quando falamos em texto estamos nos referindo a todo produto escrito ou falado (FAIRCLOUGH, 2001), a uma passagem sonora ou visual, de qualquer tamanho, dotada de significado e que forma um todo unificado (HALLIDAY; HASAN, 1976).

“o discurso é o conjunto de afirmações que, articuladas na linguagem, expressam os valores e significados das diferentes instituições; o texto é a realização linguística na qual se manifesta o discurso” (MEURER, 2005, p. 87).

“A noção de cotexto foi proposta por Bar Hillel para dar conta da intervenção das unidades verbais que fixam a significação das outras formas linguísticas presentes num mesmo texto. O cotexto é portanto um dos principais processos de solução das eventuais ambiguidades ou da heterogeneidade de sentido dos enunciados. Distingue-se da noção de contexto, utilizada para designar as instâncias enunciativas e os elementos extra-linguísticos relevantes para a compreensão de um texto ou de um discurso” (RODRÍGUES, s/d, grifos do original).

a *linguística crítica* na Grã-Bretanha² e a Análise de Discurso Francesa (ADF).³ Ainda em paralelo, desde meados dos anos 20, na então União Soviética, o *Círculo de Bakhtin* realizava estudos e reflexões críticas sobre a linguagem que só vieram a ser — precariamente — divulgados no ocidente a partir dos anos 60.

A partir da década de setenta, desenvolveu-se uma forma de análise do discurso e do texto que identificava o papel da linguagem na estruturação das relações de poder na sociedade (FAIRCLOUGH, 2001). Contudo, não podemos deixar de registrar que na década anterior, alguns movimentos consolidavam estudos sobre a importância das mudanças sociais como perspectiva de análise. Na Grã-Bretanha, um grupo de lingüistas desenvolveu uma “lingüística crítica”, ao articular as teorias e os métodos de análise textual da “lingüística sistêmica”, de Halliday, com teorias sobre ideologias. Na França, Pêcheux e Jean Dubois desenvolveram uma abordagem da análise de discurso, tendo por base, especialmente, o trabalho do lingüista Zellig Harris e a reelaboração da teoria marxista sobre a ideologia, feita por Althusser, que ficou conhecida como Análise do Discurso Francesa (ADF).

Posteriormente, já em meados dos anos 90, surge a Análise Crítica do Discurso (ACD), a partir da confluência dos estudos e ideias de autores como Norman Fairclough, Ruth Wodak e Teun Van Dijk. A proposta da ACD, sobretudo na vertente *faircloughiana*, é encontrar o equilíbrio entre a análise socio-antropológica (e.g. a etnografia) e a análise linguística, em poucas palavras,

2 Sobretudo a partir da conjugação da linguística sistêmico-funcional desenvolvida por Michael Halliday (que vê a gramática como um sistema de escolhas possíveis e condicionadas e, com base nisso, tenta explicar as implicações das escolhas efetivamente realizadas) a teorias relativas à ideologia na sociedade.

3 Uma perspectiva de análise de discurso que se baseia em muito no desenvolvimento das ideias de Marx realizado por Louis Althusser, sobretudo no que concerne à ideologia.

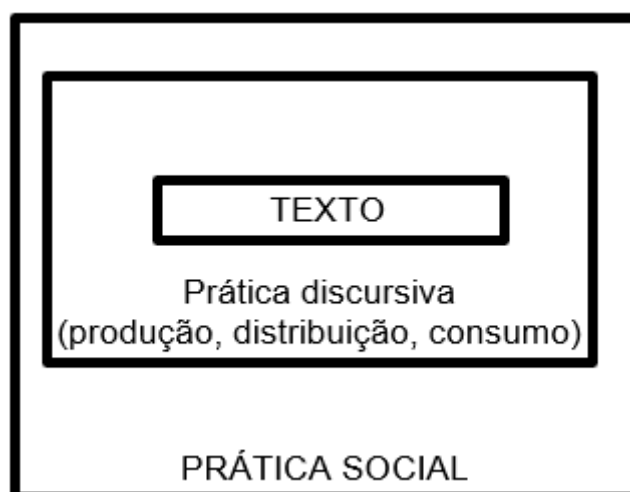
nem o pesquisador que vai a campo (sociólogo, antropólogo) pode tomar os textos que coleta como algo dado, óbvio, desconsiderando a contribuição da linguística para a análise do texto; nem o linguista pode analisar o texto desconsiderando a contribuição das ciências sociais para a compreensão do contexto (e.g. as relações de poder) que envolve os processos de produção, distribuição e consumo dos textos (cf. FAIRCLOUGH, 2001).

É evidente o potencial de diálogo da ACD com a linguística crítica (da qual pode ser considerada uma herdeira), com a ADF e com as *contribuições bakhtinianas*, mas esse é um aspecto que, embora interessante, não nos cabe discutir no presente trabalho. O que iremos fazer aqui é situar nossas reflexões sobre a reserva do possível na perspectiva da ACD, mais precisamente na ACDJ, que é a Análise crítica do Discurso aplicada ao discurso Jurídico.⁴

No presente trabalho partimos da concepção de Norman Fairclough, para quem o discurso apresenta três dimensões que ele representa com a imagem de três quadrados concêntricos crescentes; no quadrado menor, que tomaremos como sendo o primeiro, temos o texto, no segundo, imediatamente maior, que compreende o primeiro, temos a prática discursiva (aí compreendidos os processos de produção, distribuição e consumo dos textos); e, no terceiro quadrado, que compreende os outros dois, temos a prática social da qual o discurso faz parte:

4 A denominação Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ) foi utilizada pela primeira vez para nomear a disciplina ministrada pela Prof^a. Dr^a. Virgínia Colares no Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), conforme consta nas informações fornecidas a CAPES.

Figura 1 – O modelo de discurso de Fairclough:



(Adaptado de FAIRCLOUGH, 2001, p. 101)

Para o presente artigo, o *corpus* selecionado provém de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Trata-se de parte de uma ementa, e convém lembrar que “Na praxe judiciária, verifica-se que a ementa, na condição de texto representativo do acórdão, apresenta-se fisicamente dividida em duas áreas: um cabeçalho e uma parte dispositiva” (GUIMARÃES, 2004, p. 67).

Aguiar Júnior (2008), diz que “As ementas dos acórdãos se desdobram em articulados, logo depois do cabeçalho, e seguem a ordem numérica crescente: (1... 2...). Quando houver necessidade, o enunciado pode conter incisos. Nunca parágrafos (§§), e dificilmente alíneas.”

Com base nesses conceitos, podemos dizer que vamos analisar um dos *articulados* que compõem o dispositivo da ementa do RMS 25652/PB, julgado em 16/09/2008. Escolhemos a ementa em questão porque ela acaba sendo emblemática de como a teoria dos princípios é apropriada pelo nosso judiciário, não de forma *pura*, mas de forma sincrética em relação às concepções teóricas tradicionais em relação aos princípios. O que faremos, portanto, é a análise crítica do discurso jurídico manifestado no texto da decisão.

Necessário advertir que esta é uma agenda de trabalho *essencialmente qualitativa*, não se trata de investigar posicionamentos jurisprudenciais ou doutrinários dominantes, nem, por outro lado, de elogiar ou censurar posicionamentos — o que é tão comum na dogmática — mas de analisar o texto procurando identificar os aspectos ideológicos subjacentes e identificar sua *coerência discursiva*. Ou seja, não queremos fazer uma avaliação teleológica ou axiológica, no sentido de que não iremos elogiar ou censurar se a decisão atende ou não ao que porventura pudéssemos entender como sendo os seus *fins sociais* desejáveis ou nossa concepção do que seria *bem comum*.⁵ Não é que esse tipo de interpretação não seja importante, apenas que não é isso o que faremos no presente artigo.

O que intentamos fazer é uma breve análise descritiva a partir das escolhas lexicais presentes no julgado, sobretudo no que elas referem, direta ou indiretamente, a outros textos, buscando a coerência discursiva da decisão, e, em menor escala, como o texto se vincula a determinadas formas ideológicas e discursos com pretensões hegemônicas. Por fim, antes de passar à análise propriamente dita, uma última observação: Na perspectiva da ACD, nenhum discurso é neutro. Nenhum discurso provém do vácuo social nem é nele proferido (*cf.* COLARES, 2008), e isso inclui o discurso da nossa análise. Nossa análise, portanto, não é a única possível, nem a melhor análise, é apenas *uma* análise possível.⁶

5 Falamos em interpretação *teleológica* e *axiológica* sem maiores pretensões, lembrando do art. Lei 4657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) em seu art. 5º e ao que faz Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003, p. 292-294) ao definir interpretação teleológica e axiológica, inclusive exemplificando com um entendimento do STJ.

Isso não significa, evidentemente, que nossas palavras não contenham juízos de valor ou que não tivéssemos um fim quando realizávamos a pesquisa ou quando escrevíamos o presente artigo.

6 Ou seja, se nenhum discurso é neutro, isso inclui o discurso do analista. E se o analista é condicionado por suas (pré)compreensões, como ele pode pretender identificar a ideologia abaixo da superfície do texto? Em outras palavras, aquela é a ideologia que está lá ou é a que ele quer que esteja? Isso parece nos conduzir a uma aporia...

Claro que nem todas as aporias são necessariamente ruins ou impedem nossa caminhada... Muitas

Resultados e Discussão

Uma vez que o objetivo do presente trabalho é analisar criticamente o discurso do judiciário no que concerne à perspectiva neoconstitucionalista dos princípios, e nossa análise se centra especificamente na relação entre texto e contexto, analisaremos primeiramente o texto e, a partir dele, iremos ao contexto que o envolve.

No que concerne à análise do texto, como dissemos nas linhas acima, o *corpus* analisado provém de um julgado do STJ, trata-se do RMS 25652/PB, assim ementado:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS QUE ASSUMIRAM CARGOS EFETIVOS SEM PRÉVIO CONCURSO PÚBLICO, APÓS A CF DE 1988. ATOS NULOS. TRANSCURSO DE QUASE 20 ANOS. PRAZO DECADENCIAL DE CINCO ANOS CUMPRIDO, MESMO CONTADO APÓS A LEI 9.784/99, ART. 55. PREPONDERÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. O poder-dever da Administração de invalidar seus próprios atos encontra limite temporal no princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, pela evidente razão de que os administrados não podem ficar indefinidamente sujeitos à instabilidade originada da autotutela do Poder Público.
2. O art. 55 da Lei 9.784/99 funda-se na importância da segurança jurídica no domínio do Direito Público, estipulando o prazo decadencial de 5 anos para a revisão dos atos administrativos viciosos e permitindo, a contrario sensu, a manutenção da eficácia dos mesmos, após o transcurso do interregno quinquenal, mediante a convalidação *ex ope temporis*, que tem aplicação excepcional a situações típicas e extremas, assim consideradas aquelas em que avulta grave lesão a direito subjetivo, sendo o seu titular isento de responsabilidade pelo ato eivado de vício.
3. A infringência à legalidade por um ato administrativo, sob o ponto de vista abstrato, sempre será prejudicial ao interesse público; por outro lado, quando analisada em face das circunstâncias do caso concreto, nem sem-

vezes uma encruzilhada, a multiplicidade de caminhos possíveis, quando não sabemos ao certo pra onde ir, pode ser bem pior que um caminho sem saída, sobretudo quando é possível voltar... Às vezes basta admitir que apenas não podemos ir naquela direção e seguir em nossa caminhada. Melhor explicando, aceitamos que a leitura do analista não seja neutra e que seja apenas uma entre as muitas possíveis. De fato, não somos tão cartesianos a ponto de querer que nossa leitura seja a única correta, só precisamos que ela seja viável.

pre sua anulação será a melhor solução. Em face da dinâmica das relações jurídicas sociais, haverá casos em que o próprio interesse da coletividade será melhor atendido com a subsistência do ato nascido de forma irregular.

4. O poder da Administração, dest'arte, não é absoluto, de forma que a recomposição da ordem jurídica violada está condicionada primordialmente ao interesse público. O decurso do tempo, em certos casos, é capaz de tornar a anulação de um ato ilegal claramente prejudicial ao interesse público, finalidade precípua da atividade exercida pela Administração.

5. Cumprir a lei nem que o mundo pereça é uma atitude que não tem mais o abono da Ciência Jurídica, neste tempo em que o espírito da justiça se apóia nos direitos fundamentais da pessoa humana, apontando que a razoabilidade é a medida sempre preferível para se mensurar o acerto ou desacerto de uma solução jurídica.

6. Os atos que efetivaram os ora recorrentes no serviço público da Assembléia Legislativa da Paraíba, sem a prévia aprovação em concurso público e após a vigência da norma prevista no art. 37, II da Constituição Federal, é indubitavelmente ilegal, no entanto, o transcurso de quase vinte anos tornou a situação irreversível, convalidando os seus efeitos, em apreço ao postulado da segurança jurídica, máxime se considerando, como neste caso, que alguns dos nomeados até já se aposentaram (4), tendo sido os atos respectivos aprovados pela Corte de Contas Paraibana.

7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança), não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

8. Recurso Ordinário provido, para assegurar o direito dos impetrantes de permanecerem nos seus respectivos cargos nos quadros da Assembléia Legislativa do Estado da Paraíba e de preservarem as suas aposentadorias.

(RMS 25652/PB, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 13/10/2008, *grifamos*)

Do texto em questão, vai nos interessar especialmente o *artículo 6* do dispositivo da ementa, que grifamos na transcrição acima. Será essa passagem que fragmentaremos e analisaremos logo abaixo. Em virtude da brevidade do presente artigo, vamos ficar devendo uma análise mais detalhada do restante da ementa (*cotexto*), que conservaremos para eventuais trabalhos posteriores. O julgado em questão é um Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB).

O TJPB denegou a ordem anteriormente impetrada contra ato da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba e do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, que havia determinado a suspensão de qualquer despesa relacionada alguns servidores, com base na suposta constatação de irregularidades nos atos de sua nomeação.

Como vemos, até o *artículo 5*, a ementa faz referência principalmente a institutos do direito administrativo, havendo menção (*intertextualidade manifesta*), inclusive, à Lei 9784/99, que dispõe que embora a Administração deva anular seus próprios atos em caso de vício de legalidade, caso decorram efeitos favoráveis para os destinatários, o direito de anulação decai em cinco anos. Pelo que percebemos da leitura da ementa, era o caso, o ato havia sido praticado há mais de 15 anos e os efeitos eram favoráveis aos destinatários, o que aparentemente possibilitava a resolução do caso apenas nesses termos.

Uma fundamentação simples com base na lei talvez resolvesse o caso. Não é o que ocorre, como percebemos no *artículo 7* do dispositivo, que reproduzimos para análise:

fragmento 1 → 7. A singularidade deste caso o extrema de quaisquer outros e
fragmento 2 → impõe a prevalência do princípio da segurança jurídica na ponderação dos valores em questão (legalidade vs segurança),
fragmento 3 → não se podendo fechar os olhos à realidade e aplicar a norma jurídica como se incidisse em ambiente de absoluta abstratividade.

O *fragmento 1* menciona uma suposta *singularidade* do caso, e, convém perceber, não se trata da unicidade do caso, algo óbvio no meio jurídico — casos podem ser semelhantes, jamais totalmente iguais — o fragmento sugere que não existem outros casos sequer parecidos, nesse sentido, é interessante a escolha dos operadores argumentativos *extrema* e *quaisquer*, enfatizando a referida singularidade.

O *fragmento 2* aparece marcado pela polifonia, numa alusão sutil à técnica da ponderação, empregada no neoconstitucionalismo, quando da colisão de princípios. É essa polifonia, a marca do discurso neoconstitucionalista na decisão. Convém perceber que não são as partes envolvidas, não são os valores em jogo que tornam o caso singular, é a colisão entre legalidade e segurança. Os enunciados proferidos numa decisão judicial a título de fundamentação jurídica não revelam apenas as escolhas lexicais de seu emissor, mas todo um contexto situacional, e esse é um aspecto que não pode ser negligenciado pelo jurista crítico.

O *fragmento 3* expõe a linguagem impessoal empregada pelo autor (*não se podendo* em vez de *eu não posso*) e recorre a uma metáfora: *fechar os olhos à realidade*, no sentido de que aplicar a norma jurídica — legalidade — neste caso singular seria o mesmo que não considerar a realidade.

Uma decisão dessa natureza, proferida em um Tribunal Superior, pode ganhar larga divulgação no meio jurídico, constitui um verdadeiro precedente e — apesar da ênfase do autor na sua singularidade — pode vir a ser reproduzida, no todo ou em parte, em vários outros textos, geralmente constituindo argumento de autoridade e/ou analogia, na dogmática jurídica, em petições, pareceres, sentenças etc. Trata-se, portanto, de um texto com grandes possibilidades de *ecoar* em outros textos e de interferir na realidade além do caso concreto julgado, tanto pelo seu teor, como por ser proveniente de um tribunal superior.

Feita esta breve análise do texto em si, podemos passar à análise do contexto. Na seção anterior mostramos como o caso aparentemente poderia ter sido solucionado com base numa fundamentação simples — a Lei 9784/99 — mas, em vez disso, houve a alusão à ponderação na colisão de princípios, o que é característico do discurso neoconstitucionalista. Para compreender o que seria o neoconstitucionalismo é necessário recorrer ao contexto de seu

surgimento, o do chamado pós-positivismo posterior à Segunda Guerra Mundial. No que concerne a seu marco inicial, especificamente, é possível remeter a RONALD DWORKIN em seu ataque ao positivismo jurídico capitaneado HERBERT HART, mais especificamente em relação ao argumento dos princípios (cf. BARBERIS, 2003, p. 260).⁷ *Não iremos nos deter nos pormenores da polêmica Hart-Dworkin, em vez disso, apresentaremos a interpretação que parece ser dominante do que teria ocorrido. A questão dos princípios vai estar relacionada a outras duas questões relevantíssimas para a teoria do direito que são as questões das lacunas e da discricionariedade.*

Nessa perspectiva, é um lugar-comum pensar que o direito, na concepção positivista de Hart, era constituído apenas de regras, cuja aplicação se dava com base no tudo ou nada e que, havendo uma lacuna, a teoria hartiana atribuiria total discricionariedade ao juiz para criar uma regra; Dworkin, por outro lado, seria contra essa discricionariedade e, para ele, quando se deparasse com uma lacuna (hard case), o magistrado deveria recorrer aos princípios em busca da única resposta correta para o caso. A proposta de Dworkin se prestaria, portanto, para limitar a discricionariedade.

Em poucas palavras, podemos dizer que Dworkin concebe os *princípios* como sendo normas de abrangência semântica indeterminada, em oposição às *regras* que seriam as normas cuja aplicação se daria com base no tudo ou nada. Essa distinção estrutural entre regras e princípios recebe acolhida na *teoria dos direitos fundamentais* de Robert Alexy, para quem:

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados

⁷ O próprio Hart reconhece no *post scriptum* presente n' *O Conceito de Direito*, que a crítica mais conhecida feita por Dworkin é justamente a de que o positivismo hartiano “representa erroneamente o direito como constituído apenas por normas do tipo ‘tudo ou nada’, e que ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, isto é, os princípios” (HART, 2009, p. 334).

por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fático e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio. (ALEXY, 2008, p. 90-91)

Isso não significa, evidentemente, que não existam divergências entre Dworkin e Alexy. Como exemplo, convém perceber que Alexy não se atém à distinção entre princípios e *policies* elaborada por Dworkin e a própria questão da discricionariedade das decisões judiciais não vai ser a mesma na perspectiva dos *mandados de otimização alexianos* e na tese da *única resposta correta dworkiniana*. De qualquer forma, para o presente estudo, o que vai importar é a *diferença estrutural* entre regra e princípio, que é comum nos dois autores.

Para o neoconstitucionalismo, a principal consequência do critério estrutural de diferenciação entre *regra* e *princípio* reside no fato de que as regras são aplicadas na base do tudo ou nada, vale dizer, havendo um choque de regras, ou se remove uma delas do ordenamento jurídico ou se insere uma cláusula de exceção em uma delas que possibilite a convivência com a outra, ou seja: ou uma regra é válida para o caso ou não é. Os princípios, em sua abrangência semântica ampla, podem ser aplicados em maior ou menor escala, e, ocorrendo colisão entre princípios, a solução estaria na *ponderação*.⁸

8 Não iremos reproduzir aqui as complexas fórmulas com que Alexy — e seus seguidores — tentam explicar a ponderação, em vez disso, apresentamos o resumo de Marmelstein (2011): “Para Alexy, havendo dois princípios em colisão, o julgador deve levar em conta todos os fatores envolvidos, tentando dar um peso específico para cada um deles. No final, a ponderação vai pender para o lado que obtiver a pontuação maior. Esses fatores que influenciarão o resultado da atividade ponderativa correspondem, basicamente, a três aspectos pelo menos: (a) o peso abstrato de cada princípio, (b) a importância do cumprimento do princípio ‘vencedor’ e (c) a intensidade do prejuízo do princípio ‘perdedor’. Daí a ‘lei da ponderação’: quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro.”

Dworkin sucede a Hart em Oxford em 1969, seu ataque ao positivismo hartiano (*Taking Rights Seriously*) é publicado originalmente em 1977, os seguidores de Hart se dividem basicamente em três grupos; o primeiro o dos partidários de Dworkin e signatários de suas críticas; o segundo, dos partidários de Hart que achavam que a crítica de Dworkin era improcedente, e, o terceiro, os que entendessem que ambas as doutrinas não eram totalmente incompatíveis. Hart, no entanto, silencia e, enquanto viveu, não chegou a responder formalmente ao ataque de Dworkin. Hart falece em 1992, deixando uma série de escritos — praticamente acabados, embora não sistematizados — que foram revelados por sua esposa *Jeniffer Hart* e organizados por estudiosos de sua obra e publicados como o *post scriptum* ao conceito de direito (*cf. a nota dos editores em HART, 2000*) em 1994. Robert Alexy já havia publicado a primeira edição de sua teoria dos direitos fundamentais (*theorie der grundrechte*) em 1985.

O Brasil, entretanto, passava ao largo de boa parte do debate em torno da teoria neoconstitucionalista dos princípios,⁹ que só veio chegar aqui após a Constituição de 1988 e o debate sobre os direitos que ela consagra. Daniel Sarmiento (2009) relata como sendo marcos relevantes da chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós-positivistas a publicação da quinta edição do Curso de Direito Constitucional, de Paulo Bonavides (1994) e do livro A Ordem Econômica na Constituição de 1988, de Eros Roberto Grau (1996), os quais, segundo ele, divulgaram a teoria dos princípios de autores como Dworkin e Alexy.

9 Dentre as razões para tal demora merece menção a relação sinérgica entre o regime autoritário pós-64 e a predominância de posturas formalistas — notadamente de matiz kelseniana — entre os estudiosos do direito pátrio, a esse respeito as Nelson Saldanha lembra que: “No Brasil, apesar de ter sido editada em 1934 a obra mais característica de Kelsen, e de a partir da década de 60 seu influxo ter decaído em todo o mundo, a presença do kelsenianismo acentuou-se depois do golpe militar de 1964, provavelmente porque o formalismo metodológico eximia os professores de pronunciamentos politicamente comprometedores.” (SALDANHA, 2005, p. 8)

Vale lembrar que aqui no Brasil, antes da chegada do neoconstitucionalismo, a concepção vigente de princípio era outra, “princípios seriam as normas mais fundamentais do sistema, enquanto que as regras costumam ser definidas como uma concretização desses princípios e teriam, por isso, caráter mais instrumental e menos fundamental” (SILVA, 2003, p. 612). Esse é um aspecto essencial ao presente trabalho. Antes de o discurso neoconstitucionalista, em suas pretensões hegemônicas, aportar no Brasil, o entendimento dominante aqui é que os princípios eram as normas mais fundamentais de um sistema.¹⁰ Ocorre que essa concepção não é exatamente compatível com o modelo neoconstitucionalista, embora seja possível encontrar princípios que se enquadrem simultaneamente na definição tradicional baseada na *fundamentalidade* e na classificação *estrutural* de Dworkin e Alexy, vão existir normas que poderão ser consideradas princípios na definição tradicional e regras na perspectiva neoconstitucionalista. Exemplo claro disso é o *princípio da legalidade*.¹¹

10 Um exemplo disso é o conhecido conceito de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Princípio — já averbamos alhures — é, por definição, *mandamento nuclear* de um sistema, verdadeiro alicerce dele, *disposição fundamental* que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo” (MELLO, 2008, p. 942-943, *grifamos*).

11 “A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de ALEXY, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um “mandamento nuclear do sistema”, *mas pode também não o ser*, já que uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade. Essa diferença entre os conceitos de princípio tem consequências importantes na relação entre ambas as concepções. Essas consequências, no entanto, passam muitas vezes despercebidas, visto que é comum, em trabalhos sobre o tema, que se proceda, preliminarmente, à distinção entre princípios e regras com base nas teorias de Dworkin ou Alexy, ou em ambas, para que seja feita, logo em seguida, uma tipologia dos princípios constitucionais, nos moldes das concepções que acima chamei de mais tradicionais. Há, contudo, uma contradição nesse proceder. Muito do que as classificações tradicionais chamam de princípio, deveria ser, se seguirmos a forma de distinção proposta por Alexy, chamado de regra. Assim, falar em princípio do *nulla poena sine lege*, em princípio da legalidade, em princípio da anterioridade, entre outros, só faz sentido para as teorias tradicionais. Se se adotam os critérios propostos por Alexy, *essas normas são regras, não princípios*. Todavia, mesmo quando se diz adotar a concepção de Alexy, ninguém ousa deixar esses ‘mandamentos fundamentais’ de fora das classificações dos princípios para incluí-los na categoria das regras” (Silva, 2003, p. 613).

Em suma, para o neoconstitucionalismo, a principal consequência do critério estrutural de diferenciação entre *regra* e *princípio* reside no fato de que as regras são aplicadas na base do tudo ou nada, vale dizer, havendo um choque de regras, ou se remove uma delas do ordenamento jurídico ou se insere uma cláusula de exceção em uma delas que possibilite a convivência com a outra, ou seja: ou uma regra é válida para o caso ou não é. Os princípios, quando colidem, devem ser ponderados. Mas e se um princípio colidir com uma regra?

Conclusão

A questão da colisão entre regra e princípio acaba sendo negligenciada pela maior parte dos juristas brasileiros que, em maior ou menor escala, declarada ou disfarçadamente, aderem à teoria dos princípios do neoconstitucionalismo. Essa é uma questão que é problematizada no post scriptum ao conceito de direito (cf. HART, 2000), mas que permanece sendo negligenciada pelos adeptos do neoconstitucionalismo.

No documento (texto) analisado, foi identificada a referência à ponderação e consequente relativização da legalidade que teria colidido com a segurança jurídica, o que revela uma incoerência em relação às concepções originais da teoria neoconstitucionalista, a segundo as quais a legalidade teria estrutura de regra e, como tal, não seria ponderável. Diante de um caso concreto, portanto, o Superior Tribunal de Justiça adotou unanimemente o voto do relator (prática discursiva) que fundamentou a sua decisão com base na ponderação de princípios (e aqui se faz presente a intertextualidade). O estudo realizado leva à percepção de como a teoria neoconstitucionalista é recepcionada e reproduzida no Brasil como um discurso de pretensões hegemônicas (prática social), mas, ao possibilitar a ponderação de uma regra como se fosse um princípio, produz um discurso incoerente em relação à proposta teórica que o embasa.

Mais do que isso, a referência à colisão de um princípio com uma regra, leva ao questionamento da utilidade da referida classificação das normas em regras e princípios e sugere que as regras sejam ponderáveis e levanta inúmeros questionamentos em relação aos riscos que a ponderação pode provocar, já que, em tese, isentaria o julgador de decidir em conformidade com as normas democraticamente postas. Nos preocupa que essas questões, relacionadas à linguagem e ao discurso jurídico — e os valores que lhes são subjacentes — acabem ficando à margem do nosso modelo atual de educação jurídica, tão voltada à importação e reprodução acrítica de teorias. São questões que pretendemos problematizar em estudos posteriores.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Ementas e sua técnica. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html#01> Acesso em: 30 jun. 2012.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. In: M. CARBONELL. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Lei Nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999.

COLARES, Virgínia; et al. Buracos do Recife: estudo de uma decisão judicial. **Revista Latinoamericana de Estudios del Discurso**, v. 8, Caracas: ALED, p. 25-44, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: Saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia da Esperança**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. A textura aberta da linguagem é um obstáculo à classificação das normas em regras e princípios?. In: Virginia Colares. (Org.). **Direito, linguagem e sociedade**. Recife: APPODI, 2011a, p. 379-399.

_____. Os princípios gerais da Administração Pública e o neoconstitucionalismo: Até onde a adesão à doutrina alienígena é válida?. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 100. Vol. 910, agosto de 2011, p. 21-44, 2011b.

O Direito à Educação das Pessoas com Deficiência: Uma abordagem dos processos de inclusão e (des)construção de estigmas. 2011. 198 [77] f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, Recife, 2011.

GRAU, Eros Roberto Grau. **A ordem econômica na Constituição de 88**: interpretação e crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves . **Elaboração de ementas jurisprudenciais**: elementos teórico-metodológicos. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004.

HALLIDAY, Michael Alexander Kirkwood; HASAN, Ruqaiya. **Cohesion in English**. London: Longman, 1976.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Post Scríptum al Concepto del Derecho**. México: UNAM, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEURER, José Luiz. Gêneros textuais na análise crítica de Fairclough. *In*: MEURER, J. L.; BONINI, A.; MOTTA-ROTH, D. (Org.). **Gêneros: teorias, métodos e debates**. São Paulo: Parábola, 2005, p. 81-106.

RODRIGUES, Adriano Duarte. Cotexto. **E-Dicionário de termos literários**. Disponível online em <http://www.edtl.com.pt/index.php?option=com_mtre-e&task=viewlink&link_id=847&Itemid=2>. Acesso em 04/01/2012.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidade. *In*: M. NOVELINO. (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria da Constituição**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 31-68.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *In*: **Revista latino-americana de estudos constitucionais. Vol. I**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VAN DIJK, Teun. **Ideologia: una aproximación multidisciplinaria**. Barcelona: Gedisa, 2000.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy. **The Journal of Political Philosophy**. Vol. 6, N. 4, 1998, p. 335 – 355.

WODAK, Ruth. Do que trata a ACD – um resumo de sua história, conceitos importantes e seus desenvolvimentos. **Revista Linguagem em (Dis)curso**. vol. 04, 2004.

SOBRE OS ORGANIZADORES

Getúlio Nascimento Braga Júnior



Doutor em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGF/UFRJ). Graduado em Direito pela Universidade Gama Filho (UGF).

É pesquisador integrante do Seminário de Filosofia Jurídica e Política IFCS/UFRJ sob o tema Fenomenologia da Justiça, do Direito e do poder - A questão dos fundamentos, atualmente em convênio com a Escola da Magistratura Regional Federal, cuja produção é publicada na Revista Fenomenologia e Direito pelos Cadernos da Magistratura Regional Federal EMARF/TRF2. Atua no magistério, pesquisa e extensão. É professor dos Cursos de Direito da Universidade Candido Mendes (UCAM), Universidade Estácio de Sá (UNESA) e do IBMEC-Rio. É professor Convidado da Escola Judiciária do TRT 1a Região. Coordena o GT Acesso à Justiça, Hermenêutica e Decisão Judicial na Jornada de Direito Processual Civil do ICHS/UFF-VR. Lecionou no Centro Universitário Volta Redonda (UNIFOA) e na Universidade do Grande Rio (UNIGRANRIO). Desenvolve regularmente atividade de pesquisa pelo Programa Institucional de Pesquisa e Produtividade da UNESA e orientação de pesquisa discente pelo Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica na Universidade Estácio de Sá (PIBIC/UNESA). Lidera o Grupo de Pesquisa Sociedade Civil e o Estado de Direito: Mutações e Desenvolvimento DGP/CNPq (IBMEC-Rio). Lidera também o Grupo de Pesquisa Processo, Constituição e Reflexão Crítica na Atividade Profissional - DGP/CNPq (UCAM).

E-mail: ge.bragajunior@gmail.com

Laurinaldo Félix Nascimento



Advogado. Doutorando em Direito em Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio da Sá- UNESA/RJ (2022). Mestrado em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) Foi orador da Turma. Graduação em Direito pela Universidade Estácio de de Sá (2008). Pós-Graduação em Gestão Governamental na Universidade da Pernambuco (FCAP/UPE). Pós-Graduado em Gestão Pública Municipal pela UFRPE. Pós Graduado em Direito Militar e Direito Previdenciário. Tem experiência na área de Direito Constitucional e Administrativo, com ênfase em Direito Público, Financeiro-orçamentário, Direitos Humanos e Gestão Governamental, Projetos e Logística Institucional. Membro do Instituto Nacional de Pesquisa e Promoção de Direitos Humanos. Integrante do Grupo de Pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia (CODIDEM), liderado pelo Prof. Dr. Marcelo Machado Costa Lima, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá. Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia, Governança Pública e Compliance, liderado pelo Prof. Dr. Marcelo Pereira dos Santos, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

E-mail: lfelixfuncional@gmail.com

Elaine Freitas Fernandes



Advogada; Doutoranda em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNE-SA. Professora universitária e coordenadora de curso. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. Pós graduada em Direito Agrário (2023); Pós Graduada em Direitos Humanos e Questões étnico-sociais (2023); Consultora Jurídica; Experiência como Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica - NPJ Estácio-Castanhal-PA; Membro da comissão de ensino jurídico da OAB subseção Castanhal-PA, triênio 2022 a 2024; Foi Presidente da comissão de Direito Ambiental da OAB CASTANHAL-PA; triênio 2019-2021; Delegada adjunta da CAA-Caixa de Assistência dos Advogados-Pará. Autora e organizadora de livros acadêmicos. Possui vários artigos científicos publicados com ênfase em Direito indígena e Direitos Humanos; Teóloga; participou do projeto pesquisa em 2018 com o tema: Representação Feminina no Poder legislativo de Castanhal-PA: Estudo sobre a confiança política e a desigualdade de gênero e do projeto de extensão de 2017 a 2018 com o tema: DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO - CONSTITUIÇÃO ABERTA ; Integrante do grupo de pesquisa Constitucionalismo(s), Direitos e Democracia (CODIDEM) coordenado pelo professor Dr. Marcelo Costa Lima, vinculado ao programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá.

E-mail: elainefff@hotmail.com.

SOBRE OS AUTORES

Alessandro Rezende

Pós-doutor no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos na Universidade Federal de Goiás (PPGIDH/UFG). Doutor em Ciências Sociais (Flacso), Equador (título reconhecido pela Capes) (2015); mestre em Ciência Política pela Unieuro (2008); especialista em Segurança Pública e Direitos Humanos pela Unieuro/Senasp (2008) e graduado em Comunicação Social, com habilitação em Jornalismo, pelo IESB (2003). Docente do Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP). Avaliador ad hoc (Inep) institucional e de cursos. Consultor ad hoc da Capes na análise de bolsistas na modalidade professor visitante no exterior. Vinculado ao programa strictu sensu da Faculdade Latino Americana de Ciencias Sociales (Flacso), com sede no Equador, no Mestrado de Investigação em Comunicação e Opinião Pública, na realização de distintas atividades acadêmicas.

Adilson Souza Santos

Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá/Brasil. Doutorando em Educação pela Universidad Internacional Iberoamericana/México. Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Violência pelo Centro Universitário Euroamericano/Brasil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Euroamericano/Brasil. Professor de Direito Constitucional do Curso de Direito do Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro-Oeste/Brasil.

E-mail: prof.adilsonssantos@gmail.com; adilson.santos@unidesc.edu.br, adilsants@gmail.com

Anna Julia Martins Coronel

Internacionalista pela Universidade Candido Mendes. Pesquisadora. Pós Graduada em Gestão Portuária.

Alexandria dos Santos Alexim

Professora e Pesquisadora da Universidade Candido Mendes. Professora da Maritime Law Academy. Professora convidada da Pós Graduação em Direito da UERJ. Doutora em Ciência Política. Mestre em Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da ABDI.

André Luiz de Oliveira Brum

Analista Processual e bolsista do Programa Permanente de Desenvolvimento e de Pós-Graduação da Procuradoria Geral do Estado de Rondônia. Professor do Centro Universitário São Lucas de Porto Velho. Advogado. Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Faculdade Católica de Rondônia - RO) e em Direito do Trabalho (Universidade Cândido Mendes - RJ) . Mestre em Psicologia (Universidade Federal de Rondônia). Doutorando em Direito (Universidade Estácio de Sá - RJ). E-mail: andreluiz_brum@hotmail.com

Adriana de Kássia Ribeiro Pimenta

Advogada. Pós graduanda em Direito Tributário (PUC/RS). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Presidente da Comissão Especial de Fiscalização e Defesa de Honorários Advocatícios da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional Rondônia.

E-mail: adrianapimenta.adv@gmail.com

Elaine Freitas Fernandes

Advogada; Doutoranda em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professora universitária e coordenadora de curso. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Pará – CESUPA. E-mail: elainefff@hotmail.com

Fabrício Rodrigues Araújo Azevedo

Mestrando em Direito pela Universidade Estácio de Sá. MBA em Gestão e Business Law pela FGV. Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela UNITINS. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. Atualmente é advogado/sócio no escritório Ohofugi, Azevedo, Venâncio, Bonilha e Advogados Associados. Tem experiência na área de Direito Civil, com ênfase em Processo Civil, Regulatório, Setor Elétrico e Saneamento.

Email: fabricioazevedo@oavbadvogados.com.br

Francysco Pablo Feitosa Gonçalves

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito. Licenciado em Filosofia.

E-mail: feitosagoncalves@gmail.com

Greice Kelly Lourenço Porfirio de Oliveira

Doutoranda em Direito Público (UNESA - 2022), Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG - 2017), Pós Graduada em Civil e Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes RJ (2015), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO -2013), Advogada, Professora de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito Agrário na Universidade Federal de Goiás - UFG, Universidade Araguaia - UNIARA-GUAIA e Universidade Nossa Senhora Aparecida- UNIFANAP.

E-mail: greicekellylpo@gmail.com

Jacqueline Billio

Advogada, Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida; Pós Graduação Lato Sensu em Direito Civil, Empresarial e Processo Civil pela Universidade Veiga de Almeida; Especialização em Direito para a Carreira da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro; Mestranda na Universidade Estácio de Sá; Membro da Comissão de Defesa do Consumidor da OAB/RJ e professora na Escola da Magistratura do Estado Do Rio de Janeiro.

João Pedro do Nascimento Costenaro

Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (PPGD/UFSM). Membro do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade (GPPIC/UFSM). Especialista em Direito Constitucional. Advogado.

E-mail: jpcostenaro1@hotmail.com

Layne Nascimento de Moraes

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Porto Velho - RO. Advogada - OAB/RO 12.786. Pós Graduanda pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMERON. E-mail: layne.moraes@hotmail.com

Laurinaldo Félix Nascimento

Advogado. Doutorando em Direitos fundamentais e novos direitos pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Mestre em Administração Pública na Fundação Getúlio Vargas/RJ. Bacharel em Direito na Universidade Estácio de Sá/Recife. Coronel da Reserva da PMPE. E-mail: lfelixfuncional@gmail.com

Luana Soares

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará. Docente da graduação em Direito na Universidade da Amazônia, Campus Castanhal.

Marília Rulli Stefanini

Docente na Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - PUC/SP (2021). Pós-doutorada em Direitos Humanos e Democracia pelo “Ius Gentium Conimbrigae” (IGC) na Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra (FDUC), Portugal.

Marden Reis de Abreu

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG), graduado em Direito pela Faculdade Integrada Brasil Amazônia (Fibra), Belém-PA. Professor do curso de Pós-Graduação Interdisciplinar em Patrimônio, Direitos Culturais e Cidadania da UFG e pesquisador voluntário no Observatório Goiano de Direitos Humanos da Faculdade de Ciências Sociais (FCS) da UFG. Experiência nas áreas cível, ambiental e empresarial.

Maurides Macêdo

Pós-doutora pela Universidade do Texas, doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Política Social pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), especialista em Direito Processual Penal pela UFG, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Superintendência da Academia de Polícia de Goiás. Graduada em Direito pela PUC-GO e em História pela PUC-GO. Advogada - OAB-GO desde 1986. Professora, pesquisadora e orientadora de alunos do Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UFG. Professora aposentada da Universidade Federal de Goiás.

NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: NOVOS CAMINHOS E ANTIGOS PROBLEMAS



www.arcoeditores.com
contato@arcoeditores.com
(55)99723-4952

ARCO
EDITORES ● ● ●