

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REVISTA DIGITAL
CONSTITUÇÃO E GARANTIA DE
DIREITOS



**DIREITOS HUMANOS NO
BRASIL**

VOLUME ESPECIAL EM HOMENAGEM
À PROFESSORA MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

Editor-chefe

Prof. Dr. Vladimir da Rocha França – UFRN

Editor Adjunto

Prof. Dr. Thiago Oliveira Moreira, UFRN, Brasil

Comissão Editorial

Marcos Antônio Freire Teixeira – UFRN

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Edição da capa e diagramação

Maria Júlia Barbosa dos Santos – UFRN

Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos, Natal, vol.

14, n. 3, ESP, abr./jul. 2021.

ISSN 1982-310X

Qualis B4

Em 2007, o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (PPGD/UFRN), publicava o primeiro número de sua Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos (RDCGD), com o objetivo de disponibilizar à comunidade acadêmica e forense um espaço para a reflexão de temas relevantes no campo do Direito.

Essa iniciativa somente foi possível em razão do empenho, compromisso e firmeza da Professora Titular Maria dos Remédios Fontes Silva, cuja contribuição foi indispensável para a consolidação do Curso de Mestrado em Constituição e Garantia de Direitos do PPGD/UFRN.

Nesse número, a RDCGD homenageia a sua fundadora, que tanto fez pelo ensino jurídico e para a formação de mestres e doutores em todo o Brasil.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Natal, 20 de agosto de 2021

Conselho Editorial

ACESSO À JUSTIÇA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA PRESERVAÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS.....6

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior

Yago Joseh Nunes de Medeiros

CONSTITUCIONALISMO PROGRESSISTA: UMA NARRATIVA SOBRE A PROPOSTA DE MARK TUSHNET.....27

Bruno Costa Alvares

CRISE SOBRE CRISE: A PANDEMIA DE COVID-19, AS FAKE NEWS E A CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.....45

Jorge Adriano da Silva Junior

DESENVOLVIMENTO COMO UM DIREITO HUMANO E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA.....70

Guilherme Marinho de Araújo Mendes

Fabrcio Germano Alves

O ACESSO AO DIREITO À EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE CORONAVIRUS: A EXPERIÊNCIA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE NA IMPLEMENTAÇÃO DO PERÍODO LETIVO SUPLEMENTAR EXCEPCIONAL.....94

Saulo de Medeiros Torres

O EMPREGO DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE.....112

Thiago Oliveira Moreira

O MUNICÍPIO NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA: BREVE HISTÓRIA NORMATIVA DOS PODERES MUNICIPAIS.....140

Maria Clara Ribeiro Dantas Bezerra

Vladimir da Rocha França

O REGIME DAS NULIDADES NA DELAÇÃO PREMIADA QUANTO À ORDEM DAS
MANIFESTAÇÕES DO DELATOR E DELATADO.....180

Renan Azevedo Leonessa Ferreira

UMA ANÁLISE SOBRE A REVITIMIZAÇÃO E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS
DAS MULHERES EXERCIDO PELA POLÍCIA NA ATIVIDADE PRÉ-
JURISDICIONAL.....200

Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva

Juliana Trindade Ribeiro Pessoa Pordeus

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES IDOSAS: UM OLHAR A PARTIR
DO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....218

Carine Volz Zaiosc

Adriane Medianeira Toaldo

ACESSO À JUSTIÇA PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE SOB A ÓTICA DOS DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE SOBRE A FUNÇÃO SOCIAL E A IMPORTÂNCIA DE SUA PRESERVAÇÃO PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Sérgio Alexandre de Moraes Braga Júnior¹

Yago Joseh Nunes de Medeiros²

RESUMO

O presente estudo em homenagem à professora Maria dos Remédios Fontes Silva trata do tema do acesso à justiça para microempresas e empresas de pequeno porte como efetivação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, serão abordados a importância da função social da empresa como sujeitos de direitos, bem como sua relevância socioeconômica e a necessidade de sua preservação sob a ótica da hermenêutica constitucional. O estudo do tema escolhido é importante, considerando que essa categoria de empresa é célula fundamental na valorização do trabalho humano e no desenvolvimento nacional. Para tanto, pretende-se definir alguns institutos para compreensão dos objetivos do presente trabalho e, por meio de pesquisa bibliográfica, legislativa, e pelo método hipotético-dedutivo, busca-se conceituar a empresa e sua importância sob a ótica constitucional, diagnosticar sua relevância socioeconômica, sua dimensão e função social e a necessidade do tratamento diferenciado como garantia do acesso à justiça.

Palavras-chave: Empresa. Acesso à Justiça. Função social. Tratamento diferenciado.

1 INTRODUÇÃO

Brilhante, é uma palavra sugestiva para conceituar toda a contribuição da professora Maria dos Remédios Fontes Silva no cenário acadêmico e jurídico. Ainda nos bancos da Universidade,

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1995), mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1998) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2005). É professor titular da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, e Professor Associado II da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Atua como Coordenador Operacional do Doutorado Interinstitucional (DINTER) em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) em convênio com a Universidade Federal do Paraná (UFPR). Contato: s.alexandre.prof@gmail.com.

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017). Mestrando em Direito Constitucional Econômico pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado.

na qualidade de graduando, a convivência e ensinamentos foram determinantes na formação de várias gerações no que tange ao desenvolvimento do pensar criticamente. Sob este fundamento, não só no desenvolvimento do presente estudo, lições valiosas foram lapidadas por parte da professora Maria dos Remédios Fontes Silva, que sempre militou de maneira laudável acerca da necessidade de efetivação dos Direitos Fundamentais e a importância de materializar tais direitos no cenário socioeconômico. Este estudo, é uma singela homenagem a ela.

Neste sentido, o desenvolvimento nacional, conforme elencado na Constituição Federal, é um dos objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso II da CF/88). Assim, o Poder Constituinte impôs ao Estado brasileiro a obrigação de orientar suas políticas públicas, a tutela jurisdicional e o processo legislativo calcado na finalidade desenvolvimentista.

Sob esta perspectiva, a Constituição Federal estabeleceu o princípio do tratamento diferenciado às microempresas e às empresas de pequeno porte, com a finalidade de garantir a liberdade de concorrência, de modo à assegurar a participação de todos no mercado, como forma de alcançar um equilíbrio entre os grandes grupos empresariais e aos micro e pequenos comerciantes, assegurando um direito de estar no mercado com a finalidade de atingir a igualdade material dentre as várias dimensões das empresas. Desta feita, decorreu a necessidade de tratar de forma diferente as microempresas e empresas de pequeno porte, com a finalidade de garantir um desenvolvimento econômico saudável, com apoio na liberdade de iniciativa econômica.

Levando em consideração que as microempresas e empresas de pequeno porte realizam de forma eficaz os fundamentos da República de respeito à dignidade humana e de valorização do trabalho e da livre iniciativa, e dentro da atual conjectura econômica nacional, são elas que mais empregam mão-de-obra, o que conduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica; além disso, são elas que menos investimentos necessitam para operarem e, portanto, elas exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo aos consumidores do que desempenhado pelas grandes empresas.

Além disso, elas obtêm a aprovação no mercado sem a intermediação de pesados investimentos publicitários, que induzem alguns hábitos de consumo. Mas, doutro modo, são elas que possuem mais dificuldades para obtenção de financiamentos juntos às instituições financeiras, que ficam à mercê da volatilidade mercadológica, dentre outros.

Ocorre que, em virtude das oscilações econômicas, evidenciadas em tempos de crise, muitas vezes estas categorias de empresas podem sofrer as consequências socioeconômicas de uma forma mais acentuada, sobretudo devido às suas peculiaridades no que concerne à sua relevância social.

Sob esta linha de raciocínio, as microempresas e empresas de pequeno porte – que exercem papel fundamental na economia –, muitas vezes necessitam de uma tutela específica realizada pelo Estado, que se materializa através do sistema judicial, ou de disposições normativas que lhes conferem algumas vantagens; sobretudo em virtude de períodos de crise enfrentados por elas, com a finalidade de garantir o acesso à justiça para estas categorias de empresa, a efetivação do princípio do tratamento diferenciado e da livre concorrência.

Não obstante a isso, a frequência dos períodos de crise na vida das micro e pequenas empresas se torna constantes, caracterizando-se hoje como um fenômeno de caráter difuso, estritamente ligado ao dinamismo da instabilidade do ambiente empresarial, sobretudo devido ao risco do exercício desta atividade. Portanto, a preservação da microempresa e empresa de pequeno porte em estado de crise a qualquer custo – com fundamento no tratamento diferenciado – deve ser fundada em uma prévia e profunda verificação das causas que a levaram à crise, dos instrumentos idôneos para a recuperação da saúde financeira da empresa e seus respectivos custos, inclusive socioeconômicos e, com base em uma avaliação da possibilidade de sucesso em relação aos resultados esperados a intervenção, atingindo, desta forma, o acesso à justiça resolutiva, assegurando a liberdade de concorrência e, como consequência, o desenvolvimento nacional.

É nesta perspectiva que o presente trabalho possui a pretensão de diagnosticar o acesso à justiça conferido às microempresas e empresas de pequeno porte em crise, frente ao princípio do tratamento favorecido (art. 170, inciso IV, CF/88), a fim de se tutelar a livre concorrência em âmbito local (art. 170, inciso IV, CF/88).

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo, sistêmico e axiológico, utilizar-se-á materiais como a doutrina, a jurisprudência e a legislação pertinente, tendo como fundamento a ordem econômica, no que concerne à função social da empresa e a importância de sua preservação de modo inter-relacionar com hermenêutica constitucional e os ensinamentos da professora Maria dos Remédios Fontes Silva no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais.

2 A EMPRESA COMO SUJEITO DE DIREITO E SUA RELEVÂNCIA SÓCIOECONÔMICA.

A empresa está inserida num contexto social e, apesar de ser regida por normas de direito privado, não pode exercer sua atividade prejudicando a sociedade, mas precisa considerar o interesse público, interagindo positivamente com a coletividade. A empresa é um importante agente social, cada dia mais consciente de seu poder e dever em relação à sociedade, ou seja, de seus limites sociais e econômicos. É neste contexto que se analisa o significado da função social da empresa e sua relação com a função social da propriedade, diferenciando-a da pura filantropia e da responsabilidade social (SILVA, 2013, p 231).

Para o desenvolvimento do presente, trabalho, necessário inicialmente conceituar, sem abandonar o aspecto eminentemente jurídico-hermenêutico, a empresa e sua importância na realidade social. Neste sentido, boa parte da doutrina considera a *empresa* (DUARTE, 2004, p. 29) como um mero objeto de direito, uma verdadeira abstração sem vida própria, enquanto outros consideram como sujeito de direito, tendo vida independente da vontade de seus sócios.

Além disso, a expressão empresa é mormente utilizada, no dia a dia, com uma variedade numerosa de significados, que vão desde o sentido de organização, passando pela noção de estabelecimento, e chegando à de sociedade comercial, fato este que não contribui para a certeza e segurança jurídica necessária para o ordenamento jurídico (BULGARELLI, 1995, p. 59).

Para Gladston Mamede, a empresa como uma criação humana, que é resultado de uma evolução instrumental e conceitual da sociedade, que a constitui como meio otimizado para a constituição de resultados voltados para o trabalho humano. Assim, partindo da ideia de empreender, a empresa consiste na busca do estabelecimento das melhores condições para a realização de uma atividade negocial (MAMEDE, 2014, p. 27). Acrescenta o professor Mamede que, essencialmente, a empresa é uma organização de iniciativas otimizadas, de procedimentos, de fórmulas, que segundo a lógica do seu titular, o empresário ou sociedade empresária, permitirão a realização de suas metas econômicas (MAMEDE, 2014, p. 27).

Em uma perspectiva moderna acerca do conceito de empresa, esta decorre sob a ótica do empresário. Neste sentido, a formulação do empresário como é tido hodiernamente, remota da legislação italiana de 1942, a qual unificou, no Código Civil, o direito obrigacional, que fez com que desaparecesse o Código Comercial como legislação separada (NEGRÃO. 2012, p. 64).

Deste modo, uma das teorias mais aceitas acerca do conceito e natureza jurídica da empresa, é a chamada *teoria poliédrica da empresa* de Alberto Asquini. Para este jurista italiano, destacam-se quatro perfis jurídicos sob os quais se consideram o fenômeno econômico da empresa, são eles: a) *perfil subjetivo*; b) *perfil funcional*; c) *perfil objetivo* ou *patrimonial*; d) *perfil corporativo* ou *institucional* (ASQUINI, 1996, p. 131).

Em relação ao *perfil subjetivo*, este vislumbra o aspecto de *quem* exerce a empresa, ou seja, o empresário ou a sociedade empresária, que exerce a atividade econômica organizada com a finalidade de operar para o mercado, e não para consumo próprio, de forma habitual. Saliente-se que, no Brasil, o perfil subjetivo de empresa encontra-se delineado em seu art. 966 do Código Civil, que teve inspiração no art. 2.082 do Código Civil italiano.

No que concerne ao *perfil funcional*, o professor Asquini define este como aquele em que a empresa aparece como força em movimento que é atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo (ASQUINI, 1996, p. 131). Deste modo, este perfil enquadra a atividade, que pode ser conceituada como a produção (fabricação) de produtor, circulação (comercialização ou intermediação) de bens ou prestação de serviços que, *a rigor*, é a própria empresa, que não se deve confundir com o empresário individual ou coletivo (*perfil subjetivo*), nem com os bens materiais ou imateriais (DINIZ, 2013, p. 14), utilizados para seu exercício.

Estes bens enquadram-se no *perfil objetivo* ou *patrimonial* do conceito jurídico de empresa. Este perfil refere-se à empresa como patrimônio *aziendal*. Deste modo, os dois perfis estudados anteriormente (subjetivo e funcional) exigem um instrumento eficaz para a obtenção de sua finalidade. Assim, o *perfil objetivo* refere-se ao estabelecimento comercial, que pode ser conceituado como o complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, utilizados pelo empresário para o exercício de sua atividade empresarial (NEGRÃO, 2012, p. 68).

Por último, o professor Asquini considera o *perfil corporativo* ou *institucional*, que considera a empresa como o resultado da organização de pessoas, formada pelo empresário e seus colaboradores. Afirma o professor acerca deste perfil que o empresário e seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato e simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos seus singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção (ASQUINI, 1996, p. 131).

Desta forma, a empresa pode ser considerada como atividade exercida pelo empresário, não sendo considerada, deste modo, nem sujeito nem objeto de direito. Melhor aduzindo, ela não existe como pessoa (sujeito de direitos), nem como objeto de direito, porque a empresa é a própria atividade de alguém – empresário (pessoa natural) ou sociedade empresária (pessoa jurídica). Deste modo, sua concepção é abstrata e corresponde ao conceito de fatos jurídicos, ou exercício de negócios jurídicos qualificados (atividade econômica organizada, com fim próprio) (NEGRÃO, 2012, p. 83).

A professora Maria Helena Diniz conceitua a *empresa* como uma instituição jurídica despersonalizada, caracterizada pela atividade econômica organizada, ou unitariamente estruturada, destinada à produção ou circulação de bens ou de serviços, para o mercado ou à intermediação deles no circuito econômico, pondo em funcionamento o estabelecimento a que e vincula, por meio do empresário individual ou societário, ente personalizado, que a representa no mundo negocial (DINIZ, 2013, p. 13). Acrescenta a professora que, dessa conceituação, percebe-se três fatores da empresa, são eles: a *profissionalidade* ou *habitualidade* no exercício de negócios que visem a produção, a circulação de bens ou a prestação de serviços; a *economicidade*, ou seja, o escopo de lucro ou de um resultado econômico-financeiro ou social; e a *organização*, ou estrutura estável dessa sociedade (DINIZ, 2013, p. 13).

Assim, a empresa é uma organização de meios materiais e imateriais, incluindo pessoas e procedimentos, com a finalidade de alcançar determinados objetivos e alcançar vantagens econômicas apropriáveis: o lucro que remunera aquele que investiram na formação do *capital empresarial*. Deste modo, a empresa, na sua qualidade de organização, é um conjunto de partes com funções específicas, constituída artificialmente pelo engenho humano, cuja finalidade é otimizar a atuação econômica e produzir riqueza (MAMEDE, 2014, p. 29).

Após esta análise, constatou-se que a empresa se separou do próprio empresário, tendo em vista a sua relevância social, como fator fundamental de progresso econômico e de criação de emprego (COUTO E SILVA, 2011, p. 89).

Desta forma, percebe-se que a visão tradicional que a empresa apontava tão somente para os interesses subjetivos dos titulares do capital, está superada. Hodiernamente, a empresa é tratada como objeto – conforme discorrida anteriormente na teoria poliédrica – e como sujeito de direito.

3 A EMPRESA SOB A ÓTICA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: A DIMENSÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A IMPORTÂNCIA DE SUA PRESERVAÇÃO SOB A ÓTICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É neste sentido que, por constituir uma instituição fundamental na sociedade contemporânea, a empresa possui importância tanto econômica quanto social (DUARTE, 2004, p. 24), fato este reconhecido na Constituição brasileira de 1988. Assim, não resta imperioso afirmar que a empresa constitui célula fundamental da economia, e dela depende a grande maioria da população economicamente ativa. Portanto, o direito não deve ficar à margem dessa realidade; o direito deve ser capaz de tutelar essa realidade (DUARTE, 2004, p. 24), sobretudo diante da conjectura de crise econômico-financeira-patrimonial enfrentado pelas empresas na atual complexidade mercadológica.

Em realidade, hermenêutica constitucional exige uma interpretação teleológica do ordenamento como um sistema interligado com a realidade social e os aspectos desenvolvimentistas, fundamentado nas normas constitucionais (SILVA, 2014, p. 302). No momento em que se reformulou a Constituição Federal, ficou enfatizada a importância crescente que foi dada a empresa, com o chamado espírito empresarial, em virtude, sobretudo, das transformações que vivemos e a necessidade de adequação das inovações socioeconômicas à realidade brasileira.

Sob esta perspectiva, essa nova fase de transição da humanidade, ligada a modificações tecnológicas, como as decorrentes do uso dos computadores, dos sistemas de informação, das mídias sociais, da modernização dos sistemas estruturais comerciais e financeiros que ensejam uma nova ordem de globalização da economia mundial, enfatiza a importância da empresa como coração da vida econômica e social da sociedade contemporânea (WALD, 1995, p. 53).

É necessário salientar que o Estado tem o dever de atender, de forma eficiente, ao indivíduo. Neste sentido, faz-se necessário o desenvolvimento de políticas públicas que confluem com essas modificações na sociedade e que visem o cumprimento eficaz dos preceitos constitucionais, como os direitos sociais (COSTA; SILVA, 2014, p. 9), para que todos os cidadãos possam gozar de dignidade e de padrões mínimos de existência, de modo que seja alocado recursos para a concretização desses direitos.

É nesta complexidade da sociedade contemporânea que a empresa se fortalece. Assim, a revolução empresarial e a aplicação de uma governança com espírito empresarial não se coaduna mais com apenas seu proprietário ou controlador, mas representa sua diretoria, seus executivos, seus técnicos, seus trabalhadores, seus consumidores e o próprio Estado, como arrecadador de impostos.

Assim, essa visão realista da complexidade das relações entre as empresas e a sociedade no mundo contemporâneo considera que não há mais como distinguir o econômico do social, pois ambos os interesses se encontram e convergem na empresa, visto que essa é vista como núcleo central da produção e da criação de riqueza, que deverá beneficiar tanto o empresariado, como os empregados e a própria sociedade de consumo (WALD, 1995, p. 53).

Desta maneira, pode-se considerar que é na empresa que hodiernamente se convergem os interesses que aparentemente são divergentes entre os empresários e os consumidores que compõem a sociedade. Deste modo, coube ao constituinte estabelecer diretrizes e princípios básicos para que a convivência adequada dos diversos grupos sociais possa buscar seus interesses, em todos os seus aspectos, sejam eles econômicos ou sociais (WALD, 1995, p. 53).

Em virtude da importância da empresa, cada vez mais evidente no ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal homenageou em várias passagens a empresa.

Tanto é verdade que, a República brasileira tem como *fundamentos* os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV da Constituição), que são reconhecidas – conforme base constitucional – como vetores que viabilizam a realização dos objetivos fundamentais do Estado, que são, dentre outros: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem comum.

Neste aspecto, a livre ação econômica e jurídica consiste em uma das principais bases do Estado Democrático de Direito, respeitando os limites em que não atente contra o trabalho (MAMEDE, 2014, p. 27).

Quando rege a ordem econômica e financeira do país, a Constituição volta a valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa como elementos fundamentais a permitir que se assegure a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, garantindo a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único). A confiança nos agentes privados e na sua

capacidade de empreender iniciativas hábeis a proporcionar o desenvolvimento nacional conduz à previsão de que, ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173). Cabe ao Estado, prioritariamente, a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, incluindo o dever de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sempre nos limites definidos em lei (art. 173, §4º). Portanto, há um amplo espaço constitucional para a iniciativa econômica privada, estando protegidos desde a liberdade para agir, até a propriedade de bens móveis e imóveis (MAMEDE, 2014, p. 25).

Neste cenário, a relevância da empresa na sociedade e na economia fica evidente, visto que por constituir uma instituição fundamental na sociedade contemporânea, a *empresa* possui importância tanto econômica quanto social. Assim, não resta imperioso afirmar que a empresa constitui *célula fundamental* da economia, e dela depende a grande maioria da população economicamente ativa (DUARTE, 2004, p.24).

É sob esta linha de raciocínio que a empresa pode ser considerada uma instituição de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea (CAVALLI, 2013, p. 12). Então, por constituir um dos institutos predominantes no ordenamento jurídico, além de interessar ao direito comercial, a empresa interessa também diversos outros ramos do direito, da economia e da sociedade.

Portanto, pode-se concluir que a empresa deve ser considerada uma instituição social que serve de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea; e, desta forma, o direito não deve ficar à margem dessa realidade; o direito deve ser capaz de disciplinar essa realidade.

Deste modo, cabe destacar que essas representações dos perfis da empresa não podem prevalecer diante da representação da empresa como um fenômeno sociológico e sua *Dimensão Social*. Neste sentido, a empresa deve ser vista como uma conjunção de fatores econômicos e sociais, de forma a preservar não só os interesses privados, como também os interesses sociais, de todos aqueles que de alguma forma irão interferir ou sofrer os efeitos em relação à sua existência (PERIN Jr., 2009, p. 19).

Neste sentido, se quiser indicar uma instituição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva como elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa. É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais (COMPARATO, 1983, p. 57).

Desta forma, há na empresa um papel de diferentes especializações na sociedade humana, fazendo com que cada um venha a concorrer para satisfazer suas necessidades. Assim, alguns doutrinadores incluem a dimensão social na concepção da empresa, a exemplo do professor Evaristo de Moraes Filho, que a conceitua como “um grupo de pessoas, trabalhando em conjunto, sob um plano organizado, tendo em vista a produção de bens e serviços para o mercado”. Para este Autor, o trabalho produtivo da empresa não é um esforço em vão, sem finalidade; pelo contrário, guarda em si mesma uma típica nota do campo econômico e social: a utilidade (MORAES FILHO, 1960, p. 257).

Neste interim, a empresa pode ser considerada uma representação de interesses privados relacionados à produção, com variados graus de organização e de personalização do controle de capital, destinada a exercer seu objeto através de referências de mercado, que reflete seus efeitos em toda a sociedade. Deste modo, há um grau de socialização na empresa que não pode ser desprezado (PERIN Jr., 2009, p. 23).

Destacado este grau de socialização na empresa, passa-se agora a analisá-la com base na sua função social. A Constituição da República de 1988 corroborou no Direito Pátrio uma tendência jurídica contemporânea, qual seja: a afirmação do interesse público como referência e baliza para definir os limites às faculdades individuais (MAMEDE, 2014, p. 47). Desta forma, a função social da empresa, tida como um princípio basilar do direito empresarial é considerada metanorma que demanda o interesse da sociedade sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas. Embora a empresa tenha como finalidade imediata a remuneração do capital nela investido, atendendo ao interesse do seu titular, a atividade empresarial também deve atender igualmente toda a sociedade.

Neste sentido, há um regime integrado, em analogia aos círculos concêntricos. Sob esta ótica, no núcleo do círculo, os interesses do empresário ou dos seus titulares que compõem a

empresa; no aro posterior, se concentram outros interesses, como relativos aos empregados, fornecedores, consumidores e investidores; no plano seguinte, há o interesse do próprio Estado, como arrecadador, regulador; e no círculo mais externo, toda a sociedade, igualmente beneficiária da atuação empresarial (FRASÃO, 2003, p. 16).

Neste sentido, se por um lado a função social da empresa reflete em um princípio correlato à sua conservação, devido à finalidade socioeconômica; por outro lado, a função social se concretiza na necessidade de respeito aos demais princípios constitucionais limitadores à livre iniciativa (MAMEDE, 2014, p. 48). É sob esta leitura do princípio da função social da empresa que se conduz ao enfoque na livre iniciativa não como uma expressão egoísta, como trabalho do ser humano em benefício de suas próprias metas, mas como uma iniciativa que, não obstante seja individual, cumpra um papel na sociedade.

Assim, a proteção da empresa não é mera proteção do empresário ou da sociedade empresária, ela também abrange a proteção a toda coletividade que se beneficia da atuação empresarial, como os empregados, os fornecedores, credores, dentre outros.

Desta feita, atualmente, as empresas devem propor um modelo de gestão empresarial voltado, não somente pra dentro de si mesma, ou seja, estabelecendo como prioridade o lucro e a avalanche cada vez maior de recursos destinados à corporificar o capital de giro; pelo contrário, hoje as empresas devem estar voltadas para fora, ou seja, para a sua equipe, para seus colaboradores, para a sociedade que consome seus produtos, dentre outros; tratando-se a empresa, desta forma, de uma instituição social com influência, dinamismo e poder de transformação, como agente ativo e impulsionador da civilização contemporânea (ARNOLDI, 2002, p. 1995).

Nesta perspectiva, é justamente da empresa que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população economicamente ativa de qualquer país, no que concerne à criação e oferta de postos de trabalho, distribuição e geração de renda, dentre outros.

Neste sentido, para que a ordem social e econômica seja justa, é necessário que se respeite a propriedade privada; mas que está se desenvolva em uma perspectiva do bem comum, respeitando a sua função social (MAMEDE, 2014, p. 51). Assim, diante das observações elencadas acerca da função e dimensão social da empresa, é fundamental analisarmos na próxima subseção a necessidade de preservação da empresa.

Desta forma, corolário do princípio da função social da empresa é o princípio da preservação da empresa. Pode-se aduzir que há uma relação mutualista entre ambas as metanormas;

tendo em vista que é preciso preservar a empresa para que ela cumpra sua função social. Assim merece destacar que há interesse público na preservação da estrutura de da atividade empresarial, porque na continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou serviços, certo é que a empresa atende não somente o interesse dos seus titulares, mas de toda a coletividade.

Assim, em laudável e atemporal lição do professor Rubens Requião sobre a importância da preservação da empresa, foi destacado que sendo a sociedade e sua empresa um repositório de interesses privados e gerais, com alta e relevante função social, sua extinção constitui fato grave, que somente em casos extremos deve ser consentida (REQUIÃO, 1959, p. 191)

É necessário, neste ponto, destrinchar o princípio da conservação da empresa com base na teoria do professor Ecio Perim Júnior, considera a necessidade de sua manutenção com apoio em três funções das empresas distintas, mas ligadas, são elas: a) *função geradora de empregos*; b) *função geradora de tributos*; e c) *função de circulação ou produção de bens ou serviços* (PERIN Jr., 2009, p. 35).

No que concerne à *função geradora de empregos*, concerne na contribuição da empresa para garantir a inclusão do trabalho, como sujeito que integra a sociedade economicamente organizada. Neste aspecto, a preservação da empresa exerce função social preponderante, na medida em que atinge a manutenção do emprego formal, bem como a manutenção do emprego informal.

Já em relação à *função geradora de tributos*, é certo que a empresa gera o pagamento de tributos, o que é fundamental para a manutenção do Estado. Neste aspecto, é inegável que a grande maioria dos tributos arrecadados advém, de forma direta ou indireta, da atividade econômica desenvolvida no país, exercendo a empresa um papel essencial sob este aspecto. Assim, relacionando a função geradora de tributos com a necessidade da preservação da empresa, se tem que a manutenção da fonte produtiva e a consequente arrecadação de tributos é fundamental para a economia local, regional e nacional, não apenas como uma fonte de riqueza para o Estado, mas também como elemento regulador e de manutenção da atividade socioeconômica. Desse modo, para que o Estado alcance a sua finalidade socioeconômica e desenvolva uma política governamental neste diapasão, é necessário que seja respeitado o princípio da preservação da empresa como corolário da função social, para que seja possibilitado o desenvolvimento econômico sintetizado com o desenvolvimento social.

Por último, em relação à *função de circulação ou produção de bens ou serviços*, cumpre assinalar que esta busca atender a necessidade do consumo interno e viabilizar a exportação de nacionais. Desta maneira, o fomento da produção nacional é relevante para que se atenda à demanda de consumo interno e também para que seja incrementada as exportações, com a finalidade de perseguir um saldo favorável na balança de pagamentos, essencial para a economia do país. Daí urge, outra vez, a necessidade de preservar a empresa.

Todavia, é necessária uma adequada compreensão desse princípio, tendo em vista que ele surge não somente para tutelar os titulares da empresa. É incorreto compreender o princípio da preservação da empresa como uma afirmação absoluta de proteção ao patrimônio, aos interesses e aos atos do empresário ou da sociedade empresária; pelo contrário, a conservação da empresa deve ser pensada e considerada além dos interesses desses, a exemplo da transferência da empresa na falência, da nomeação de um administrador judicial no processo de recuperação judicial, dentre outros (MAMEDE, 2014, p. 51).

Desta forma, a preservação da empresa não deve ser vista como algo absoluto e a empresa não deve ser conservada a qualquer custo, é fundamental verificar se tal continuidade é juridicamente possível, fato este que nem sempre ocorre.

Portanto, a empresa deve sempre buscar reduzir seus riscos financeiros e operacionais, com a finalidade de tentar controlar as áreas específicas do mercado em que intervêm; contudo, essa medida não pode simplesmente excluir o papel social da mesma, tendo em vista que a empresa protege a empregabilidade, a arrecadação de tributos ou a manutenção da circulação de bens ou serviços, os quais proporcionam indiretamente a dignificação da pessoa humana. Acerca da dignidade humana, esta apresenta-se como um conjunto de atributos inerentes à pessoa humana e delas indissociáveis, de conteúdo inegavelmente axiológico, pois trata de valores próprios do ser humano, mas que são refletidos em toda coletividade. Neste sentido, é possível dizer que a dignidade é uma condição, um estado, que deve ser tutelado pelo ordenamento jurídico positivo e assegurado como uma ação efetiva do próprio Estado, e uma das formas de operacionalizar a efetivação dos direitos fundamentais é garantir o tratamento diferenciado e o acesso à justiça às microempresas e empresas de pequeno porte.

4 ACESSO À JUSTIÇA PARA AS MICROEMPRESA E A EMPRESA DE PEQUENO PORTE: DEFINIÇÃO E IMPORTÂNCIA FRENTE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL ECONÔMICO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Diante da necessidade de enfrentar os problemas do comércio e da indústria de pequeno porte, visto que essas são consideradas células capazes de se desenvolverem e integrarem adequadamente a economia nacional, surgiu a necessidade de imputar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, tendo em vista que elas mantinham-se indefesas diante das exigências legais onerosas (REQUIÃO, 2010, p. 87) e da concorrência avassaladora diante das grandes corporações com poderio econômico maior.

Neste sentido, o acesso à justiça para as micro e pequenas empresas, como células fundamentais da atividade econômica, pode ser considerado um direito fundamental social. Assim, os direitos sociais ou a prestações, que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado com o objetivo de melhorar as condições de vida, de modo a garantir os pressupostos materiais para o exercício da livre iniciativa, é fundamental (FERREIRA; SILVA, 2014, p. 4).

Neste sentido, a Constituição da República de 1998 estabeleceu que a ordem econômica tem como finalidade assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, observado o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, conforme se extrai do inciso IX do art. 170 da CF.

Sob esta ótica, o art. 179 da CF é mais detalhista e garantiu o tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte; para tanto, definiu que: “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”.

Neste sentido, são as micro e pequenas empresas que mais empregam mão-de-obra, o que conduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica; além disso, são elas que menos investimentos necessitam para operarem e, portanto, elas exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo aos consumidores do que desempenhado pelas grandes empresas (PETTER, 2008, p. 301).

Além disso, elas obtêm a aprovação no mercado sem a intermediação de pesados investimentos publicitários, que induzem alguns hábitos de consumo. Mas, doutro modo, são elas que possuem mais dificuldades para obtenção de financiamentos juntos às instituições financeiras; daí decorre a necessidade da efetivação do princípio do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Desta forma a descentralização de atividades industriais em unidades menores que funcionam com relativa autonomia e certo grau de liberdade é representada pelas microempresas e empresas de pequeno porte; além disso, o fomento ao crescimento destas categorias de empresa tem o benefício de ir contra a tendência concentracionista que o mercado apresenta, beneficiando toda a coletividade; tendo em vista que a maior dispersão do poder econômico diminui a possibilidade de ocorrência de situações de abuso do poder econômico (PETTER, 2008, p. 301).

Neste sentido, fica evidenciada a importância da microempresa e da empresa de pequeno porte no atual cenário brasileiro, por ser uma das células fundamentais na atual conjuntura socioeconômica; devendo o sistema judicial prover meios adequados para tutelá-las frente às dificuldades enfrentadas por esta categoria de empresa, garantindo, desta forma, o acesso à justiça.

Devido à importância da empresa, levando em consideração sua dimensão e função social; bem como a importância de sua preservação sob a ótica da dignidade da pessoa humana, o direito muitas vezes se ocupa em criar mecanismos jurídicos e judiciais para tutelar a recuperação das empresas em dificuldade, o que garantirá o acesso à justiça resolutiva às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sob a ótica de acesso à justiça, em clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmam que esta expressão é difícil de definir, mas serve, sobretudo, para determinar duas funções básicas do sistema jurídico, são elas: o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos; bem como de resolver seus litígios sob a tutela do Estado. Neste sentido, é necessário que o sistema seja acessível a todos que deles precisem e, posteriormente, seja garantido que tal acesso será resolutivo de forma socialmente justa (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 09).

Desta feita, sob o enfoque do acesso à justiça, esta garantia fundamental elencada pela Constituição Federal do Brasil de 1988 é tida como um dos mais importantes direitos do sistema judicial, tendo em vista que para garantir a efetividade e a viabilidade dos demais direitos, é antes garantir o acesso à justiça (GIANNAKOS, 2008, p. 131).

Assim, o direito ao acesso à proteção judicial significa essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação, desta forma, o acesso formal, mas não efetivo à justiça, corresponde à uma igualdade apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 09). É sobretudo nesta perspectiva de necessidade de igualdade material e de garantir a efetividade no acesso à justiça que o direito e o Estado devem propiciar formas de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Ainda sob a ótica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o direito ao acesso à justiça vem sendo reconhecido progressivamente e tendo uma importância fundamental entre os direitos individuais e sociais, tendo em vista que a titularidade de direitos é deturpada em seu sentido, caso não disponha o próprio direito de mecanismos hábeis e efetivos para garantir a efetividade, como resposta às reivindicações. Assim, o acesso à justiça poderá, portanto, ser encarado como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário, que tem como finalidade não apenas proclamar direito a todos, mas garantir a sua efetividade (CAPPELLETTI; GARTH, 1978, p. 12).

Em relação a esta importante garantia do sistema judicial, deve-se salientar que o texto constitucional não distingue o acesso à justiça para as pessoas físicas ou para as pessoas jurídicas (GIANNAKOS, 2008, p. 38) e em se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, a necessidade de tratamento diferenciado é deveras importante.

Neste sentido, para que seja garantida uma efetividade às microempresas e empresas de pequeno porte em tempos de crise, se faz necessário identificar os obstáculos a serem transpostos; assim como os clássicos doutrinadores Mauro Cappelletti e Bryant Garth o fizeram; nesta perspectiva, é necessário fazer uma releitura sob o aspecto das microempresas e empresas de pequeno porte em tempos de crise.

Como afirmamos nas seções anteriores, dentro da complexidade do mercado, onde muitas vezes as grandes corporações exercem grande poderio econômico sob os diversos agentes econômicos, as microempresas e empresas de pequeno porte sofrem com a concorrência desigual.

Assim, muitas vezes a efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como uma *igualdade de armas*. Entretanto, essa igualdade, naturalmente, é utópica, conforme afirmado pelos supramencionados clássicos autores (GIANNAKOS, 2008, p. 38) e para analisar o acesso à justiça e a efetiva paridade para as microempresas e empresas de

pequeno porte, se faz necessário vislumbrar à problemática quanto ao acesso à justiça de institutos que a ajudem a recuperar sua saúde financeira, identificando alguns possíveis obstáculos.

Ainda sob a ótica dos obstáculos a serem superados para garantir a efetividade do acesso à justiça sob a perspectiva dos clássicos autores Mauro Cappelletti e Bryant Garth; a duração do processo, quando uma parte busca uma solução judicial, pode durar vários anos, ou até década. Assim, os efeitos dessa delonga, principalmente quando consideramos os índices de inflação, podem ser devastadores.

Tais valores para uma Microempresa ou uma Empresa de Pequeno Porte podem ser nocivos. De qualquer forma, torna-se evidente que os altos custos, na medida em que Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte em crise econômico-financeira-patrimonial devem suportar, constitui uma barreira ao acesso à justiça.

Deste modo, alguns obstáculos foram identificados, relacionando às ideias da clássica obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth e a atual dificuldade de acesso à justiça para as microempresas e empresas de pequeno porte em crise. Assim, com o fim de superar estes obstáculos no que concerne ao acesso à justiça, os sistemas judiciais tiveram forte influência com base na teoria das três ondas de efetividade no que concerne ao acesso à justiça, e teve relevância nacional a importância dada ao direito do acesso à justiça após a consagração dos chamados “novos direitos”, que recebeu status de direito fundamental para a própria efetividade na garantia destes direitos.

Neste sentido, na obra “Acesso à Justiça”, três ondas reformadoras foram descritas para a superação dos obstáculos no caminho para a aplicação de acesso à justiça.

Em relação à primeira onda, foi destacada a necessidade de superação dos obstáculos relacionados à necessidade de assistência judiciária e jurídica ou legal aos pobres, que não dispunham condições para superar os momentos de crise financeira, para vencer assim o *obstáculo econômico*. Na segunda onda, aos obstáculos que tinham intenção de superar dizia respeito à tutela dos direitos e interesses coletivos, supraindividuais ou metaindividuais, pretendendo assim superar o os *obstáculos organizacionais*. Por último, a terceira onda, em que pretendia uma simplificação de procedimentos, visando a criação de vias alternativas de acesso à justiça e uma maior participação da sociedade na prestação jurisdicional, sendo superado o *obstáculo processual*. Neste sentido, foi estabelecida na terceira onda meios alternativos de jurisdição e à jurisdição formal, para que fossem mais adequados, próximos e simples às pessoas que necessitam, buscando alcançar a satisfação das empresas e de toda a coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, a Constituição da República de 1988 corroborou uma tendência jurídica contemporânea de afirmação do interesse público como referência e baliza para definição dos limites às faculdades individuais. Sob esta linha de raciocínio, a função social da empresa, é considerado um princípio basilar, uma metanorma, que demanda o interesse da sociedade sobre todas as atividades econômicas, mesmo sendo privadas. Embora a empresa tenha como finalidade a imediata remuneração do capital nela investido, atendendo interesse individual, a atividade empresarial também deve atender igualmente toda a sociedade, e ambos os cenários podem confluir.

Deste modo, a proteção da empresa não deve ser encarada como a mera proteção do empresário, ela também abrange a proteção de toda a coletividade que se beneficia da atuação empresarial, como os empregados, os fornecedores, os consumidores e toda a coletividade.

Neste sentido, a função social da empresa pode ser considerado um poder-dever que, considerando sua dimensão social, sobretudo de materialização da função geradora de empregos, de tributos e de circulação de bens e serviços; aonde surge um novo paradigma na mentalidade empresarial que deve ser atenta aos interesses, não só individuais, mas coletivos, para alcançar as finalidades dos princípios constitucionais da ordem econômica e, por meio do acesso à justiça, seja superados os obstáculos enfrentados em tempos de crise para valorização da dignidade da pessoa humana.

Assim, chegou-se à conclusão que os obstáculos criados pelo sistema judicial são mais pronunciados para as microempresas e empresas de pequeno porte – daí, decorrendo a necessidade do tratamento diferenciado, tendo em vista que são essas categorias de empresa que realizam de forma mais eficaz os fundamentos da República de respeito à dignidade e de valorização do trabalho e da livre iniciativa, considerando que no atual cenário socioeconômico, são elas que mais empregam mão-de-obra, o que conduz à valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica; além disso, são elas que menos investimentos necessitam para operarem e, portanto, elas exercem no contexto da economia um papel mais versátil e próximo aos consumidores do que desempenhado pelas grandes empresas.

REFERÊNCIAS

- ASQUINI, Alberto. Profili dell'Imprensa, Rivista del Diritto Commerciale, vol. 41, I, 1943, trad. Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 113-114, ou/dez. 1996
- ASQUINI, Alberto. Profili dell'Imprensa, Rivista del Diritto Commerciale, vol. 41, I, 1943, trad. Fábio Konder Comparato, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 104, p. 122, out/dez. 1996.
- ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. A Revolução do Empresariado. **Revista de Direito Mercantil**, ord. WALD, 2002, p. 243, 1995.
- BORTOLOZZI, Madian Luana; GUTIERRES, Schaiane Nair. O enquadramento jurídico das microempresas e seus reflexos socioeconômicos. **Revista de Direito Empresarial**. RDEmp. Belo Horizonte, Ano 9, n. 3, set/dez. 2012.
- BULGARELLI, Waldirio. **Tratado de Direito Empresarial**, 2. Ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective**. A General Report: Milan – Dott. A. Giuffrè – 1978.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.
- CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COSTA DE OLIVEIRA, A.; DOS REMÉDIOS FONTES SILVA, M. O desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos sociais: o dever estatal de preservar padrões mínimos de existência. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 4, n. 01, 16 out. 2013.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. **O Conceito de Empresa no Direito Brasileiro**. Direito Empresarial: Teoria geral, v. 1. Arnoldo Wald organizados. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.
- CAVALLI, Cássio. **Empresa, Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- COMPARATO, Konder. A Reforma da Empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 50, p. 57, abr/jun. 1983.
- DINIZ, Maria Helena. **Lições de Direito Empresarial**. 3. Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- DUARTE, Ronnie Preuss. **Teoria da Empresa**. São Paulo: Método, 2004.

- FERREIRA DANTAS, F. P.; FONTES SILVA, M. DOS R. Os Direitos Sociais no Brasil: abordagem sobre sua violação e preposições para concretização. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 7, n. 01, 15 set. 2014.
- FRASÃO, Stanley Martins. **A responsabilidade civil do administrador da sociedade limitada**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito Milton Campos, 2003.
- GIANNAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência Judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- MAMEDE, Gladston. **Empresa e Atuação Empresarial**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Empresa e Atuação Empresarial**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 3. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Sucessão nas obrigações e a teoria da empresa**. Rio de Janeiro: Forense, 1960. V. 1. P. 257.
- PERIN Jr, Ecio. **Preservação da Empresa na Lei de Falências**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedre de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, Curitiba.
- SILVA, Maria dos Remédios Fontes; VECHI, Cláudia. **A repercussão da função social da empresa nas relações da empresa com o consumidor e com o meio ambiente**. Rev. Empresa, sustentabilidade de funcionalização do Direito. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
- SILVA, Maria dos Remédios Fontes; VECHI, Cláudia. **Hermenêutica Constitucional: avanços e desafios na sociedade contemporânea**. CONPEDI/UFSC; coordenadores: Rubens Beçak, Alexandre Walmott Borges, Ana Maria D'Ávila Lopes. –Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- WALD, Arnoldo. **O Espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional**. **Revista de Direito Mercantil**, 98, p. 53, 1995.

ACCESS TO JUSTICE FOR MICROCOMPANIES AND SMALL BUSINESSES FROM THE PERSPECTIVE OF HUMAN RIGHTS: ANALYSIS ON THE SOCIAL FUNCTION AND THE IMPORTANCE OF ITS PRESERVATION FOR THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS.

ABSTRACT

The present study, in honor of Professor Maria dos Remédios Fontes Silva, deals with the issue of access to justice for micro and small businesses as a realization of fundamental rights. In this context, the importance of the company's social function as subjects of rights will be addressed, as well as its socioeconomic relevance and the need for its preservation from the perspective of constitutional hermeneutics. The study of the chosen theme is important, considering that this category of company is a fundamental cell in the valorization of human work and in national development. Therefore, it is intended to define some institutes to understand the objectives of this work and, through bibliographical, legislative research, and by the hypothetical-deductive method, we seek to conceptualize the company and its importance under the constitutional perspective, diagnose its relevance, socioeconomic status, its social dimension and function, and the need for differentiated treatment as a guarantee of access to justice.

Keywords: Company. Access to justice. Social role. Differential treatment.

*Bruno Costa Alvares*³

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma narrativa sobre a proposta de Constitucionalismo Progressista elaborada e defendida por Mark Tushnet. A reflexão será feita para possibilitar a abordagem do direcionamento proposto por Tushnet no sentido de um constitucionalismo que se debruce na persecução de políticas públicas destinadas a melhorar, materialmente, as condições daqueles que vivem em situações de extrema escassez de condições materiais. Para isso, o trabalho apresentará a tipologia, proposta por Nimer Sultany, do campo teórico constitucional progressista, o que possibilita a identificação de Tushnet na corrente da dissolução e como expoente do constitucionalismo popular. A partir daí a análise versará sobre a contestabilidade dos conceitos, a exemplo da contestabilidade do conceito do boa vida, que será usado como ponto de inflexão com a proposta de Tushnet e servirá como ponto de partida para a apresentação da proposta de Constitucionalismo Progressista do autor.

Palavras-chave: Constitucionalismo Progressista. Democracia. Condições Materiais.

1 INTRODUÇÃO

No início da última década, Mark Tushnet, expoente representante da corrente do constitucionalismo popular, publicou no *Ohio State Law Journal* um breve artigo com as suas considerações sobre o Constitucionalismo Progressista. De forma clara, aponta que o constitucionalismo deve ser progressista e constitucional, o que implica no uso principal do termo progressista no sentido da descrição de políticas públicas destinadas a melhorar as condições materiais daqueles que vivem ou sobrevivem em condições de severa escassez de condições materiais.

O texto, apesar de breve, traz importantes (e polêmicas) considerações do autor sobre o tema, a exemplo do foco do autor no processo de alívio da privação de condições materiais em detrimento ao combate à desigualdade pura e simplesmente. Essa abordagem pode ter como

³ Mestrando no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

finalidade a efetiva proteção aos direitos humanos ao permitir a realização dos direitos econômicos e sociais que demandam condições materiais mínimas. E são sobre essas considerações que o presente trabalho pretende refletir.

Além disso, com o intuito de esclarecer a posição de Tushnet na teoria constitucional e, também, para abordar alguns elementos e conceitos caros ao constitucionalismo progressista, o trabalho também trará algumas elucidações e reflexões feitas por Nimer Sultany. Ao tratar do estado da teoria constitucional progressista, Sultany trouxe importantes considerações sobre a tipologia do campo teórico constitucional progressista e sobre a contestabilidade dos conceitos, a exemplo da contestabilidade do conceito do boa vida, o que usaremos como ponto de inflexão com a proposta de Tushnet, que trata do conceito de boa vida como elemento de um problema colateral de ordem filosófica.

2 O CAMPO DA CONSTITUCIONAL PROGRESSISTA

2.1 A tipologia do campo proposta por Nimer Sultany

No início da última década Nimer Sultany publicou pela *Harvard Civil Law-Civil Rights Review* um estudo crítico e detalhado sobre as teorias constitucionais liberais progressistas. O autor faz um mapeamento das posições sobre a questão contramajoritária no âmbito das teorias do *judicial review* e, segundo ele, essas teorias procuram resolver a irreconciliável tensão entre constitucionalismo e democracia.

A questão contramajoritária⁴ é apenas um exemplo dentro de debates mais abrangentes e cruciais relacionados à tensão entre constitucionalismo e democracia, mas ela serve como justificativa do esforço de Sultany na busca por uma análise discursiva da crítica e das teorias [do *judicial review*] em si (SULTANY, 2012, p. 375).

Cumprir notar que Sultany pretende também mapear o campo da teoria constitucional progressista liberal e ofertar uma tipologia de sua fragmentação (2012, p. 376). O campo liberal aqui compreendido descreve um arco de atuações políticas mais progressistas (à esquerda do centro

⁴ Entenda-se por *contramajoritarianismo* a acusação feita às cortes constitucionais quando elas utilizam direitos e garantias constitucionais como fundamento para limitar a vontade das maiores populares contemporâneas.

político) a atuações políticas mais conservadoras (à direita do centro político) e Sultany escolheu abordar apenas as correntes liberais progressistas, por entender que o contraste com os conservadores necessariamente desviaria do foco o seu debate acerca da tensão entre constitucionalismo e democracia.

O autor apresenta uma análise discursiva sobre o desenvolvimento do constitucionalismo como controle à democracia no campo da teoria do constitucionalismo progressivo. Nele, o autor apresentará uma tipologia que pretende dar conta de três dos principais pontos entre as tipologias existentes: primeiro, estabelecer uma conexão entre a forma de argumentação eleita por cada corrente doutrinária e o seu respectivo efeito sobre a teoria da constituição; segundo, ao invés de separar as correntes doutrinárias entre os debates sobre a democracia e os debates sobre o constitucionalismo, a tipologia compreende os dois conceitos em seu conflito; terceiro, distinguirá entre as doutrinas que pretendem atribuir algum grau de encerramento quanto às controvérsias conceituais e aquelas que rejeitam tal pretensão.

Segundo Sultany, o debate entre constitucionalismo e democracia se divide em duas grandes categorias (2012, p. 386): a do discurso unitário, que defende a possibilidade de uma democracia constitucional, em que os conceitos de constitucionalismo e democracia sejam harmônicos, e a do discurso da fragmentação, que compreendem que tais institutos são antagônicos, sendo impossível não reconhecer a contradição entre a garantia da legitimidade política (da divisão dos poderes) justificar a prática do controle judicial de normas.

As correntes da categoria do discurso unitário podem ser divididas em dois grupos: o grupo da negação, que afirma não existir contradição entre constitucionalismo e democracia, de modo que o controle judicial de normas é justificável; e o grupo da reconciliação, que reconhece uma tensão entre os conceitos, mas defende a possibilidade de sua reconciliação, levando a conclusão de que o controle judicial de normas pode ser justificável (2012, p. 387).

De outro lado, as correntes da categoria do discurso da fragmentação podem ser divididas entre o grupo do endosso, que afirma que a contradição entre constitucionalismo e democracia é insuperável, mas que tal fato não necessariamente inviabiliza a possibilidade de justificar o controle judicial de normas; e o grupo da dissolução, que também afirma que os conceitos são irreconciliáveis e, por isso, o controle judicial de normas é ilegítimo.

Tendo em vista que o objetivo deste trabalho não é análise pormenorizada da tipologia proposta por Sultany, o recorte será feito pela observação do discurso da fragmentação e, mais

especificamente, no grupo do populismo, no qual está enquadrado o autor cuja proposta de constitucionalismo progressista será analisada posteriormente: Mark Tushnet.

2.2 O Populismo de Mark Tushnet

Como já mencionado, a segunda posição no discurso da fragmentação é a da dissolução, que compreende os autores que resolvem a tensão entre democracia e constitucionalismo abandonando este (2012, p. 420). Tal posição defende que o poder político democraticamente exercido é irrestrito e rejeita o controle judicial de normas, e pode ser dividida em dois subgrupos: (i) do procedimentalismo desqualificado e (ii) populismo.

A segunda posição da dissolução é a do populismo, cujos mais proeminentes proponentes são Richard Parker e Mark Tushnet. Tal como Wandron⁵, os populistas rejeitam o controle judicial de normas, mas diversamente dele, os populistas enfatizam seus argumentos mais na participação do cidadão comum do que nos direitos. Esta corrente visa melhorar o processo democrático promovendo a maior participação popular, rejeitando ou removendo as restrições ao debate político; e rejeitando qualquer obstáculo às decisões majoritárias. Para eles, liberdade política significa igualdade política, soberania popular e, de consequência, governo da maioria.

Na defesa do populismo, Richard Parker ataca o sentimento anti-populista que associa as decisões majoritárias a conotações de intolerância, irracionalidade e passionalidade, rotulando-o ainda de irresponsável ao tentar domar a política comum, de modo que, desvelada a iveracidade deste ataque anti-populista, o direito constitucional deveria ter por missão central promover as decisões majoritárias (2012, p. 424).

O autor rejeita a ideia de que as Cortes são “oráculos do direito”, e defende que os juízes deveriam ser pessoas comuns; que os tribunais também deveriam compor a arena política e, às vezes, decretos judiciais deveriam ser descumpridos. A longo prazo, a lei não consegue controlar a política, e o constitucionalismo é uma fantasia.

Sultany aponta que tal como Parker, Mark Tushnet chama sua posição de populista pois distribui amplamente a responsabilidade pelo direito constitucional (2012, p. 425), já que a

⁵ Sultany identifica Jeremy Waldron no procedimentalismo desqualificado, eis que é apontado como, adepto da democracia majoritária. Waldron se opõe à restrição da maioria por meio de leis superiores (constituição), argumentando que caberia ao povo e aos seus representantes eleitos decidir sobre os procedimentos para solução de conflitos legais, inclusive sobre quais direitos deveriam ser atribuídos aos cidadãos.

Constituição pertence a todos, e não a advogados e juízes. O autor distingue entre uma Constituição “grossa” e uma Constituição “fina”. O constitucionalismo populista defende a segunda, em um modelo que contenha apenas os princípios fundamentais contidos na declaração de independência e no preâmbulo da constituição norte-americana, e cujo desenho do conteúdo seja promovido por uma discussão mais aberta e decidido por uma participação direta pelo povo.

O direito constitucional nesta concepção estaria preocupado com os direitos humanos e com o autogoverno. Por fim, afirma que não existiria contradição entre direitos humanos e o constitucionalismo populista: se existe o risco de o povo errar e tomar decisões ruins, o mesmo existiria para os Tribunais.

Cabe dizer, para além das considerações feitas por Sultany em sua tipologia, que Mark Tushnet apresenta um Constitucionalismo Popular como conceito que sofre intenso processo dialógico. Nesse sentido, o povo mobilizado, seus representantes políticos e as Cortes oferecem suas interpretações constitucionais ao mesmo tempo. A interação de todos estes atores produziria o direito constitucional.

Contudo, a principal diferença é que no constitucionalismo popular as Cortes não são protagonistas no diálogo, eis que o povo e os Poderes Legislativo e Executivo podem aceitar decisões da Corte, mas podem, contudo, também rejeitá-las, ignorando o que fora decidido pelo Judiciário (TUSHNET, 2006, p. 999). Para Tushnet, o Constitucionalismo Popular se baseia na ideia de que todos nós deveríamos participar na criação de direito constitucional através de nossas ações na política.

Feita a localização de Mark Tushnet e da sua teoria na tipologia proposta por Nimer Sultany e estabelecidas as bases para a compreensão da sua proposta de constitucionalismo progressista, abordaremos algumas questões propostas no Capítulo III do texto de Sultany, em especial o que diz respeito à origem e natureza das contradições de forma geral, o que deve servir também de fundamento para compreensão da proposta de constitucionalismo progressista de Tushnet direcionado à resolução da provação de condições materiais.

2.3 Da contestabilidade dos conceitos ao paradoxo em Sultany

Sultany dá início ao terceiro capítulo do seu texto apontando que justificação (*justification*) e razão (*reason*) são temas inter-relacionados do liberalismo, e que dizem respeito à contradição

atribuída à democracia constitucional. A complexa relação entre liberalismo pós-iluminista e razão dá origem a duas questões: (1) a origem e natureza das contradições de forma geral e, (2) os possíveis métodos para resolvê-las (SULTANY, 2012, p. 431).

As recentes divergências sobre a relação entre constitucionalismo e democracia demonstram o quanto os conceitos fundamentais no liberalismo são dotados de uma certa ‘fragilidade’. Alguns teóricos sinalizam que essa fragilidade relacionada aos conceitos pode ser explicada a partir da distinção feita entre liberais iluministas e pós-iluministas sobre a razão. Para a maioria dos liberais do Iluminismo, a livre aplicação da razão universal leva a um consenso moral e político porque a razão é capaz de revelar a verdade e a moralidade poderia ser deduzida a partir da racionalidade – Sultany aponta Kant como representante desse campo. Teóricos liberais pós-iluministas, no entanto, entendem que a razão não leva necessariamente a verdades moralmente superiores e que a divergência racional é parte integrante da condição humana (Rawls, por exemplo, argumenta que o seu conceito político de justiça, diferentemente do liberal iluminista, não reivindica ser verdadeiro, mas apenas razoável). Mas, tanto iluministas quanto pós-iluministas concordam que a justificação pública da política é possível em virtude da razão.

A noção de contestabilidade dos conceitos surge no contexto marcado pela fragmentação das abordagens liberais sobre a razão e pelo reconhecimento, pelos pós-Iluministas, dos limites da investigação racional, e vai de encontro a ele. Sultany cita W. B. Gallie para argumentar que a insistência em algumas disputas conceituais não pode ser explicada longe de questões psicológicas ou causas metafísicas (2012, p. 432). Essas disputas conceituais são intermináveis porque concentram-se em conceitos essencialmente contestados, ou seja, são conceitos cujo uso adequado envolve inevitavelmente a disputa, por parte dos usuários do conceito, sobre seus usos adequados.

O emprego da noção de contestabilidade essencial não leva, necessariamente, ao descobrimento de uma solução em uma disputa teórica conceitual. Dworking, por exemplo, ao discutir sobre constitucionalismo e democracia, adota uma abordagem restritiva e transforma a discussão em uma disputa entre concepções concorrentes de democracia e faz o mesmo ao discutir liberdade e equidade, transformando o debate inter conceitos em uma disputa intra-conceito (2012, p. 433). Para Sultany, isso exemplifica o fracasso de uma abordagem trans substantiva abrangente, sugerindo que a abordagem de disputas conceituais não pode ser transformada em um julgamento teórico isolado em si mesmo. Para ele, muitos teóricos direcionam o debate sobre as disputas

conceituais para um nível teórico que o transforma em abstração, reduzindo debates políticos a meras questões filosóficas.

A solução para ele não está na mera substituição do normativo pelo descritivo, dos valores pelos fatos, do ‘dever ser’ pelo ser. Reduzir o debate político a disputas factuais, como pretendem teóricos racionalistas e empiristas ao subordinar as questões ao crivo da racionalidade, ignoraria a contestabilidade.

A chave estaria, portanto, em aceitar o entrelaçamento do conceitual e do político para oferecer uma saída mais precisa do problema imposto pela dificuldade contramajoritária, reconhecendo, também, que a dificuldade persiste porque ainda restam presentes a batalha política pela boa vida e a discussão sobre o papel do direito na sociedade (2012, p. 435).

Sultany passa a trabalhar com a contestabilidade de dois conceitos fundamentais à compreensão das disputas e das crises no campo constitucional progressista: democracia e constitucionalismo.

A democracia, apesar de parecer poder servir como um mecanismo substituto da razão liberal iluminista no objetivo da busca de consenso sobre a defesa da liberdade no direito, é, também, um conceito contestável. Enquanto muitos liberais contemporâneos aceitam o processo democrático como meio de garantir a liberdade no campo jurídico, muitos deles discordam sobre como esse processo deve ocorrer e sobre quais seriam os requisitos e os objetivos da democracia.

O debate clássico contrapõe democracia procedimental, segundo a qual democracia é a regra da maioria e que a lei e os procedimentos formais devem segui-la como princípio, e democracia constitucional, cujo propósito é a imposição de limites ao que pode ser feito pela maioria por meio de condicionantes constitucionais estabelecidos pelo próprio povo. Assim, a vontade da maioria, convertida em lei ou procedimento legal, deve estar de acordo com direitos fundamentais pré-estabelecidos.

Sultany aponta que o campo teórico da democracia constitucional permite a coexistência de interpretações diversas, o que leva, por exemplo, aos debates contemporâneos que opõem concepções agregativas e concepções deliberativas de democracia. As agregativas/pluralistas entendem a democracia como um modelo onde a preferência de peças estratégicas, sejam eles indivíduos ou grupos de interesses, são agregadas, ao passo que as deliberativas entendem a democracia como processo de diálogo no qual a razão prática é exercitada com o propósito de alcançar um acordo sobre questões de interesse coletivo e para a articulação do bem comum.

Os desentendimentos sobre o conceito de democracia não se limitam à literatura acadêmica, o que nos leva à questão inicial de que a democracia, que deveria ser o remédio para a contestabilidade, na verdade é parte dessa contestabilidade, de modo que a sua introdução ao debate dá origem a outras formas de desentendimentos.

Dada a contestabilidade do conceito de democracia, alguns pensadores liberais contemporâneos apresentam a ideia de constitucionalismo como uma reação à contestabilidade e pluralismo com respeito à boa vida. No entanto, o constitucionalismo é igualmente uma noção contestável, o que debilita a utilidade do conceito de constitucionalismo.

O constitucionalismo é um bom exemplo da aplicação da contestabilidade porque é internamente complexo e descrito de diversas maneiras. As formulações sobre constitucionalismo mostram, geralmente, a visão política defendida pelos teóricos constitucionalistas, de modo que não expõem as controvérsias em torno do conceito, que se divide em dois grandes grupos. O primeiro, dos teóricos que debatem os componentes internos ou os critérios do conceito, critérios internos do conceito e suas condições de validade, como nos debates sobre autoria constitucional. O segundo, dos teóricos que debatem os objetivos aos quais o conceito pode servir e sua capacidade de atingir esses objetivos prescritos. Tendo em vista os desentendimentos inerentes à discussão sobre a boa vida, o constitucionalismo é visto como mecanismo fundamental na tradição liberal.

O constitucionalismo é sobre o respeito às escolhas dos indivíduos e sobre tolerar as suas respectivas escolhas sobre seus modos de vida. Para muitos liberais o constitucionalismo é sinônimo de procedimentalização e legalização da do que é justo. O constitucionalismo, então, faz a intermediação das controvérsias que surgem entre os cidadãos que têm aspirações políticas conflitantes.

De todo modo, a questão da contestabilidade dos conceitos de democracia e constitucionalismo, de forma separada, é complexa. Contudo, o paradoxo de fato surge da junção dos dois conceitos em um só. A contestabilidade dá origem a paradoxos e muitos teóricos descrevem a combinação de constitucionalismo e democracia como um grande paradoxo, o que pode levar a diversas conclusões contraditórias e inconsistentes sobre as questões que a envolvem. Para Sultany, o paradoxo da democracia constitucional é irresolúvel não apenas porque democracia e constitucionalismo são, por si só, conceitos contestáveis, mas também porque existem vários tipos de paradoxos, uma variedade de maneiras de resolver paradoxos, e, ainda assim, tais possibilidades de resoluções podem ser inconsistentes (2012, p. 443).

Não há um único modo correto de se resolver um paradoxo. Filósofos ocidentais têm enfrentado paradoxos de cinco maneiras principais: racionalismo, empirismo, kantianismo, dialética hegeliana e decisionismo. As duas primeiras abordagens buscam reconciliar contradições aparentes, harmonizando razão e percepção. O terceiro e o quarto não são reconciliadores neste sentido, mas respondem às contradições percebidas e à realidade das contradições, respectivamente. A quinta abordagem é uma abordagem emotivista, segundo a qual a escolha entre demandas éticas inconsistentes não é guiada pela razão.

O mapeamento e a tipologia apresentados por Sultany mostram que as respostas oferecidas por teóricos constitucionais para a questão do constitucionalismo e da democracia são variações da aplicação de algumas dessas abordagens sobre os paradoxos. Mais do que isso, o trabalho mostra um quadro mais complicado do que supõe a “tricotomia” do racionalismo/empirismo/kantianismo. Isto porque não há necessariamente abordagens genéricas para todos os paradoxos, eis que o mesmo teórico, por exemplo, poderia ser um racionalista com respeito a um paradoxo e empirista em relação a outro. Mais importante ainda, o padrão de raciocínio escolhido não necessariamente prediz a conclusão com relação ao paradoxo em questão.

Mas, para efeito de análise, cabe ressaltar que esse mapeamento tem origem, fundamentalmente, na batalha política pela boa vida e a discussão sobre o papel do direito na sociedade, o que faz surgir os diversos campos que destinam diferentes propostas de relação entre democracia e constitucionalismo.

Para esse efeito, passaremos finalmente à análise da proposta de constitucionalismo de Mark Tushnet que, de início, coloca em destaque a proposição de que cada ser humano é, em virtude da sua humanidade, habilitado a buscar a sua própria versão de “boa vida” e o quanto a capacidade do indivíduo de buscar esse objetivo é severamente restringido pelas condições de privação material, forçando um movimento de deslocamento do debate do campo teórico para a análise situada na realidade material.

3 CONSTITUCIONALISMO PROGRESSISTA: UMA PROPOSTA POR MARK TUSHNET

No texto intitulado *Progressive Constitutionalism: What Is It?* publicado no *Ohio State Law Journal*, Mark Tushnet afirma que a sua intenção não é a de falar por/para todos aqueles que se identificam como constitucionalistas progressistas e destaca, inclusive, o quão insensato isso seria. O autor aponta que o termo progressista carrega uma bagagem histórica difícil de ser deixada de lado, mas que, segundo ele, deveria ser. Antes de dar início à descrição do que ele considera como os mais importantes componentes do constitucionalismo progressistas no começo do século XXI, o autor faz algumas ressalvas. A primeira delas diz respeito ao fato de que os chamados progressistas na primeira metade do século XX eram entusiasmados pelas ciências sociais e muitos deles eram desatentos, indiferentes ou mesmo hostis às reivindicações de justiça racial. A segunda ressalva feita pelo autor adiciona o fato de que o século XX induziu um certo ceticismo sobre a afirmação de que cientistas/experts guiados pelas ciências sociais poderiam desenvolver, garantir a adoção, e implementar políticas que promovessem o bem público.

O constitucionalismo deve ser progressista e constitucional. Para Tushnet isso significa que o uso principal do termo progressista reside na descrição de políticas públicas destinadas a melhorar as condições materiais daqueles que vivem/sobrevivem em condições de severa escassez de condições materiais. A partir daí ele tece algumas considerações.

A primeira delas diz respeito ao foco em condições materiais em oposição a condições psíquicas e, mais especificamente, em oposição às condições que Charles Taylor se refere quando descreve políticas de reconhecimento (a versão de progressismo de Tushnet não descarta a importância das políticas de reconhecimento, mas insiste que aquilo que deve ser considerado central pelo progressismo deve ser o alívio da privação das condições materiais) (TUSHNET, 2011, p. 1073).

Na segunda, Tushet também foca no processo do alívio da privação de condições materiais em detrimento ao combate da desigualdade. A sua versão de progressismo é absolutamente confortável com disparidades razoavelmente grandes de condições materiais de bem-estar. Existe, segundo ele, contudo, o risco de a desigualdade material chegar em um ponto tão severo que dificultaria a adoção de políticas que objetivam a garantia de condições materiais básicas de existência. Isso, porque há também o risco de pessoas que vivem em situação de severa privação material acharem muito difícil mobilizar-se politicamente

Na Terceira e última consideração preambular o autor aponta que o objetivo principal do progressismo é reduzir e, eventualmente, eliminar as condições de severa escassez material e aí, o

que deveria importar aos progressistas é justamente o debate político voltado para a eliminação dessas condições.

Para o Autor, o seu conceito de progressismo possui diversas lacunas, algumas delas colaterais do próprio progressismo, mas, a sua definição é de que o progressismo não é e não deve ser centralmente preocupado com a liberdade de expressão, justiça processual em casos criminais, e muitas das questões associadas ao constitucionalismo liberal no final do século XX (2011, p. 1074). O motivo disso é para evitar que o progressismo tenha uma bagagem que poderia distrair o constitucionalista progressista daquilo que o autor acredita ser o verdadeiro foco das suas preocupações (o autor coloca que batalhas sobre a regulamentação de publicações sexualmente explícitas, por exemplo, seriam uma grande distração)

Contudo, constitucionalistas progressistas podem preocupar-se com esse tipo de problemas colaterais por duas razões. A primeira delas, de ordem filosófica ou político-teórica. Para explicá-la, o autor questiona o motivo pelo qual os progressistas estariam preocupados com as condições de privação material. Para ele, a preocupação com condições de severa privação material advém de um compromisso mais profundo desses progressistas, compromisso este que diz respeito, por exemplo, à proposição de que cada ser humano é, em virtude da sua humanidade, habilitado a buscar a sua própria versão de boa vida.

No entanto, a capacidade do indivíduo de buscar esse objetivo é severamente restringida pelas condições de privação material. Tushnet aponta que o compromisso dos progressistas com essa virtude humana de buscar alcançar sua própria visão de boa vida está também na raiz de muitos dos problemas considerados colaterais. Por isso, o mesmo compromisso que fundamenta a oposição de alguns progressistas à privação de condições materiais é também o que fundamenta outros progressistas na defesa da liberdade de expressão e de outras questões colaterais (2011, p. 1075).

A segunda razão pela qual progressistas acabam por preocupar-se com questões colaterais seria de ordem estratégica ou causal. Isto porque a proteção de alguns direitos pode tornar mais fácil para que progressistas alcancem seu objetivo legislativo central. Essas discussões superficiais, contudo, ilustram certo impasse no constitucionalismo progressista em questões que não envolvam de forma direta políticas voltadas para a redução ou eliminação de privação material.

Outra preocupação mais central é a de que o progressismo nada diz sobre justiça racial. E aí o autor aponta que existem diversas razões para focar exclusivamente no problema da privação

de condições materiais. Para ele, questões de raça nos Estados Unidos estão fortemente relacionadas com condições materiais. Assim, se a política tivesse sucesso em reduzir ou eliminar as condições de severa privação material, grande parte da classe beneficiada por essa redução seria composta por membros de minorias raciais. Ainda, segundo ele, tomar a questão da privação material como a questão central do progressismo reduziria questões relacionadas sobre como manter os progressistas unidos como uma força política. E, a partir daí, as questões sobre coalizão política estariam mais voltadas na construção de coalizões entre progressistas e outros, externos ao progressismo, ao invés de despende esforços na construção de coalizões dentro do próprio campo. Por fim, o foco exclusivo na questão da privação material oferece a possibilidade de reduzir as tensões inter-raciais que, segundo Tushnet, prejudicaram a eficácia de muitos movimentos políticos nos Estados Unidos, do campo liberal à esquerda.

Passada a explanação sobre o progressismo, o autor passa a discorrer sobre o constitucionalismo. Primeiro, destaca que o constitucionalismo exige algum tipo de hierarquia de valores. Alguns interesses políticos são meramente políticos, outros são constitucionais. Valores constitucionais são fundamentais e significativamente ‘entrenchados ou enraizados’ contra modificações realizadas pela via legislativa ordinária (2011, p. 1076).

Ademais, outra distinção, que é familiar para os constitucionalistas britânicos, mas não tanto para os americanos, é a de pensar nos mecanismos institucionais pelos quais a hierarquia de valores é implementada. Aí reside a distinção entre constitucionalismo jurídico e constitucionalismo político. As duas formas de constitucionalismo diferem-se pelo mecanismo por meio do qual as garantias constitucionais são aplicadas/asseguradas. E aqui, essa aplicação refere-se ao processo pelo qual a legislação e as ações executivas são avaliadas para determinar se elas têm a capacidade de modificar esses valores fundamentais por meio da simples alteração ordinária de legislação, ou se elas têm mecanismos especiais reservados para a mudança constitucional.

No constitucionalismo jurídico quase todas as garantias constitucionais são asseguradas pelas Cortes. Em oposição, o constitucionalismo político depende dos mecanismos da política comum, como partidos políticos, representantes legislativos e representantes atuantes da sociedade civil, para assegurar a aplicação das garantias constitucionais. Adeptos do constitucionalismo político defendem que legisladores deveriam discutir as suas escolhas/decisões fazendo referência obviamente às questões políticas, mas também aos valores constitucionais. Contudo, não há, para eles, mecanismo institucional capaz de assegurar que valores constitucionais prevaleçam sobre

meros valores políticos. Assim, para constitucionalistas políticos, às vezes, o processo de formulação de políticas envolve escolhas constitucionais ao invés de meras escolhas políticas (2011, p. 1077).

Tushnet afirma que seu argumento central é de que o constitucionalismo progressista deve ser compreendido no campo do constitucionalismo político e não do constitucionalismo judicial. Isso porque ele questiona, por exemplo, a capacidade das Cortes em criar doutrinas que lhes permitam decidir se determinada política pública estaria de acordo ou não com o objetivo de diminuir/eliminar a privação de condições materiais (2011, p. 1077). Ele destaca que no constitucionalismo progressista as Cortes deveriam ter um papel residual, meramente procedimental, no sentido de determinar que o legislador se pronuncie sobre a adequação de determinada política pública com o propósito fundamental de reduzir as condições de severa privação material. O autor inclui a possibilidade de a Corte eventualmente suspender a aplicação de determinada política pública se entender que ela não está de acordo com o referido propósito, mas, uma vez que o debate legislativo ocorra, a Corte deve retroceder.

Para o autor, a razão principal de colocar o constitucionalismo progressista dentro do campo do constitucionalismo político é garantir a estabilidade sistêmica do progressismo. Subordinar a aplicação de garantias constitucionais às Cortes pode gerar sérios riscos aos elementos substanciais do constitucionalismo (2011, p. 1078).

O primeiro deles diz respeito à debilidade democrática. Aqueles que não se envolvem de forma imediata e direta com a política não o faz porque têm muitas outras coisas a fazer, eis que política toma tempo e esforço. Por isso, pessoas comuns decidem gastar seu tempo com outras coisas e assim, o autor aponta que um sistema democrático debilitado/enfraquecido pode produzir políticas que não consistem com aquelas que o constitucionalismo político deveria produzir.

O segundo risco está relacionado mais precisamente ao caráter legalista do constitucionalismo jurídico, o que implica na delegação de um grau substancial de controle sobre o que é 'constitucional' a especialistas do campo jurídico. Os custos dessa delegação podem ser vistos mais precisamente pelo avanço de um doutrinarmismo, identificado pela reserva do espaço da doutrina aos especialistas do direito, afastando dela as pessoas comuns. Nesse sentido, para Tushnet, as decisões das Cortes deveriam buscar uma apresentação mais acessível, de modo a possibilitar que as pessoas compreendam os efeitos de determinadas condutas.

Ainda, o autor considera o problema da proporcionalidade. A doutrina da proporcionalidade está disseminada na jurisprudência constitucional fora dos Estados Unidos. As ideias de proporcionalidade e equilíbrio são ideias que fazem parte do raciocínio prático comum no dia a dia das pessoas. Para a doutrina jurídica, proporcionalidade e equilíbrio funcionam como um checklist com uma análise estruturada para a avaliação da razoabilidade dos objetivos de determinado governo ou política governamental. Segundo o autor, não é possível afirmar se essa estrutura doutrinária de proporcionalidade e equilíbrio aplicada dentro do constitucionalismo jurídico seria normativamente superior aos julgamentos de proporcionalidade feitos no constitucionalismo político, apesar de ambos parecerem igualmente eficazes.

Alguns podem questionar o fato de que o constitucionalismo político não conseguiria sustentar um constitucionalismo que dependa de valores fundamentais enraizados, ao passo que o constitucionalismo jurídico conseguiria. Contudo, Tushnet destaca que princípios de livre expressão são diferentes, por exemplo, da imposição de taxas sobre alta renda, eis que o primeiro está relacionado com o constitucionalismo jurídico, mas não com o constitucionalismo político, ao passo que o segundo não está relacionado com nenhum dos dois.

Esse entrincheiramento/enraizamento, no entanto, não delimita de forma clara a distinção entre constitucionalismo jurídico e político. A verdadeira questão é se na prática os valores fundamentais estão mais enraizados no constitucionalismo jurídico do que no político. Mas essa seria uma questão empírica, na qual Tushnet aponta que as diferenças no enraizamento de valores fundamentais são sutis, e que o que os críticos identificam como uma falta de compromisso popular com valores fundamentais muitas vezes é simplesmente uma discordância sobre o conteúdo desses valores em circunstâncias específicas (2011, p. 1080).

Nesse sentido, a verdadeira questão relacionada ao enraizamento de valores fundamentais não está relacionada com valores tais como o da livre expressão. Na verdade, a questão surge em conexão com as próprias estruturas relacionadas ao processo de tomada de decisão política do qual dependem os constitucionalistas. Constitucionalistas jurídicos dependem das Cortes para identificar valores fundamentais, enquanto constitucionalistas políticos dependem da política para tanto. A política normalmente ocorre dentro de estruturas estáveis de tomada de decisões (a exemplo de legislaturas distritais, referendos para o processo de construção legislativa em alguns estados e representação igualitária dos estados no Senado). São essas estruturas que possibilitam a

via do constitucionalismo político, que não existiria sem elas. Mas, essas estruturas também o restringem.

Essa é uma das dificuldades relacionadas às reivindicações dos constitucionalistas políticos, ou seja, de que sua abordagem é normativamente mais atraente do que a do próprio constitucionalismo jurídico. Constitucionalistas jurídicos podem ser tendenciosos a soluções legalistas, mas constitucionalistas políticos, em qualquer cenário político, serão tendenciosos a soluções que foquem nos resultados práticos. Sendo assim, seria necessário comparar a atratividade normativa do conjunto de resultados associados ao constitucionalismo político com o dos resultados associados ao constitucionalismo jurídico. E aí o autor aponta que nesse contexto, não deve haver qualquer preferência pelo constitucionalismo político ou jurídico, eis que a escolha dependerá de determinadas particularidades.

Outra possibilidade trazida pelo autor é a de recuar a atenção para estruturas políticas existentes e passar a pensar em alternativas. Roberto Unger denomina as estruturas políticas de hierarquias congeladas e propõe a construção de direitos desestabilizadores para desestruturar essas hierarquias. Isso corresponde, de acordo com Tushnet, a simples proposição de que os constitucionalistas políticos devem estar sempre atentos aos efeitos do enviesamento da estrutura existente para a tomada de decisão política. É preciso, também, buscar sempre a inovação institucional para tentar romper com esse engessamento das estruturas políticas (2011, p. 1081).

Nesse ponto, o autor destaca que constitucionalistas políticos, ao menos na tradição constitucional dos Estados Unidos, são reconhecidos por serem inovadores quando se trata de desenho institucional. No mesmo sentido, progressistas sempre estiveram na linha de frente das inovações institucionais. Mas cabe destacar que para o constitucionalismo político não pode haver solução institucional permanente, da mesma forma que não existem valores fundamentais permanentes.

No entanto, se o constitucionalismo progressista está comprometido com a implementação daquilo que os progressistas acreditam ser valores fundamentais, como esses valores podem ser identificados? Se os constitucionalistas jurídicos usam as Cortes como mecanismo de identificação desses valores, como isso ocorre no constitucionalismo político? Tushnet aponta que além do texto constitucional e dos termos carregados de valores, que são a alma do constitucionalismo político, existem também as tradições fundamentais da nação, identificadas por meio do processo pelo qual

as pessoas interpretam e identificam a sociedade em que vivem (2011, p. 1082). Progressistas interpretam essas tradições para apoiar os valores pré-existentes.

Por fim, Tushnet afirma que os progressistas deveriam ser (mais) comprometidos com o constitucionalismo jurídico do que com o político, embora tenha muita coisa relacionada com a avaliação política das perspectivas do constitucionalismo político que, apesar dos seus defeitos, parece ser uma melhor opção nesse aspecto do que o constitucionalismo jurídico, que, por sua vez, não tem se apresentado como uma boa solução e tampouco demonstra sinais de melhora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cerne da proposta de constitucionalismo progressista voltado a redução e eventual eliminação de condições de grave privação material de Tushnet está a preferência do autor pelo constitucionalismo político em detrimento do jurídico, eis que no constitucionalismo jurídico, quase todas as garantias constitucionais são impostas por tribunais, ao contrário do constitucionalismo político, que se vale dos mecanismos da política ordinária para impor as garantias constitucionais;

A razão principal de colocar o constitucionalismo progressista dentro do campo do constitucionalismo político é garantir a estabilidade sistêmica do progressismo, porque subordinar a aplicação de garantias constitucionais às Cortes pode gerar sérios riscos aos elementos substanciais do constitucionalismo, sendo que o primeiro deles diz respeito à debilidade democrática.

Deste modo, apesar da grandiosidade da proposta de destinar o progressismo à questão fundamental da redução das condições de privação material, o potencial problema parece residir em um otimismo que parece não considerar a possibilidade de abusos por parte das maiorias, o que poderia incorrer em violações legais das mais diversas.

Um modelo, como levantado pelo próprio autor, em que pessoas comuns, por terem muitas outras coisas a fazer ao invés de uma atividade política que lhes toma tempo e esforço, decidem gastar seu tempo com outras coisas, pode gerar um sistema democrático debilitado, produzindo políticas que não consistem com aquelas que o constitucionalismo político deveria produzir. E aí

parece ser temerário o movimento de restringir o campo de atuação das cortes constitucionais no sentido de conferir à população o papel de construção, interpretação e vivência da Constituição.

É nítido que o risco apontado por Tushnet no sentido do caráter legalista do constitucionalismo jurídico, que implica na delegação de um grau substancial de controle sobre o que é ‘constitucional’ a especialistas do campo jurídico, deve ser considerado.

No entanto, uma acomodação teórica entre constitucionalismo popular e supremacia judicial parece ser mais razoável em um momento de crise da Democracia Constitucional. Nesse sentido, a exemplo do proposto por Robert Post e Reva Siegel, permitir que o Direito Constitucional dite o que é Constituição é arriscado, podendo as crenças constitucionais da nação serem suplantadas pela estreita visão das Cortes. Mas, permitir o mero julgamento político da Constituição também é perigoso, eis que coloca os direitos constitucionais e valores da democracia em situação de vulnerabilidade (POST; SIEGEL, 2004, p. 1038).

REFERÊNCIAS

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. **Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy**. *California Law Review*, Berkeley, v. 92. p. 1040, 2004. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1177&context=fss_papers.

Acesso em: 18 de mar. de 2021.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: the Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**. [Cambridge, MA], v. 47, p. 371–455, 2012.

TUSHNET, Mark V. **Popular Constitutionalism As Political Law**. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 81. p. 999-1000, 2006.

TUSHNET, Mark. **Progressive Constitutionalism: What Is It?** *Ohio State Law Journal*. [Columbus, OH], v. 72, n. 6, p. 1073–1082, 2011.

PROGRESSIST CONSTITUTIONALISM:

A NARRATIVE ABOUT MARK TUSHNET'S PROPOSAL

ABSTRACT

The objective of the present work is to present a narrative about the proposal of Progressive Constitutionalism elaborated and defended by Mark Tushnet. The reflections are made to enable the approach proposed by Tushnet to a constitutionalism that privileges the search for public policies aimed at the material improvement of the conditions of those who live in situations of extreme material scarcity. Therefore, the work will present the typology of the progressive constitutional field proposed by Nimer Sultany, which allows identifying Tushnet in the current of dissolution and as a representative of popular constitutionalism. From there, the analysis will focus on the contestability of concepts, such as the contestability of the concept of the good life, which is used as an inflection point for Tushnets proposal and intends to serve as a starting point for the presentation of the author propostas proposal for Constitutionalism Progressive.

Keywords: Progressive Constitutionalism; Democracy; Material Conditions

*Jorge Adriano da Silva Junior*⁶

RESUMO

A intensificação das comunicações sociais e o “encurtamento” de distâncias, na sociedade moderna, representam condições de possibilidade e riscos para a própria manutenção da ordem social, considerando a facilidade de compartilhamento de crises entre as diversas regiões do globo. Nesse contexto, o presente trabalho busca identificar a relação entre as políticas públicas de combate ao Covid-19 e a condução autoritária da política, em uma crise democrática concomitante à crise sanitária brasileira. A imunização social em face da pandemia de Covid-19 dependeu da eficiente comunicação dos sistemas sociais, no sentido de se orientarem pelas informações do sistema científico e sanitário buscando achatar a curva de infectados. Todavia, a crise sanitária coincidiu com uma crise interna do sistema político democrático em diversas regiões do mundo, como o Brasil. Através de uma pesquisa exploratória e documental, empreendendo um tratamento analítico sobretudo dos relatos jornalísticos contemporâneos, bem como bibliográfica, podemos concluir que no Brasil, a crise interna da democracia, com a politização das informações científicas e sanitárias, divulgação de *fake news* e crises federativas e institucionais orientadas pelo código amigo/inimigo, favoreceram o ineficiente controle epidemiológico do Covid-19.

Palavras-chave: Covid-19. Crise democrática. Teoria dos sistemas. Pandemia.

1 INTRODUÇÃO

Em face da pandemia de Covid-19, o mundo se tornou refém de um vírus altamente contagioso e sem soluções médicas imediatas para seus efeitos letais. Os Estados, por meio de políticas públicas sanitárias, passaram a combater o inimigo comum, buscando preservar a sustentabilidade dos sistemas sociais e da vida dos sistemas psíquicos, de forma, muitas vezes, conflituosa, em face do efeito colateral do isolamento social para alguns sistemas sociais, sobretudo, a economia. Todavia, essa crise sanitária foi acompanhada e aprofundada por uma crise da democracia liberal que já estava instalada em diversos Estados da sociedade mundial. Nas

⁶ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

últimas décadas, emergiram, com protagonismo, diversos políticos e partidos autoritários que passaram a disputar as eleições e “jogar” nos limites das regras do jogo democrático, de forma a subverter suas instituições e representar um risco interno ao próprio sistema político.

Nesse sentido, temos o seguinte problema: a crise sanitária pandêmica de Covid-19 pode ter seus efeitos agravados por uma crise interna da democracia liberal no Brasil? O presente trabalho é orientado por uma pesquisa documental, que consiste na análise de diferentes fontes de informação que não receberam, ainda, um tratamento analítico (GIL, 2002, p. 65-66), tendo como principal extrato documental os relatos jornalísticos que explanam os fatos relacionados à pandemia de Covid-19. A pesquisa pode ser classificada como exploratória, pois intenta maior familiaridade com as concepções e teorias acerca do caso e estudo, tendo como objetivo o aprimoramento de ideias, construção de resultados e formulação de hipóteses (GIL, 2002). Além do mais, procedemos à revisão bibliográfica, sobretudo, do marco teórico da Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann e dos autores que estudam a crise da democracia liberal contemporânea, para compreendermos a complexidade social das crises estudadas.

O objetivo deste artigo, por sua vez, é identificar se há uma relação entre as políticas públicas de combate ao Covid-19 e a condução autoritária da política, em uma crise democrática concomitante à crise sanitária.

De início, compreendemos o cenário mundial de crise da democracia liberal e suas características. Após, observamos o sentido sistêmico do Estado Democrático de Direito em crise, bem como o funcionamento moderno do sistema político e sua diferenciação do direito. Em seguida, analisamos o cenário pandêmico causado pela Covid-19 na sociedade mundial. Ao final, regionalizamos as crises sanitárias em face das realidades assimétricas da sociedade mundial e passamos a diagnosticar as políticas públicas sobre o Covid-19 no Brasil e sua identificação com o autoritarismo emergente.

2 CRISE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em que pese a democracia⁷ tenha se tornado um regime hegemônico no ocidente, bem como tenha resistido às principais alternativas políticas que emergiram no século XX, ela não se encontra imune a riscos destrutivos. Diamond (2015, p. 144) identificou, nas duas últimas décadas, um conjunto de movimentos políticos na sociedade mundial que vêm desintegrando as instituições democráticas, o que denominou de “recessão democrática”. Essa crise é resultado do colapso de democracias em diversos países, do declínio democrático e ascensão autoritária em países emergentes - “*swing states*”, e em democracias “estabelecidas”, como nos Estados Unidos da América.

Diversos pesquisadores, como Castells (2018), Mounk (2019), Levitsky e Ziblatt (2018), Bermeo (2016), Runcimann (2018), têm observado uma crise da democracia contemporânea, identificando características comuns com a descrição da recessão democrática diagnosticada também por Diamond (2015), apesar, muitas vezes, da diversidade de termos usados para esse mesmo fenômeno e algumas particularidades em sua interpretação.

Bermeo (2016, p. 5) identifica algumas características do atual “retrocesso democrático” (*democratic backsliding*): a superação dos golpes clássicos abertos dos anos da Guerra Fria pelos “golpes promissórios”; a conversão dos tradicionais golpes executivos pelo “engrandecimento do executivo”; e a substituição dos flagrantes fraudes eleitorais do passado por assédio e manipulação estratégica de longo prazo. Em sentido similar, Diamond (2015, p. 147) conclui que dos 25 colapsos democráticos ocorridos desde 1999, apenas 8 foram resultados de golpes militares, sendo que a maioria das crises democráticas resultou do abuso de poder e da profanação de instituições e práticas democráticas por governantes eleitos democraticamente. Nancy Bermeo (2016), ao analisar esse fenômeno de crise interna da democracia liberal promovida pela expansão do executivo, denomina-o de “engrandecimento do executivo”.

Sua forma mais comum de retrocesso ocorre quando os chefes do executivo eleitos enfraquecem os meios de controle do poder executivo, um por um, realizando uma série de mudanças institucionais que dificultam o poder das forças da oposição para desafiar as preferências dos chefes do executivo (BERMEO, 2016, p. 10, tradução nossa).

Essa forma de retrocesso democrático revela a prevalência de uma face do autoritarismo mais camuflado. Trata-se de um autoritarismo gradual e que se constitui no poder por meio de instituições democráticas como a eleição. Todavia, ao ser eleito, cria-se estratégias para mitigar o

⁷ Este capítulo é fruto de conclusões parciais de minha pesquisa desenvolvida no mestrado no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

controle externo e ampliar os poderes do líder autoritário. Segundo Levitsky e Ziblatt (2018, p. 33-34), pode-se destacar, de forma sintética, quatro características dos líderes autoritários, quais sejam: rejeição das regras democráticas do jogo; propensão a restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia; negação da legitimidade dos oponentes políticos; e tolerância ou encorajamento à violência.

Para solucionar de forma holística os problemas sociais apontados e também criados, ou inventados, na campanha, Levitsky e Ziblatt (2018, p. 33) afirmam que os políticos autoritários sugerem meios antidemocráticos, como violar a constituição, cancelar eleições, restringir direitos e proibir organizações. Nesse sentido, os autoritários apoiam a restrições de direito, principalmente, da imprensa e dos opositores através de mecanismos legais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 34). Sem recorrer diretamente a um golpe de estado, há um ataque generalizado à legitimidade tanto do processo eleitoral quanto da própria oposição. Com esse fim, os líderes autoritários tentam dissolver a oposição através de leis e decretos, em conformidade formal com os procedimentos constitucionais, e de forma indireta, buscam se perpetuar no poder, sem recorrer, ao menos até o momento, a um golpe de estado.

Ao contrário da construção democrática de decisões coletivas a partir de uma negociação e formação de compromisso entre governo e oposição, mas sim uma guerra entre inimigos. Isso nos remete à teoria de Schmitt (2006) sobre “o conceito do político”. Na visão schmittiana, “*a contraposição política é a contraposição mais intensa e extrema, e toda a dicotomia concreta é tão mais política quanto mais ela se aproxima do ponto extremo, o agrupamento do tipo amigo-inimigo*” (SCHMITT, 2006, p. 31). Trata-se de uma observação da natureza conflitiva da dimensão do *político* na *política*, ao introduzi o binômio amigo/inimigo como critério definidor do poder político. A existência política de um povo é conformada pela polaridade entre o amigo/inimigo, ou seja, entre “nós” e “eles” (SCHMITT, 2006, p. 53). Essa concepção totalitária encontra ecos na crise democrática atual sob o “manto” dos procedimentos eleitorais e legislativo.

Levitsky e Ziblatt (2018) observam que uma determinada reserva institucional entre o executivo e o legislativo é fundamental para o presidencialismo, pois a ausência de comedimentos entre os poderes pode acarretar uma crise constitucional. Reserva institucional seria um “autocontrole” no sentido de “evitar ações que, embora respeitem a letra da lei, violam claramente o seu espírito” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 107). O contrário dessa reserva institucional é a exploração das prerrogativas institucionais de maneira incontida, o que caracteriza o que Tushnet

(2004) chama de jogo duro constitucional (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 109). O *Constitutional Hardball* (jogo duro constitucional) se daria enquanto práticas do legislativo, executivo ou judiciário que estariam em conformidade com as regras constitucionais, mas em conflito com seu sentido preexistente (“entendimentos pré-constitucionais”), com o objetivo de derrotarem seus inimigos políticos (TUSHNET, 2004, p. 523). Ou seja, quando o político joga segundo as regras estabelecidas, mas joga “para valer”, até os limites de sua normatividade. Trava-se uma guerra institucional com o objetivo de derrotar rivais políticos, não considerando as consequências desse jogo para a democracia. Para Tushnet (2004, p. 529), haveria um “entrenchamento partidário” de alto risco nos arranjos institucionais desse perigoso “jogo”. Haveria um estabelecimento de agendas no executivo ou legislativo que buscava desmobilizar os opositores (TUSHNET, 2004, p. 531). O jogo duro constitucional seria um reflexo da reprodução do código amigo/inimigo, derivado da codificação moral consideração/desprezo, no sistema político de forma institucional, ao invés de uma investida clássica militarizada.

A restrição à liberdade de imprensa também opera nessa lógica amigo/inimigo. Mounk (2019, p. 65) afirma que os ataques dirigidos pelos populistas à imprensa tentam deslegitimar as informações por ela vinculada, pois, para os autoritários, a livre informação é um perigo para suas ficções narrativas e seu *status* de porta-voz exclusiva do povo. Em verdade, não só a imprensa como quaisquer instituições com função de controle do poder político passa por processos de deslegitimação constante, a menos que reforce a narrativa do líder autoritário. Essa desintegração das instituições democráticas, principalmente da imprensa, é alimentada, também, pela concorrência efetuada pelas redes sociais na transmissão e formação da opinião pública. Carneiro (2020) observa que as redes sociais substituíram um código adversarial democrático por um código moral que pretende eliminar o inimigo da política, o que representa um risco inerente à sociedade democrática. A ameaça representada pela formação de “bolhas” com circulação de movimentos e posicionamentos antidemocráticos é aprofundada pela manipulação criminoso do espaço virtual por intervenção de grupos organizados.

Em face da deslegitimação da imprensa, os políticos autoritários recorrem às *fake news* para tencionar a “verdade” dos fatos e controlar seu público. Para Allcott e Gentzkow (2017, p. 4-5), as *fake news* são artigos intencionalmente falsos que, mesmo se tratando de narrativas verificáveis, buscam enganar os leitores. Segundo Gomes e Dourado (2019, p.35), as *fake news* são “relatos pretensamente factuais que inventam ou alteram os fatos que narram e que são disseminados, em

larga escala, nas mídias sociais, por pessoas interessadas nos efeitos”. Por sua vez, a proliferação das fake news, no âmbito da política, está associada à polarização da esfera pública, que transforma o debate público em uma disputa de narrativas (RIBEIRO; ORTELLADO, 2018, p. 78). Dessa forma, a divulgação massiva de *fake news* se tornam instrumento de polarização para os “engenheiros do caos” (EMPOLI, 2019) que subsidia a operação autoritária amigo/inimigo no sistema político que caracterizam os movimentos autoritários mais recentes, que contam com a capilaridade e velocidade das redes sociais para divulgar suas narrativas ficcionais.

Nas últimas décadas, diversos movimentos populistas ascenderam ao cenário político com promessas autoritárias contra grupos minoritários, por exemplo, ou, após tomar o poder, pautaram seu governo através dessas premissas antidemocráticas. A ameaça atual à democracia é criada dentro do próprio jogo democrático. A observação dessa crise democrática de forma a descrever movimentos autoritários de forma global, principalmente por emergir de realidades “centrais” da sociedade mundial, claramente desconsidera algumas peculiaridades regionais, por exemplo, a relação entre os militares e os políticos como importante fator de erosão democrática na América Latina ainda hoje e as dificuldades de “consolidação” de várias democracias ao redor do mundo. Todavia, pontuado que existem peculiaridades regionais, é possível descrever uma crise com características comuns na sociedade mundial. Isso se justifica em razão da expansão de movimentos autoritários com características comuns em toda a sociedade mundial, como a ascensão ao poder através das eleições, em detrimento dos golpes clássicos, subversão lenta e gradual das instituições e regras democráticas, divulgação massiva de *fake news*, deslegitimação dos opositores e condução política orientada pelo código amigo/inimigo. A identificação desses movimentos e suas características comuns em um plano global auxiliam as descrições das realidades locais.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO OBSERVADO PELA TEORIA DOS SISTEMAS

Na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, a política e o direito constituem dois subsistemas autopoieticos funcionalmente diferenciados da sociedade. Nesses termos, o direito tem por função a generalização congruente das expectativas normativas (LUHMANN, 1983, p. 121),

enquanto a política tem a função de emitir decisões coletivamente vinculantes (LUHMANN, 2006, p. 600).

O processo de diferenciação funcional moderna que resultou na autopoiese desses sistemas, não implica em um isolamento sistêmico. Em verdade, as relações entre direito e política são extremamente férteis, inclusive para a própria autonomia de cada um desses sistemas. A prestação mútua entre os sistemas ocorre mediante a constituição, enquanto acoplamento estrutural entre direito e política que possibilita a influência recíproca entre eles sem que haja desdiferenciação sistêmica. A interpenetração entre o sistema é tão forte que as *prestações* entre a política e o direito auxiliam um ao outro em seu processo de diferenciação. Nesse sentido, Neves (2018, p. 247) destaca que o direito *presta* à política a institucionalização das eleições, da divisão de poderes e da diferenciação entre política e administração. Não basta, entretanto, o direito institucionalizar mecanismos que visam a imunização do sistema político para identificarmos o surgimento do Estado de Direito. O sistema político precisa estar “subordinado” ao direito para que possamos identificar o Estado de Direito (NEVES, 2012, p. 89). Subordinação não representa uma hierarquia entre os sistemas, mas como a necessidade de que as decisões tomadas pela política precisam respeitar as normas jurídicas. Em outras palavras, a forma lícito/ilícito se torna o segundo código do sistema político, que passa a orientar suas decisões sob a perspectiva de conformidade ou não com os programas jurídicos (NEVES, 2012, p. 90).

Nessa complexa relação sistêmica, os procedimentos regulados pelo direito e prestado ao sistema político, além de imunizá-lo contra a interferência de interesses particularistas sem que estes passem por um “filtro” constitucional, mantêm a legitimidade do sistema político. A legitimidade política seria, nesse sentido, procedimental. Tanto os procedimentos de eleição política quanto procedimentos legislativos de estabelecimento da vontade popular legitimam o sistema político (LUHMANN, 1980, p. 128). Em razão do dissenso social moderno, Luhmann (1980, p. 30-31) direciona a legitimação não para a possibilidade construção de consenso social, mas de “aceitação” da decisão através da igualdade de participação dos afetados no procedimento e imprevisibilidade do resultado.

Considerando que a legitimação procedimental da política e do direito está associada à participação dos afetados na decisão, a eleição democrática pode ser compreendida como a forma dessa legitimação. O próprio desenvolvimento do Estado de Direito coincide com a democratização moderna. A limitação e regulação do poder político possibilitou a estabilização de democracias nas

regiões onde existiam condições para a diferenciação funcional moderna. O sistema político, com a democracia, alterou seu código de poder superior/poder inferior para o código governo/oposição (NAFARRATE, 2009). É, então, a “nova” codificação do sistema político entre governo e oposição que vai caracterizar as democracias modernas (LUHMANN, 2006, p. 568), ao menos, nos planos regionais da sociedade.

Assim, a democracia possibilita a alternância de poder entre governo/oposição, diferentemente do regime de governo autoritário, em que o governo concentra o poder político e persegue os direitos dos seus opositores. Luhmann (1993, p. 62-65) vai observar que na democracia há uma circularidade do poder entre público/política/administração: o *público* seleciona programas políticos e elege dirigentes, os *políticos* (política em sentido estrito), através da organização de partidos políticos, condensam as premissas que serão decididas e a *administração* (em sentido amplo) decide de forma a vincular o público (e a si mesmo), o que gerará reação desse público na nova eleição de dirigentes. Como resultado dessa circulação há uma contracirculação, pois a administração precisa da colaboração voluntária do público, tendo que lhe conceder influência. Da mesma forma, o público precisa da pré-seleção de políticos e programas no âmbito da política (NEVES, 2012, p. 87).

O direito *presta*, ao sistema político, a regulação por normas da diferenciação desses procedimentos, garantindo a circulação democrática do poder. Esse mecanismo auxilia o sistema político em sua estruturação interna da complexidade. Em que pese a modernidade tenha possibilitado a diferenciação funcional, os sistemas podem se corromper em seu acoplamento e prestação mútuas. A noção de corrupção sistêmica está relacionada à hipertrofia de um código sistêmico sobre o código de outro sistema. Ou seja, quando um sistema não opera a partir de seu código próprio, mas sim subordinado destrutivamente por outro código sistêmico.

O Estado de Direito, portanto, depende da diferenciação funcional entre direito e política, bem como das prestações mútuas desses sistemas, mediada pelo acoplamento estrutural da constituição. A política precisa observar os programas jurídicos e operar a relação entre governo e oposição através do seu “segundo” código: lícito/ilícito. Esse paradigma, entretanto, como vimos, está em crise. Claro que a democracia liberal, em razão de suas contradições, sempre conviveu com crises. Todavia, nos últimos anos presenciamos uma crescente “onda reversa” de autocratização que se estrutura dentro das instituições democráticas e desafia as suas regras a partir de suas regras.

4 A PANDEMIA DE COVID-19

Ultrapassado o tempo de duração da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII), declarada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 30 de janeiro de 2020, no dia 11 de março de 2020, a OMS declarou o estado de pandemia da doença viral Covid-19, causada pelo novo coronavírus (denominado SARS-CoV-2).

O rápido contágio da doença bem como seu potencial letal provocaram crises de saúde pública em diversos países. A recomendação da OMS é no sentido de que os Estados precisam cooperar e tomar medidas urgentes para combater a pandemia. Portanto, diversos países passaram a tomar medidas de exceção, no sentido de controlar a circulação de pessoas em seu território, restringir voos e obrigar os cidadãos a realizarem testes para identificar possível contágio com o Covid-19.

Em decorrência disto, foi publicada no Brasil a Lei nº 13.979/2020, dispondo sobre as medidas para enfrentamento da Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional. Esta lei, conhecida como "lei da quarentena", dispõe em seu artigo 3º diversas medidas de combate à proliferação do coronavírus, como, por exemplo: quarentena, isolamento social, determinação compulsória para realização de exames clínicos, requisição de bens e serviços com dispensa de licitação (BRASIL, 2020a). Porém, a própria Lei nº 13.979/2020, no art. 8º, prevê que ela só estará em vigor “enquanto perdurar o estado de emergência internacional pelo coronavírus responsável pelo surto de 2019” (BRASIL, 2020a).

Essas medidas de exceção podem, de fato, se justificar em casos como uma crise pandêmica com alto contágio e que vem matando diversas pessoas ao redor do mundo. Em uma sociedade global não só as comunicações fluem em rede ilimitadas territorialmente, mas também os problemas ecológicos e biológicos. Segundo Luhmann (2006, p. 112-115), as comunicações sistêmicas na modernidade ultrapassam as fronteiras dos Estados nacionais e expõem a existência de uma sociedade mundial. O mundo seria uma unidade, ou totalidade, de todos os sistemas e sua comunicação. O encurtamento entre as distâncias físicas e intensificação mundial das relações entre as pessoas e as organizações também são fenômenos contínuos na modernidade, principalmente com o avanço da tecnologia.

Para Gidens (1991, p. 60), com as conexões entre regiões do globo e a intensificação das relações sociais na sociedade, os acontecimentos locais sofrem a influência e são influenciados pelos acontecimentos que ocorrem em regiões distantes geograficamente. Com a modernidade houve um deslocamento das interações locais para extensões indefinidas de espaço-tempo (GIDENS, 1991, p. 24). Com o rompimento das fronteiras sociais, entretanto, ampliou-se os efeitos dos riscos. O aspecto “ameaçador” desse mundo moderno residiria na globalização do risco, ou seja, “expansão da quantidade de eventos contingentes que afeiam todos ou ao menos grande quantidade de pessoas no planeta” (GIDENS, 1991, p. 112).

A pandemia de Covid-19 é um exemplo claro do compartilhamento dos riscos advindo com a redução das fronteiras geográficas e comunicacionais entre pessoas e entre sistemas sociais. O que poderia ser um mero risco local da China, se tornou um problema mundial. Assim, a existência de uma sociedade mundial interconectada em rede parece ser um dado empírico cada vez mais incontestável. A intensificação da sociedade mundial, autonomia sistêmica e emergência de conflitos na rede de operações da sociedade global favoreceu a própria regulação interna desses sistemas. Teubner (2003, p. 10) afirma que a sociedade mundial caminhou para se tornar uma “Bukowina global”, em razão da constituição da “autonomia relativa” dos sistemas parciais da sociedade em relação aos Estados-nação. Essa autonomia e intensificação das reproduções sociais transnacionais, culminou na emergência de ordens jurídicas transnacionais normatizadas internamente pelos sistemas sociais, como a *lex mercatória*, *lex sportiva* e *lex digitalis* (TEUBNER, 2012).

A observação da sociedade mundial como um todo, entretanto, não pode ofuscar as assimetrias regionais que as suas redes de comunicação formaram. Marcelo Neves (2018, p. 104) propõe uma divisão típico-ideal de centro/periferia para compreendermos essa assimetria. Assim, Marcelo Neves (2018, p. 104-105) observa que em algumas regiões, identificadas como periféricas, sua integração à sociedade mundial é subordinada a regiões centrais. Nessas periferias, a reprodução autopoietica dos sistemas é constantemente bloqueada principalmente pelo sistema econômico e político, o que promove uma desdiferenciação funcional do sistema jurídico e, portanto, uma alopoiese do direito (NEVES, 2011, p. 146). Esse fato compromete a primazia da diferenciação funcional sustentada inicialmente por Luhmann, fenômeno que se verificou de forma estável apenas em regiões centrais da sociedade mundial (NEVES, 2018, p. 39). Portanto, compreendermos uma crise sanitária global, bem como a crise da democracia

liberal atual, demanda uma observação universal, já que a sociedade mundial é uma realidade inescapável, mas também local, haja vista as assimetrias regionais e peculiaridades locais.

5 CRISE PANDÊMICA EM TEMPOS DE CRISE DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Embora tanto a crise democrática quanto a crise pandêmica pelo coronavírus sejam fenômenos da sociedade mundial, as diferenças regionais precisam ser destacadas para não incorremos em uma descrição que ignore a complexidade social e contingência que a modernidade e suas assimetrias promovem. A forma como grande parte das regiões da sociedade mundial está lidando com a crise do coronavírus se inclina para um fortalecimento dos Estados nacionais e cumprimento das diretrizes dos programas do sistema científico e de saúde. As soluções estatais estão voltadas para o fechamento de suas fronteiras, controle da circulação de bens e pessoas e preparação do sistema de saúde para acompanhamento dos infectados.

Considerando que cada sistema possui seus códigos e programas próprios, o sistema político não opera imediatamente sobre programas de outros sistemas. O sistema político, através de sua abertura cognitiva, opera internamente a expectativa do seu ambiente. Existe um hiato⁸ na autorreferência entre operação de irritação (provocada pelos programas científicos) e a estrutura (norma coletivamente vinculante). Ao diferenciar-se do seu ambiente através de seu código (governo/oposição), o sistema pode positivar uma normatização eficiente e em tempo hábil para conter os efeitos letais da Covid-19, ou não, o que implicará em consequências destrutivas tanto aos sistemas psíquicos quanto aos sociais.

Nesse cenário, há uma retração na autonomia dos sistemas parciais da sociedade mundial em relação ao Estado-nação. A “Bukowina global” (TEUBNER, 2003) sofre um refluxo, no sentido de desvelar uma maior importância dos Estados nacionais e seu ordenamento jurídico no combate ao Covid-19. Em relação à ciência, entretanto, há uma expansão das suas comunicações da sociedade mundial na luta pela comprovação de soluções eficazes de combate à pandemia e na descoberta de uma vacina.

Stichweh (2020, p. 2) argumenta que a ordem horizontal moderna entre os subsistemas sociais da sociedade sofre uma alteração estrutural. O sistema da saúde assumiu uma posição de

⁸ Acerca dos efeitos desse hiato para a justiça da decisão jurídica, Cf. Teubner (2011).

“instituição total”. Os demais sistemas atuam orientados por uma fórmula: “achatar a curva” de infectados. O sistema político, portanto, através de decisões coletivamente vinculantes, regularia normativamente condutas voltadas para o achatamento da curva de contaminação (STICHWEH, 2020, p. 3). Nesse sentido, haveria uma “simplificação” dos sistemas político e científico voltada a atender o imperativo orientado sistema da saúde, consistente em não sobrecarregar esse “sistema de enfermidade” preservar a vida dos indivíduos. Ocorre que essa descrição merece, ao menos, duas observações: primeiro que as assimetrias regiões da sociedade mundial demonstram comportamentos e consequências distintas em relação à pandemia; segundo, que a crise de saúde pública emerge em um contexto de crise da democracia, o que demanda uma análise não apenas do risco à vida das pessoas como às instituições democráticas.

Em relação às assimetrias regionais, Fabrício Neves (2020, p. 162) demonstra que o modo como os sistemas sociais estão operando variam conforme cada localidade. Em que pese a perturbação causada pela pandemia suspenda a “horizontalidade” dos sistemas, a reprodução dos sistemas é contingente e mais complexa do que a “simplificação”, provinciana, observada por Stischweh (2020), principalmente se deslocarmos essa observação para as realidades regionais da sociedade mundial (NEVES, 2020, p. 161).

A percepção “simplificadora” de Stichweh (2020), portanto, deve ser relativizada conforme o “grau” regional de posicionamento do Estado em relação ao tipo-ideal periférico (NEVES, 2018) da sociedade mundial. Indo além da correta afirmação de Fabrício Neves (2020), as regiões periféricas podem se orientar, em resumo, de duas formas: expandir os sistemas político e econômico de forma destrutiva sobre o sistema científico e de saúde; ou assumir o compromisso com os programas científicos de combate ao vírus, mas esbarrarem nos limites institucionais, econômicos e sociais para a efetiva proteção do direito à vida dos indivíduos.

Fabrício Neves (2020) demonstra como o caso do Brasil evidencia uma estruturação dos sistemas de modo diverso ao da maioria dos países centrais. Para Neves (2020), o Presidente Jair Messias Bolsonaro, ao invés de cumprir as recomendações de promoção de medidas visando o “achatamento” da curva por meio, sobretudo, do isolamento social, tem promovido uma campanha contra essa centralidade do sistema da saúde e da ciência.

Primeiramente, temos que frisar a batalha de narrativa travada para minimizar os efeitos reais e danos causados pela Covid-19 e, pior, se valendo de afirmações falsas para induzir a opinião pública. Em diversos momentos, o chefe do Poder Executivo se referiu ao coronavírus como uma

“gripezinha”, afirmou que com “histórico de atleta” não se preocuparia com a doença (24/03/2020), que “tem a questão do coronavírus também que, no meu entender, está superdimensionado, o poder destruidor desse vírus” (09/03/2020), que a “questão do coronavírus não é isso tudo” (10/03/2020), “muito mais fantasia essa questão de coronavírus” (10/03/2020), o “vírus brevemente passará” (24/03/2020), “eu desconheço qualquer hospital lotado” (02/04/2020), declarações essas que colidem com os programas do sistema científico de saúde (G1, 2020a; BBC, 2020a; CNNBRASIL, 2020a).

Uma das principais lutas contra a proliferação do Covid-19, no Brasil, foi o combate à desinformação. Todavia, a proliferação de *fake news* acabava sendo potencializada pelo próprio Presidente da República Jair Bolsonaro. As *fake news* não se limitaram a minimização dos efeitos perversos da pandemia para o sistema sanitário. Mesmo sem comprovação científica acerca da eficácia dos medicamentos no tratamento ou prevenção do Covid-19, Bolsonaro defendeu em inúmeras oportunidades o uso de hidroxicloroquina como droga eficaz para o combate ao Covid-19. (CORREIO BRAZILIENSE, 2020b). Em 21/03/2020, Jair Bolsonaro fez um tweet em sua rede social promovendo a utilização da hidroxicloroquina para o tratamento do Covid-19. Antes dessa postagem, a taxa de *fake news* sobre o medicamento no Twitter era cerca de 8% dos posts mais populares. Após o tweet do presidente, a taxa de *fake news* sobre a droga chegou até 43% (Libório et al., 2020). Lisboa et al. (2020, p. 119) identificaram que, após o pronunciamento do presidente, em 24/03/2020, defendendo o uso da hidroxicloroquina, mesmo sem pesquisa conclusiva científica sobre sua eficácia, o Google Trends, no Brasil, registrou um pico de pesquisa de 100% no termo "hidroxicloroquina" até o dia 21/03/2020 e um pico de 70% no termo "cloroquina" no período de 22/03/2020 até 28/03/2020, ampliando a divulgação da *fake news* sobre a eficácia do medicamento.

As *fake news* destacadas dentre tantas outras divulgadas pelo Presidente da República, se enquadram entre os principais conteúdos fomentadores de desinformação sobre o Covid-19, conforme mapeamento da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que identificou que, entre 11 de abril e 13 de maio, através do aplicativo da entidade: 24,6% dos usuários aduziram que a doença é uma estratégia política; 10,1% afirmaram divulgar métodos caseiros de prevenção do contágio; 10,1% defendem o uso da cloroquina e hidroxicloroquina contra o Covid-19; e 7,2% são contra as medidas de distanciamento social (FIOCRUZ, 2020). Isso revela uma expansão autoritária destrutiva do sistema político sobre o sistema científico e de saúde, ao usurpar suas funções e ditar programas não orientados pelos códigos verdade/não-verdade e saúde/doença. Ao contrário de se abrir

cognitivamente para as orientações médicas embasadas em pesquisas científicas, o sistema político se autorreferencia destrutivamente e elege, como governo, os medicamentos que devem ser usados pelo sistema de saúde, se expandindo sobre esses sistemas, ao invés de auxiliar sua autonomia sistêmica a partir de suas prestações governamentais.

Além dessas declarações inverídicas sobre a pandemia, o Presidente da República tentou responsabilizar governadores e prefeitos pelos efeitos colaterais das ineficientes políticas públicas de contenção da pandemia. Mas isso está associado ao fato de que diversos opositores políticos do Presidente ocupam cargos de Governadores, como João Dória (PSDB), de São Paulo, Wilson Witzel (PSC), do Rio de Janeiro, Rui Costa (PT), da Bahia e Flávio Dino (PCdoB) do Maranhão. Durante a pandemia, o Presidente da República proferiu diversas críticas e xingamentos a alguns desses governadores e criticou as medidas sanitárias adotadas para o combate ao coronavírus (G1, 2020b; CORREIO BRAZILIENSE, 2020a).

A orientação do código amigo/inimigo se nota, inclusive, com a politização da própria vacina contra o Covid-19. Em ao menos 10 (dez) oportunidades, o presidente da república criticou a vacina CoronaVac, desenvolvida pela empresa chinesa Sinovac em parceria com o Instituto Butantan, vinculado ao governo de São Paulo, governado por João Dória (PSDB). Jair Bolsonaro afirmou que “não compraria” a “vacina chinesa de João Doria”, que havia mandado “cancelar” o acordo de compra da referida vacina, e, por vezes, afirmou que ela era “insegura” (O GLOBO, 2021).

O discurso político se reverberou em práticas institucionais. Em 20/03/2020, o Governo Federal publicou a Medida Provisória 926, que alterou a Lei Federal 13.979/2020 e atribuiu à Presidência da República a concentração das prerrogativas de determinação de isolamento, quarentena, interdição de locomoção e de serviços públicos e atividades essenciais (BRASIL, 2020b). O Partido Democrático Trabalhista (PDT) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341 no Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de a MP 926 ferir o art. 23, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988) não respeitar a disposição que prevê a competência concorrente dos entes políticos nas políticas de saúde. O Relator do processo, Ministro Marco Aurélio, deferiu parcialmente a medida acauteladora, para tornar explícita, “no campo pedagógico e na dicção do Supremo”, a competência concorrente da União, Estados e Municípios para regulação das políticas de combate à pandemia. Em seguida, o plenário do STF referendou a decisão liminar do Ministro Marco Aurélio, entendendo que a MP 926/2020, que alterou a Lei Federal 13.979/2020, interferiu no regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à

União as prerrogativas que eram de todos os entes políticos da federação, e decidiu pela atribuição de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, para explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderia dispor sobre os serviços públicos e atividades essenciais, mediante decreto (BRASIL, 2020c).

Valendo-se da prerrogativa reafirmada pelo STF, o Presidente Jair Bolsonaro editou Decreto 10.344/2020, de 11 de maio de 2020, que alterou o Decreto 10.282/2020 e ampliou de forma desarrazoada os serviços classificados como “atividades essenciais”, acrescentando salões de beleza, barbearia e academias esportivas (BRASIL, 2020d). Em reação, governadores como Rui Costa (PT), Flávio Dino (PCdoB) e João Dória (PSDB), entre outros, afirmaram que continuariam com as restrições a essas atividades econômicas classificadas como “essenciais” (CNNBRASIL, 2020a). Em 14/05/2020, o Presidente exorta empresários e industriais a “jogar” pesado com os governadores em razão das medidas restritivas, considerando que os gestores estavam “tentando quebrar a economia para atingir o governo”, atacando, inclusive, diretamente João Dória (PSDB), seu opositor político (CORREIO BRAZILIENSE, 2020c). Em 08/06/2020, o Presidente da República publicou em seu twitter que, em face da decisão do STF, “as ações de combate à pandemia (fechamento do comércio e quarentena, p.ex.) ficaram sob total responsabilidade dos Governadores e dos Prefeitos” (CNNBRASIL, 2020b). Já em 10/07/2020, o Presidente Jair Bolsonaro, ao ser perguntado sobre o número de brasileiros mortos, respondeu que era para “cobrar do seu governador” (BBC, 2020c).

A partir desse cenário, percebemos que o tensionamento entre união e estados, revela não apenas um conflito entre Presidente e Governadores, mas sim entre um político e seus “inimigos”. Tanto os discursos políticos quanto as normas editadas pelo Presidente da República indicam um pano de fundo sedimentado em um projeto político eleitoral. As instituições, portanto, representam apenas uma peça do jogo duro constitucional. Após o STF ter reafirmado a competência concorrente dos entes políticos, na ADI 6341, mas ter facultado à União a competência para a normatização dos “serviços essenciais”, o Presidente da República amplia, sem qualquer apresentação de critério técnico ou científico, quais serviços seriam essenciais para abarcar, inclusive, “salão e barbearia”. O Presidente tencionou o limite do texto constitucional e da decisão do Supremo, atingindo, por outro lado, o sentido normativo que concretiza a repartição de competências, com o fim de atingir seu projeto político e jogar a responsabilidade pelo fechamento

dos estabelecimentos para os Governadores, operando por uma lógica amigo/inimigo. As declarações do presidente, após a publicação do Decreto 10.344/2020, são sintomas desse diagnóstico.

Devemos notar, entretanto, que a própria política reage à expansão destrutiva de seu sistema. No Brasil, o congresso (âmbito “político em sentido estrito” do sistema) e os governadores (âmbito administrativo dos Estados da federação), têm travado uma luta interna para conter o movimento autoritário contrário às orientações do sistema científico, adotando medidas e aprovando leis que busquem combater ou minimizar os efeitos deletérios da pandemia.

Nesse sentido, o Presidente da República Jair Bolsonaro dispôs de medidas institucionais visando camuflar os dados acerca da pandemia e, assim, o que poderia alterar a opinião pública e ampliar as chances de impor suas políticas de abertura antecipada do comércio e liberação de atividades econômicas não essenciais, em contraste com os programas do sistema científico e sanitário. Durante a pandemia, a imprensa já tinha sido alvo de diversos ataques do Presidente Jair Bolsonaro, que considerou a cobertura da imprensa alarmista e fantasiosa (BBC, 2020b). Mas uma operação política chama a atenção na guerra contra a imprensa, em face da operação institucional tendente a omitir dados acerca do Covid-19 no Brasil.

Em junho de 2020, o Ministério da Saúde passou a divulgar apenas os números diários de casos e óbitos sem informar o número total acumulado, ao mesmo passo que alterou a forma de cálculo e passou a divulgar os referidos dados mais tarde que o usual, normalmente às 22:00 horas (FOLHA DE SÃO PAULO, 2020a). As omissões de dados e atrasos na divulgação fomentaram críticas ao Governo Federal tanto pela imprensa brasileira como pela internacional (BBC, 2020d). Em função das omissões e atrasos, alguns dos principais veículos de comunicação do Brasil, como G1, O Globo, Extra, Estadão, Folha e UOL formaram um consórcio com o objetivo de levantar dados diretamente com as secretarias estaduais de saúde (G1, 2020c). Trata-se de reação do sistema de meio de comunicação de massa em face da expansão do sistema político tendente a formar a opinião pública de forma não factual, o que poderia romper a orientação das pessoas e sistemas em consonância com os programas do sistema científico.

Além dessas dificuldades decorrentes da crise do Estado Democrático de Direito, embora algumas regiões do país possuam sistemas políticos orientados ao cumprimento dos programas de isolamento e estruturação da rede de saúde, as limitações já instauradas nessas regiões em razão da generalizada subinclusão social representam ausência de condições suficientes para o eficiente

controle da pandemia e preservação da vida dos indivíduos. Como constatam Risso et al. (2020) e Segundo et al. (2020), há uma relação entre moradia e pandemia de Covid-19, pois a inadequada prestação de saneamento básico, as moradias com infraestrutura inadequadas, a densidade populacional, e a vulnerabilidade econômica acabam sendo fatores que ampliam o risco de contaminação por Covid-19. Além do recorte socioeconômico, pesquisadores como Santos et al. (2020) têm demonstrado que a população negra é mais fortemente atingida pela ausência de políticas públicas de combate à proliferação de Covid-19, reforçando o racismo institucional histórico no país. Esses são reflexos da subinclusão sistêmica de regiões mais periféricas da sociedade mundial que estão diretamente ligados à ampliação da contaminação e mortes em razão da pandemia. Regionalizando mais uma vez as crises, o caso da “guerra” pela aquisição de equipamentos médicos, como máscaras e produtos médicos (G1, 2020d; FOLHA DE SÃO PAULO, 2020b) demonstra como a negativa integração de determinadas regiões na sociedade mundial, cuja economia não perdeu necessariamente sua primazia em razão do nosso modelo econômico capitalista, é um obstáculo ao efetivo combate à pandemia nos Estados periféricos.

A pandemia de Covid-19 trouxe consequências não só para pessoas, sistema econômico, de saúde e familiar, mas também para os sistemas políticos e jurídicos, modernamente interpenetrados na forma do Estado Democrático de Direito. A crise política brasileira, inserida em um contexto de crise das democracias liberais, lança luz sobre o painel de fundo institucional que representa uma hipertrofia destrutiva do sistema político tanto internamente, como externamente, em razão de sua expansão sobre os demais sistemas psíquicos e sociais, principalmente, nessa pandemia, sobre o sistema científico, de saúde e meios de comunicação de massa.

A “centralidade” do sistema da saúde em relação aos demais sistemas, em razão do cenário perturbador causado pela pandemia do coronavírus, não pode ser descrito como uma realidade global. O sistema científico, entretanto, amplia sua comunicação mundial em busca de uma vacina e tratamento adequado para a doença, compartilhando pesquisas e informações entre diversos centros de pesquisa no mundo, tendo as universidades como importantes centros irradiadores e fomentadores dessas pesquisas, ao lado de outras entidades públicas e privadas.

Ao contrário da “simplificação” das operações sistêmicas voltadas para a sustentabilidade do sistema de saúde e manutenção de vidas, conforme defende Stichweh (2020), Mascareño (2020) diagnostica uma ampliação da complexidade social que aprofunda a autoimunidade da sociedade moderna, em face da pandemia de Covid-19. Para Mascareño (2020, p. 115), as estratégias de

imunização contra o Covid-19 perpassam por medidas que, embora tenham uma finalidade de preservação da vida, provoca quebra de empresas, rompimentos familiares, crises políticas e riscos de dissolução da ordem social. Assim, as comunicações sociais do século XIX precisarão desenvolver mecanismos sistêmicos imunitários adaptados à crise pandêmica autoimune, em uma evolução contínua de seus elementos buscando sua preservação autopoiética.

Podemos concluir que a crise pandêmica de Covid-19 encontrou um agravante na crise da democracia liberal no Brasil. Não nos parece coincidência que, até a conclusão desse trabalho, os dois países com maior número de mortes por contaminação com Covid-19, o Brasil e os Estados Unidos da América (G1, 2021), tenham sido governados por políticos que se adequam ao perfil autoritário característico da crise democrática atual. A divulgação de *fake news* sobre a Covid-19, crises entre as instituições democráticas e intensa politização orientada pelo código amigo/inimigo são um campo fértil para a proliferação da doença, em face da desinformação generalizada sobre seu combate e deficiente união de esforços políticos tendentes ao achatamento da curva de infectados.

Por fim, faz-se necessário o fortalecimento de uma cooperação internacional de comunicações mais integradas e menos isoladas. Mas essa integração tem de criar critérios que compensem as assimetrias regionais entre centro/periferia para que vidas sejam salvas ao redor do mundo. Entretanto, os movimentos de extrema-direita “antiglobalistas”, que se recusam a participar de soluções globais para problemas da sociedade mundial e resgatam um nacionalismo inconsequente, divulgam *fake news*, politizam as orientações científicas e ampliam as crises institucionais, representam um obstáculo para o desenvolvimento de projetos tendentes a combater a pandemia de coronavírus. As crises do Estado Democrático de Direito em níveis regionais, portanto, desencadeiam consequências desastrosas para o sistema de saúde não apenas local, mas no nível da sociedade mundial.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crises e conflitos sociais na sociedade moderna hipercomplexa e contingente, não são exceções evitáveis pelas operações dos subsistemas sociais. Todavia, esses subsistemas precisam ter estrutura comunicativa adequada para as variações ambientais que irritarão o sistema exigindo

uma resposta adequada à suas informações de forma a preservar a diferenciação funcional e autoapoiese do sistema parcial da sociedade.

A crise causada pela pandemia de Covid-19 demandou dos sistemas comunicativos, principalmente da política, uma atuação no sentido de “achatar” a curva de infectados e preservar a vida. Todavia, o combate à crise pandêmica encontrou um obstáculo na crise da democracia liberal vivenciada nos últimos anos em diversas regiões do globo. No caso do Brasil, ao contrário de se estabelecer políticas públicas e esforços totais tendentes à eliminação do risco à vida da população e à diferenciação funcional da sociedade, houve um conjunto de ações do governo federal, característicos da crise democrática atual, que revelaram a expansão do sistema político sobre o sistema científico e de saúde que dificultou a implementação de seus programas necessários ao combate da pandemia. Em face das diversas *fake news* sobre a doença, crises federativas com os Estados governados pelos “inimigos”, guerra com as demais instituições democráticas e intensa politização orientada pelo código amigo/inimigo, concluímos que a crise democrática funcionou como um agravante da crise pandêmica causada pelo Covid-19, sendo o Brasil, até a conclusão do trabalho, o segundo país com maior número de mortos no mundo pela enfermidade.

REFERÊNCIAS

BBC. **Relembre frases de Bolsonaro sobre a Covid-19**. 07 de julho de 2020a. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53327880>. Acesso em: 20 set. 2020.

BBC. **'É muito mais fantasia', diz Bolsonaro sobre crise nos mercados causada por epidemia de coronavírus**. 10 de março de 2020b. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51823908>. Acesso em: 21 set. 2020.

BBC. **'Cobre seu governador': qual a responsabilidade do governo federal no combate à pandemia?** 06 de junho de 2020c. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53244465>. Acesso em: 21 set. 2020.

BBC. **Brasil é destaque no mundo por não divulgar dados de mortes por Covid-19**. 08 de junho de 2020d. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52967730>. Acesso em: 15 set. 2020.

BERMEO, Nancy. On democratic backsliding. **Journal of Democracy**. v. 27, n. 1, p. 5-19, 2016. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/on-democratic-backsliding/>. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979** de 6 de fevereiro de 2020a. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341**. Relator: Ministro Celso de Mello. Plenário. Julgado em 15 abr. 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926** de 20 de março de 2020c. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.344** de 08 de maio de 2020d. Altera o Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020, que regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10344.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

CARNEIRO, Walber Araujo. **Os direitos fundamentais da constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas na sociedade complexa e global**. Revista Direito Mackenzie, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/11856>. Acesso em: 01 maio 2020.

CNNBRASIL. **Bolsonaro volta a atacar governadores e desafia: 'Tá com medinho do vírus?'** 02 de abril de 2020a. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/04/02/bolsonaro-volta-a-atacar-governadores-em-pandemia-e-desafia-ta-com-medinho>. Acesso em: 20 set. 2020.

CNNBRASIL. **Governadores criticam decreto e mantêm academias e salões de beleza fechados**. 12 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/12/governadores-criticam-decreto-e-mantem-academias-e-saloes-de-beleza-fechados>. Acesso em: 20 set. 2020

CNNBRASIL. **Ações de combate à pandemia ficaram com governadores e prefeitos, diz Bolsonaro**. 08 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/06/08/acoes-de-combate-a-pandemia-ficaram-com-governadores-e-prefeitos-diz-bolsonaro>. Acesso em: 20 set. 2020.

CNNBRASIL. **China afirma que EUA retiveram respiradores comprados por estados do Nordeste**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/04/10/china-afirma-que-eua-retiveram-respiradores-comprados-por-estados-do-nordeste>. Acesso em: 20 set. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **"Milhões já estão sentindo como é viver na Venezuela", diz Bolsonaro**. 10 de maio de 2020a. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/10/interna_politica,853265/milhoes-ja-estao-sentindo-como-e-viver-na-venezuela-diz-bolsonaro.shtml. Acesso em: 23 set. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **Não recomenda? 6 vezes que Bolsonaro defendeu uso da cloroquina**. 16 de julho de 2020b. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/07/16/interna_politica,872688/nao-recomenda-6-vezes-que-bolsonaro-defendeu-uso-da-cloroquina.shtml. Acesso em: 20 jan. 2021.

CORREIO BRAZILIENSE. **Bolsonaro faz apelo a empresários para "jogarem pesado" contra governadores**. 15 de maio de 2020c. Disponível em: https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/05/15/interna_politica,855008/bolsonaro-faz-apelo-a-empresarios-para-jogarem-pesado-contr-governa.shtml. Acesso em: 23 set. 2020.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura**. Rio de Janeiro: Zahr, 2018.

DIAMOND, Larry. Facing up to the democratic recession. **Journal of Democracy**. v. 26, n. 1, p. 141-155, 2015. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/facing-up-to-the-democratic-recession/>. Acesso em: 20 mar. 2020.

EMPOLI, Giuliano da. **Os engenheiros do caos**. São Paulo: Editora Vestígio, 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Governo deixa de informar total de mortes e casos de Covid-19; Bolsonaro diz que é melhor para o Brasil**. 06 de junho de 2020a. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/governo-deixa-de-informar-total-de-mortes-e-casos-de-Covid-19-bolsonaro-diz-que-e-melhor-para-o-brasil.shtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **China cancela compra de respiradores pela Bahia, e carga fica retida nos EUA**. 03 de abril de 2020b. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/04/china-cancela-compra-de-respiradores-pela-bahia-e-carga-fica-retida-nos-eua.shtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ (FIOCRUZ). **Estudo identifica principais fake news relacionadas à Covid-19**. 2020. Disponível em: <https://portal.fiocruz.br/noticia/estudo-identifica-principais-fakenews-relacionadas-Covid-19>. Acesso em: 17 jan. 2021

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

G1. **Bolsonaro diz que 'pequena crise' do coronavírus é 'mais fantasia' e não 'isso tudo' que mídia propaga**. 10 de março de 2020a. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/10/bolsonaro-diz-que-questao-do-coronavirus-e-muito-mais-fantasia.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

G1. **Bolsonaro chama Doria de 'bosta' e Witzel de 'estrume' durante reunião ministerial.** 22 de maio de 2020b. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/22/bolsonaro-chama-doria-de-bosta-e-witzel-estrume-durante-reuniao-ministerial-veja-video.ghtml>. Acesso em: 21 set. 2020.

G1. **Veículos de comunicação formam parceria para dar transparência a dados de Covid-19.** 08 de junho de 2020c. Disponível em: Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/veiculos-de-comunicacao-formam-parceria-para-dar-transparencia-a-dados-de-Covid-19.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2020.

G1. **'Guerra' entre países por respiradores mecânicos e produção nacional insuficiente são entrave para o combate ao coronavírus no Brasil.** 05 de maio de 2020d. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/05/guerra-entre-paises-por-respiradores-mecanicos-e-producao-nacional-insuficiente-sao-entrave-para-o-combate-ao-coronavirus-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 20 set. 2020.

G1. **Mortes por Covid-19 nos EUA passam de 400 mil, diz universidade.** 19 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/01/19/mortes-por-covid-19-nos-eua-passam-de-400-mil-diz-universidade.ghtml>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIBÓRIO, Bárbara et al. **Como a desinformação sobre cloroquina se multiplicou no Twitter após aval de Bolsonaro à droga.** Aos Fatos. Brasil, p. 1-13. 26 mar. 2020. Disponível em: https://aosfatos.org/media/cke_uploads/2020/03/26/radar-01-25mar_uJkN0KK.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

LISBOA, Lucas A. et al. A Disseminação da Desinformação Promovida por Líderes Estadais na Pandemia da COVID-19. In: WORKSHOP SOBRE AS IMPLICAÇÕES DA COMPUTAÇÃO NA SOCIEDADE (WICS), Anais, **Sociedade Brasileira de Computação**, p. 114-121, 2020. Disponível em: <https://sol.sbc.org.br/index.php/wics/article/view/11042>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: Ed. UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas.** ed 3. Petrópolis: Vozes, 2009.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad.** Ciudad de Mexico: Herder, 2006.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Madrid: Alianza Editorial, 1993.

Mascareño, A. De la inmunidad a la autoinmunidad: la disolución del orden social. **Astrolabio**. n. 25, p. 98-118, 2020. Disponível em: <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/astrolabio/article/view/29340/30830>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.

NAFARRATE, Javier Torres. **Niklas Luhmann: la política como sistema**. Lecciones publicadas por Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidade Iberoamericana, 2009.

NEVES, Fabrício Monteiro. **Provincializando o COVID 19: Resposta ao Vírus em Contexto Hipercomplexo**. Revista NAU Social, Salvador, v. 11, n. 20, p. 157-165, maio/out. 2020. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/nausocial/article/view/36514/21020>. Acesso em: 08 maio 2020.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: Editora Acadêmica, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente**. Dados. Revista de Ciências Sociais, vol. 37, n. 2, p. 253-276, 1994.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p111.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

O GLOBO. **Veja 10 vezes em que Bolsonaro criticou a CoronaVac**. 18 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/veja-10-vezes-em-que-bolsonaro-criticou-coronavac-24843568>. Acesso em: 19 jan. 2021.

RISSE, P; GONZAGA, T.; UEDA, G.; FAVA, G. S. **Moradia e Covid-19, uma questão de saúde pública o caso de Votuporanga**. Disponível em: http://vtp.ifsp.edu.br/images/CDI/Arquivos_gerais/Artigo_-_Moradia_e_Covid-19_-_Votuporanga.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

RUNCIMAN, David. **como a democracia chega ao fim**. São Paulo: Todavia, 2018. E-book.

SANTOS, M. P. A. dos; NERY, J. S., GOES; E. F.; SILVA, A. da; SANTOS, A. B. S. dos; BATISTA, L. E.; ARAÚJO, E. M. de. (2020). População negra e Covid-19: reflexões sobre racismo e saúde. **Revista Estudos Avançados**. v. 34, n. 99, 2020. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/173383>. Acesso em: 20 set. 2020.

SEGUNDO, G.S. S.; FONTES, R. B.; MENDONÇA, J. G.; ANDRADE, L. T. **dossiê pandemia Covid-19 e as cidades observatório das metrópoles núcleo região metropolitana de Belo Horizonte**. Disponível em: http://www1.pucminas.br/imagedb/documento/DOC_DSC_NOME_ARQUI20200624114646.pdf. Acesso em: 23 set. 2020.

SNYDER, Timothy. **Na contramão da liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2019.
STICHWEH, Rudolf. **Simplifikation des Sozialen Durch die Corona Pandemie wird die Weltgesellschaft einer unbekanntem Situation ausgesetzt: Was passiert, wenn alle ihre Funktionssysteme zeitweilig einem einzigen Imperativ folgen?** Frankfurter Allgemeine Zeitung, 2020.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina Global: sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. **Revista de Ciências Sociais e Humanas - Impulso**, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. Justiça autosubversiva: fórmula de contingência ou de transcendência do Direito? **Revista Eletrônica do Curso Direito - PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 4, out. 2011. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/2259>. Acesso em: 09 maio 2020.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments: societal constitutionalism and globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. **The John Marshall Law Review**, v. 37, p. 523-553, 2004. Disponível em: <https://repository.jmls.edu/lawreview/vol37/iss2/7/>. Acesso em: 20 set. 2020.

CRISIS ON CRISIS:

THE PANDEMIC OF COVID-19 AND THE CRISIS OF RULE OF LAW IN BRAZIL

ABSTRACT

The intensification of social communications and the “reduction” of distances in modern society represents a condition and risk for the maintenance of social order itself, considering the ease of sharing crises between the different regions of the globe. In this context, the present work seeks to identify the relationship between public policies to combat Covid-19 and the authoritarian conduct of politics, in a democratic crisis

concomitant with the health crisis. Social immunization in the face of the Covid-19 pandemic depended on the efficient communication of social systems, in the sense of being guided by information from the scientific and health system, seeking to flatten the infected curve. However, the health crisis coincided with an internal crisis in the democratic political system in different regions of the world, such as Brazil. Through documentary research, undertaking an analytical treatment mainly of contemporary journalistic reports, as well as bibliographic research, we may conclude that in Brazil, the internal crisis of democracy, with the politicization of scientific and health information, dissemination of fake news and federative and institutional crises guided by the friend/enemy code, favored the inefficient epidemiological control of Covid-19.

Keywords: Covid-19. Democratic crisis. Systems theory. Pandemic.

Guilherme Marinho de Araújo Mendes⁹

Fabício Germano Alves¹⁰

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar o desenvolvimento como direito humano positivado na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sua estreita relação com a democracia e a concretização constitucional no Brasil. Por meio da Resolução n° 41/128 de 1986, a Assembleia aprova a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento enunciando o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável. O desenvolvimento, não mais visto como sinônimo de crescimento econômico, representa agora um processo econômico, social, cultural e político, com expansão de liberdades e sustentabilidade (aspectos tanto quantitativos quanto qualitativos). No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determinou como objetivo fundamental da República o desenvolvimento nacional (art. 3º, II). Pela generalidade e natureza programática, o desenvolvimento assume uma dimensão de princípio que necessita de estruturação normativa mais concreta, o que, congruente com a Declaração de 1986 do desenvolvimento como participação ativa do povo, a democracia brasileira disponibiliza voto, referendo, plebiscito e iniciativa popular de leis para concretização constitucional de objetivo desenvolvimentista. O método do estudo é o hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa, com o suporte de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que há uma consolidação do direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, de aspectos jurídicos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais (em inter-relação e sinergia), representando ainda um objetivo fundamental da República brasileira a ser concretizado por força constitucional, em que o povo é protagonista no processo, o qual dispõe de ferramentas democráticas.

⁹Advogado e Professor de Direito. Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (UNP) e pós-graduação *lato sensu* em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

¹⁰Advogado. Especialista em Direito do Consumidor e Relações de Consumo (UNP), Direito Eletrônico (Estácio), Publicidade e Propaganda: mídias, linguagens e comportamento do consumidor (Intervale), Marketing Digital (Intervale), Docência no Ensino Superior (FMU) e Metodologias em Educação a Distância (Intervale). Mestre em Direito (UFRN). Mestre e Doutor em Sociedad Democrática, Estado y Derecho pela Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) – Espanha. Líder do Grupo de Pesquisa Direito das Relações de Consumo. Coordenador do Laboratório de Estudos e Pesquisas em Direito das Relações de Consumo (LABRELCON). Professor da Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN).

Palavras-chave: Desenvolvimento. Direitos humanos. Constituição Federal de 1988.

1 INTRODUÇÃO

A Carta das Nações Unidas confeccionada em 26 de junho de 1945, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional veio, como documento elaborado pelos povos das nações unidas, proteger as futuras gerações dos horrores e sofrimentos vivenciados durante as duas grandes guerras mundiais, reforçando o quão importantes são os direitos fundamentais, valores de igualdade e justiça, dos quais poderiam ter a tutela em nível internacional por força de tratados e outras fontes, objetivando o progresso social, melhores condições de vida e ampla liberdade¹¹.

A partir da Declaração de 1948, houve a abordagem dos direitos humanos como uma ideia que deve ser assegurada juridicamente em nível internacional, dotados de universalidade, de aplicação imediata, cuja indivisibilidade reúne um acervo de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais; com a dignidade da pessoa humana como elemento central. Deve-se considerar ainda que além de uma relação indivisível, há interdependência e inter-relacionamento entre os direitos humanos.

Em 4 de dezembro de 1986, a partir da Resolução n° 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 torna-se um símbolo na consolidação do direito humano ao desenvolvimento. Trata-se de positivação internacional de um processo econômico, social, cultural e político amplo, que visa o bem-estar do indivíduo e da população (coletivo), baseado na ativa participação e distribuição justa dos resultados do fenômeno. Expressamente há o reconhecimento do desenvolvimento como um direito humano inalienável (artigo 1º, §1º da Declaração de 1986).

O fenômeno do desenvolvimento passa a ser compreendido com algo muito maior e mais complexo do que apenas uma dimensão econômica, quantitativa. Houve a transcendência da ideia

¹¹ É o que a Carta enuncia em seu preâmbulo, devendo destacar o teor do art. 55 o qual determina que as Nações Unidas favorecerão “níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social” e “a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional” (ONU, 1945). O que já pode ser visto como embrião do direito humano ao desenvolvimento em termos de conteúdo.

que considerava a expressão sinônima do crescimento econômico, sendo o desenvolvimento a partir de então um fenômeno que além de abranger o fator de melhoria econômica, comporta as dimensões social, intelectual e cultural, além de expandir as liberdades e se caracterizar pela continuidade (resultados estáveis e em avanço, diferente do crescimento, o qual pode oscilar).

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 traduz a ideia que todos os indivíduos e a população como um todo detém o direito de participar de um processo de construção de uma sociedade qualitativamente aprimorada, com colheita equitativa dos resultados oriundos do fenômeno.

Tal participação tem relação direta com a democracia vista como regime político e encontra-se alinhada com a concepção do Estado Democrático de Direito, considerando que o sujeito é elemento central do processo, sempre em observância do respeito à dignidade da pessoa humana.

Não obstante o padrão de constitucionalismo difundido ao redor do mundo (especialmente no ocidente), com valores de democracia, dignidade da pessoa humana e liberdade, bem como o reconhecimento internacional do direito ao desenvolvimento; a Constituição Federal de 1988 traz o desenvolvimento nacional como um objetivo fundamental da República (artigo 3º, inciso II).

A Constituição brasileira de 1988, fruto da redemocratização (o que dá um valor histórico especial para além do valor formal da democracia) enuncia em seu primeiro dispositivo que “todo poder emana do povo”, por conseguinte, elencando no artigo 14 as principais formas institucionais pelas quais a democracia pode ser exercida no Brasil: voto, plebiscito, referendo e a iniciativa popular de leis. Tais formas devem ser entendidas como canais de diálogos, debates e tomadas de decisão públicas, e participações ativas e cotidianas para a construção do fenômeno do desenvolvimento; modelo que cada sociedade deve particularmente arquitetar.

Com o objetivo de abordar o direito ao desenvolvimento como direito humano, identificando sua normatização em âmbito internacional, relação com a democracia e a Constituição brasileira de 1988, a presente pesquisa utiliza o método o hipotético-dedutivo, de abordagem qualitativa, com pesquisa documental e bibliográfica.

No texto, disserta-se sobre a distinção entre desenvolvimento e crescimento econômico, analisado o desenvolvimento como direito humano a partir de normas internacionais. Por conseguinte, verifica-se a estreita relação entre a democracia (em suas variadas formas de

exercício) e o desenvolvimento, constatando-se que a realização deste é um processo de concretização constitucional, especialmente por se tratar de um objetivo fundamental da República.

2 DESENVOLVIMENTO PARA ALÉM DO ECONÔMICO

O pensamento clássico que descrevia o crescimento econômico como sinônimo de desenvolvimento foi superado. A promulgação da Constituição Federal de 1988, levando em consideração o contexto de redemocratização, traz um novo modelo institucional para dar suporte à nova concepção de desenvolvimento, visando a construção do bem-estar coletivo, segundo ditames da ética, da equidade e da sustentabilidade (DINIZ, 2010).

Enquanto crescimento é o aumento puramente do aspecto econômico de uma nação, o desenvolvimento abarca o elemento econômico e promove melhorias nos âmbitos social, intelectual e cultural (GRAU, 2018). Ou seja, o crescimento econômico tem como foco o aspecto quantitativo, ao passo que no desenvolvimento, além do aspecto quantitativo, há uma atenção aos aspectos qualitativos das sociedades.

É possível entender o desenvolvimento como um fenômeno amplo que tem como pressuposto de verificação não só o crescimento econômico como também uma melhoria social, intelectual e cultural, dotado de sustentabilidade e continuidade, promovendo a expansão das liberdades (capacidades) que as pessoas desfrutem (VIVAS *et al*, 2019).

Considera-se o desenvolvimento como o direito de todos participarem das conquistas e benefícios das sociedades. É o que dá base à ideia de democracia na formação do Estado e respalda o funcionamento desejado da economia, sendo estes ideais o objetivo de uma república. No caso da República brasileira, a criação dos objetivos fundamentais republicanos, com disposição no artigo 3º e seus incisos, enunciam um rol não exaustivo que corresponde claramente ao direito ao desenvolvimento e constitui vinculação da razão de existir do Estado brasileiro (MENDONÇA, 2016).

Em países em desenvolvimento o acesso a novos produtos frutos da modernização é limitado à uma minoria com alta renda. No Brasil, por exemplo, há a tendência estrutural de excluir a massa da população dos benefícios da acumulação e do progresso técnico, suprimindo a ampla participação social e concentrando renda para que uma minoria mantenha o padrão de consumo

parecido com os países cêntricos, o que aprofunda a desigualdade social e aumenta o custo social do sistema econômico (FURTADO, 1974).

Amartya Sen (2000) entende que o desenvolvimento tem a liberdade como fator principal, sob duas razões: uma razão de ordem avaliatória que analisa o progresso quanto à expansão da liberdade das pessoas, e outra referente à eficácia, que busca relacionar o desenvolvimento com a condição de liberdade de atuação que o indivíduo possui. Cabe ainda entender que a liberdade é uma finalidade do desenvolvimento, ao mesmo tempo que é o principal meio de atingi-lo (SEN, 2000).

A expansão de liberdade abordada por Sen (2000) é realizada quando se verifica: maior participação política e econômica das pessoas, uma democracia real (não apenas formal), existência de oportunidades igualitárias nas sociedades, equilíbrio na distribuição de renda, condições básicas de existência (v.g., alimentação, saúde, educação) e bem-estar social; uma ativa participação do cidadão no processo de desenvolvimento.

Nesse contexto, o conceito de bem-estar vai muito além da ideia convencional de crescimento econômico, devendo incluir a expansão de oportunidades e o aproveitamento das capacidades, as quais devem ser consideradas nos indicadores de desenvolvimento social e humano, que por sua vez, expandem as liberdades substantivas (SENGUPTA, 2002).

Celso Furtado (2000) explica que o desenvolvimento constitui um processo de transformação que engloba o conjunto de uma sociedade, sendo um processo com desdobramento no tempo e apreensão da realidade social como algo estruturado mediante regras que traduzem relações entre partes do todo.

Furtado (1981) verifica uma relação nas sociedades entre valores (culturais) e progresso técnico. O processo de racionalização seria a chave para identificar o alinhamento da ação relativa a um objetivo (o que foca na adequação e eficiência do meio) ou a um valor (ideia). Assim, a invenção cultural compreende a ação do ser humano, que é formal ou instrumental, que se relaciona à técnica; e a finalidade, racionalidade substantiva, refere-se aos valores.

Com a consolidação de uma sociedade industrial capitalista, a tecnologia e os fatores econômicos prevaleceram sobre os valores, sendo aqueles centralizadores da atividade inventiva humana (também cultural) a partir da eficiência e da acumulação (FURTADO, 1981).

A partir da mudança de paradigma dissociando o mero crescimento econômico (melhoria quantitativa e passível de oscilação) do fenômeno abrangente do desenvolvimento,

o Produto Interno Bruto (PIB) não se torna o elemento único e central para aferir o quão uma nação se desenvolveu ou é desenvolvida.

No âmbito internacional há o reconhecimento do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) como indicador, o que pode ser um parâmetro norteador para estruturação do processo, formulação de políticas públicas e avaliação da realidade social de um país. Formulado por Mahbub ul Haq e Amartya Sen, o IDH leva em consideração o progresso de um país nos aspectos renda (renda per capita e padrões de desvios na distribuição), saúde (expectativa de vida da população ao nascer) e educação (alfabetização e quantidade de anos escolares frequentados); a partir das dimensões da longevidade e vida saudável, do conhecimento e de um padrão de vida decente (OLIVEIRA; MARTINS, 2017).

De acordo com Guimarães (2013), analisando a fase atual do Direito e Desenvolvimento (D&D), com base interdisciplinar, há três correntes de pensamento teórico e interpretativo de soluções para o desenvolvimento, a saber: (I) os que pretendem dar uma visão mais abrangente do desenvolvimento e adequada aplicação, tendo em vista a pluralidade de modelos e sistemas jurídicos não necessariamente formalizados, com especificidades locais e culturais ; (II) o grupo que defende a formulação de instrumentos de ajuda internacional, modelo que precisa de aprimoramento de avaliação e mensuração, com indicadores de desempenho e eficiência; (III) e o terceiro grupo que foca em aspectos de equidade e distribuição, com suposta neutralidade, procurando modelos alternativos de desenvolvimento e acreditando na formalidade da lei como parte do processo.

3 DESENVOLVIMENTO COMO DIREITO HUMANO

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento foi adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986, sendo um marco importante no reconhecimento internacional expresso do desenvolvimento como um processo econômico, social, cultural e político amplo, com constante incremento de bem-estar da população e individualmente, fundado na participação ativa, livre e significativa, no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios do processo (ONU, 1986).

Em seu artigo 1º, §1º, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 enuncia que o desenvolvimento é um direito humano inalienável, o que habilita qualquer pessoa e todos os povos à participação no desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para contribuir e dele desfrutar, o que implica na realização de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (ONU, 1986).

Segundo Arjun Sengupta (2002), esses dispositivos iniciais da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 albergam três princípios, a saber: (I) existe um direito humano inalienável chamado de desenvolvimento, (II) há um processo específico de desenvolvimento que tem dimensões econômica, social, cultural e política, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser realizados plenamente; e (III) o direito ao desenvolvimento é considerado humano devido ao fato de toda pessoa humana e todos os povos possuírem o direito de participação, contribuição e desfrute desse processo específico.

Segundo Raquel Tavares (2012), os Direitos Humanos são garantias jurídicas internacionalmente protegidas e universais, pois são baseados em valores comuns centrados na dignidade do ser humano, gerando para os Estados e seus agentes o dever de proteção de indivíduos e grupos (perspectiva essa definida pela ONU).

Tavares (2012) observa que as normas de Direitos Humanos têm elaboração realizada por Estados de todas as regiões do mundo, por meio de negociações cuidadosas ocorridas no âmbito de organizações internacionais (v.g., Nações Unidas, Conselhos da Europa, Organização de Estados Americanos e Conferências internacionais) das quais resultam tratados, declarações e outros instrumentos de Direitos Humanos, consoante diretrizes internacionais.

Flávia Piovesan (2019) aduz que a concepção contemporânea de Direitos Humanos possui ideias inovadoras trazidas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a caracterização da universalidade e indivisibilidade de direitos: a universalidade por ter extensão universal, a partir da crença que a condição de pessoa é o requisito único para ter titularidade de direitos e dignidade intrínseca ao ser humano; já a indivisibilidade é a ideia que a garantia dos direitos civis e políticos é condição necessária para os direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa.

Sendo os Direitos Humanos então, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, conjugam um acervo de direitos civis e políticos com um acervo de direitos sociais,

econômicos e culturais. Por intermédio de um processo de universalização, forma-se um sistema internacional de proteção desses direitos (PIOVESAN, 2019).

Eis a importância de reconhecer o direito ao desenvolvimento como um direito humano: o reconhecimento desse direito como tal o eleva ao *status* de garantia jurídica de aplicabilidade universal e inviolabilidade (SENGUPTA, 2002).

O reconhecimento do desenvolvimento como direito humano conferiu a observância de sua implementação como dever no âmbito internacional, a partir de cooperação entre países, organizações internacionais e instituições privadas na promoção de ações de fortalecimento institucional dos países em desenvolvimento, com respeito à autodeterminação e com vista na construção de uma sociedade internacional solidária. No âmbito interno das nações, a implementação se dá por meio de políticas públicas, devendo ainda considerar que o desenvolvimento também é uma responsabilidade do indivíduo, a qual se realiza mais em nível local, ampliando o processo de desenvolvimento nas suas comunidades (SOUSA, 2010)

A expressão “direito ao desenvolvimento”, a qual tinha como perspectiva central a proteção da dignidade da pessoa humana a partir de uma concepção integral do sujeito, foi mencionada pela primeira vez em 1972, na aula inaugural do Instituto Internacional de Direitos do Homem, pelo ministro da corte suprema do Senegal, Keba Mbaye. Embora não esteja expressamente no rol do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (título destinado aos direitos fundamentais), por forma de uma interpretação sistemática embasada no artigo 5º, §2º, permite-se o reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como um direito fundamental no Brasil (SÁTIRO; MARQUES; OLIVEIRA, 2016).

Sendo considerado como direito fundamental, o direito ao desenvolvimento cria um “paradigma hermenêutico capaz de garantir que o direcionamento dado na interpretação-aplicação da norma não se distancie da essência enunciada pelo texto normativo, o que tem como consequência a criação de uma esfera de segurança jurídica ao redor desse texto” (ALVES, XAVIER, 2012).

Registra-se a consolidação da primeira geração dos direitos políticos, civis e cívicos, embasados no poder de ação do Estado; ocorrendo o fortalecimento com a segunda geração dos direitos sociais, econômicos e culturais, os quais determinam ações positivas do Estado; surge então uma terceira geração de direitos, na qual aparece o direito ao desenvolvimento, ao lado de

outras garantias jurídicas, como o direito ao meio-ambiente, o direito à infância, o direito à cidade e outros direitos coletivos (SACHS, 1998).

Anterior à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, há um importante instrumento internacional denominado de Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que já reconhecia um conteúdo relevante à temática do desenvolvimento (ONU, 1966).

De acordo com o Preâmbulo do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, o ser humano dotado da real liberdade não pode ser realizado a não ser que sejam criadas condições que possibilitem a cada pessoa usufruir os direitos econômicos, sociais e culturais, assim como os direitos civis e políticos; sendo necessária a criação de condições que permitam a cada um desfrutar desses direitos (ONU, 1966).

Tal Pacto Internacional (ONU, 1966), em vigor no Brasil por força do Decreto nº 591/1992 (artigo 6º, §2º) dispõe que cada Estado-parte deverá adotar medidas para assegurar o pleno exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para garantir o desenvolvimento (econômico, social e cultural) e o pleno emprego produtivo em condições que resguardam aos indivíduos o desfrute das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Cabe asseverar que as medidas dispostas no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 versam sobre um comprometimento do Estado-parte, seja por esforço próprio ou pela assistência e cooperação internacionais. O plano é dar aos direitos sociais uma implementação (efetividade, no sentido de se tornar uma realidade) gradual, um esforço continuado e com um processo de realização paulatino. Assim colocado no artigo 2º, §1º, tem como principal direcionamento nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, devendo o Estado-parte adotar os meios apropriados para o pleno exercício dos direitos reconhecidos no Pacto, incluindo, particularmente, o uso de medidas legislativas (ONU, 1966).

É uma questão importante pensar como este conteúdo pode refletir na produção do Direito interno e na sua realização segundo a sistemática da Constituição Federal do Brasil. Indaga-se qual ação estatal (executiva, legislativa ou judiciária) pode ser exigida para efetivação do direito ao desenvolvimento, já reconhecido no âmbito internacional.

No entanto, deve-se considerar que o desenvolvimento é sobretudo um processo, um contínuo devir econômico, social, cultural e político caracterizado pela participação de todos nos

benefícios sociais de forma justa e equânime, resultando no melhoramento das próprias condições de vida em decorrência do desenvolvimento da economia, da sociedade, da cultura e da política (NWAUCHE; NWOBIKE, 2005).

Fica nítido na Declaração do Desenvolvimento de 1986 que o direito ao desenvolvimento traduz-se no dever estatal de garantir igualdade de oportunidades para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda. Trata-se de um dever de planejar e implementar reformas econômicas e sociais apropriadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais, encorajando a participação do povo em todas as esferas, como um elemento fundamental no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos (artigo 8º, §1º e §2º, Resolução nº 41/128 de 1986 da Assembleia Geral das Nações Unidas).

Fabiano Menonça (2016) destaca que o texto da Declaração desenvolvimentista de 1986 expressou uma vinculação marcante entre o desenvolvimento e a democracia, sendo aquele uma exigência desta, um desbobrimento do debate político e da participação popular vista como participação política.

Esta concepção está alinhada aos ditames postos no artigo 2º, 1º da Declaração aprovada pela Resolução nº 41/128 de 1986, quando aquela afirma que a “pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento”, sugerindo a conclusão lógica que o direito ao desenvolvimento é um direito de participação no processo de desenvolvimento.

Logo, desenvolvimento é o direito à participação em processo planejado, visando a plena realização da pessoa humana, compreendido como um objetivo do Estado: trata-se do direito à participação popular nas políticas públicas estabelecidas pelo Estado para atingir os fins desenvolvimentistas (MENDONÇA, 2016).

Flávia Piovesan (2019), observando que o regime mais compatível com os direitos humanos é o democrático, afirma que não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos. A autora analisa que a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 reforça a interdependência entre os valores dos direitos humanos, democracia e desenvolvimento, e arremata ao explicar que o direito ao desenvolvimento exige uma globalização ética e solidária (PIOVESAN, 2019).

4 DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO: UMA ESTREITA RELAÇÃO

O modelo de democracia no Brasil está sistematizado na Constituição Federal de 1988, especificamente no parágrafo único do seu artigo 1º, o qual enuncia que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, segundo as disposições constitucionais.

O artigo 14 da Constituição brasileira demonstra então as principais formas de exercício da democracia no Brasil, com base no poder de soberania popular, quais sejam: o voto (direto, secreto e de igual valor, a partir de um sufrágio universal), o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis.

Enquanto o voto para escolha dos representantes do povo é atinente à democracia indireta; o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis são formas de democracia semidireta. Sobre esta última, destaca-se a Lei nº 9.709/1998, a qual regulamenta os incisos do artigo 14 da Constituição Federal, detalhando o regramento dos institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis.

Estas formas de exercício da democracia no Brasil podem ser entendidas como canais de manifestação de vontade do povo acerca de como o modelo de desenvolvimento deve ser estruturando na qualidade de processo.

Na democracia indireta, simbolizada na figura do voto, a tese é que a decisão tomada pelo representante eleito reflita os valores, desejos e objetivos daqueles que votaram. Nessa sistemática, o cidadão, dentre as diversas propostas expostas pelos candidatos durante as eleições, considerando a complexidade do discurso (v.g., ideológico, partidário), escolhe a proposta que melhor se alinha a sua concepção de desenvolvimento.

Esse contexto serve tanto para candidatos ao Poder Legislativo, já que estes terão como atribuição criar as leis para o desenvolvimento (estruturar as regras para corporificar o desenvolvimento como princípio) e fiscalizar a atuação do Poder Executivo; como para candidatos ao Poder Executivo, pois estes terão como atribuição a gestão de recursos públicos e a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas.

Os eleitos pelo povo são os considerados mais representativos postuladores de ideias aprovadas pelo povo, um diálogo entre o povo e os representantes resulta na formação de uma

maioria que irá conduzir planos, programas e projetos na República (ATALIBA, 2011).

No entanto, há de se considerar que a experiência política dos últimos séculos mostrou como a falta de vínculo entre a população e os legisladores gera a formação de parlamentos cada vez mais distantes da vontade e dos anseios do povo, ocasionando um Poder Legislativo frequentemente negligente, apático e insensível, a ponto de provocar crise ética de regimes e falta de autenticidade dos mandatos representativos (TELLES JÚNIOR, 2003).

Paulo Bonavides (2011) lembra que apesar do poder pertencer ao povo, o governo é dos representantes, que o faz em nome do povo, sendo está a verdade e a essência da democracia representativa.

Por esses motivos, as ideias que abordam o desenvolvimento reforçam a necessidade de uma postura ativa do cidadão na construção da democracia, o que só é possível com uma participação política proativa, contínua e com a liberdade como pressuposto.

O artigo 2º da Lei 9.709/1998 dispõe que ambos, plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que este delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa; O plebiscito é convocado com anterioridade ao ato legislativo ou administrativo acerca da sua aprovação ou denegação (§1º), já o referendo é convocado com posterioridade para ratificação ou rejeição daqueles atos (§2º). Tratam-se, pois, da evidência da existência de canais de democracia deliberativa no Brasil.

O desenvolvimento, visto como fenômeno complexo de âmbito econômico, social, cultural e intelectual de uma sociedade, assume acentuada relevância, possui natureza constitucional, como disposto no artigo 3º, inciso II (objetivo fundamental da República), e pode ser tratado pela atividade legislativa (criando leis e estruturando regras desenvolvimentistas) e administrativa (emprego de recursos públicos e implementação de políticas públicas desenvolvimentistas).

Por sua vez, na iniciativa popular de leis, há uma inclusão (o mais direta possível) da participação do cidadão na formulação de questões na agenda política. Segundo o artigo 13 da Lei nº 9.709/1998, a iniciativa popular consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, tem como requisitos: a subscrição por no mínimo 1% do eleitorado nacional, do qual distribuído pelo menos por 5 Estados e não menos de 0,3% dos eleitores de cada um deles; e deverá circunscrever-se a um só assunto. É plenamente possível esse “um só assunto” versar sobre desenvolvimento.

A Câmara dos Deputados possui desde 2001, a Comissão de Legislação Participativa (CLP)

com o objetivo de facilitar a participação das sociedades no processo de elaboração legislativa, cuja atribuição é receber propostas entregues pelas entidades civis organizadas, como ONGs, sindicatos, associações e órgãos de classe, entre outras (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2001).

Conforme José Afonso da Silva (2019) a democracia constitui um conceito histórico, sendo um instrumento (meio, não um valor fim em si) de realização de valores essenciais de convivência humana, que consagra os direitos fundamentais do ser humano, com enriquecimento de conteúdo em cada etapa da dimensão social e mantida com o princípio de que o regime político deve estar na vontade do povo. Nesse contexto, a democracia não é um conceito político estático e abstrato, mas sim um processo de afirmação popular e de garantia de direitos fundamentais conquistados ao longo da história (SILVA, 2019).

A Declaração de 1986, do ponto de vista do desenvolvimento político, requer como condições necessárias o regime democrático e o Estado de Direito, sendo tais elementos essenciais para que os indivíduos possam plenamente desenvolver suas potencialidades como seres humanos e ter seus direitos assegurados. Em boa parte do mundo, fenômenos de transição e consolidação da democracia emergiram, o que, especialmente na América Latina, teve o histórico marcado por regimes militares (autoritários) e não necessariamente houve consolidação do regime democrático após a transição (ALBUQUERQUE, 2010).

Na realidade, desenvolvimento e democratização se confundem como processo histórico, o que muito além de uma instauração de um regime político em um Estado e suas instituições, é um processo sempre inacabado, pois a democracia se faz no cotidiano, no exercício de cidadania que objetiva expansão, para a universalização dos direitos de segunda e terceira gerações (SACHS, 1998).

Há que se observar que a maior aproximação das pessoas em sociedade no âmbito político-econômico gera maior número de elementos jurídicos nas interações e consequentes possíveis alterações no processo de mudança social. O aspecto qualitativo da interação repousa na semelhança de ideias na comunicação jurídica, as quais são fundamentais para conceituação e desenvolvimento humano. Compreende-se que o Estado possui a força de, racionalmente e de maneira ativa, viabilizar o diálogo no campo dos direitos fundamentais, para estimular a autonomia de seu desenvolvimento (MENDONÇA, 2016).

5 DESENVOLVIMENTO COMO UM PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UM OBJETIVO FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA

O paradigma do constitucionalismo em nível global vai além de um modelo clássico, não centra apenas nas relações entre Estados, mas na relação entre o Estado e o povo, o que diante da elevada carga axiológica, destaca o valor da dignidade da pessoa humana. Este paradigma não está só vocacionado a assegurar os direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mas está conectado em nível internacional com um sistema de proteção de direitos humanos (PIOVESAN, 2019).

As formas de exercício da democracia no Brasil à disposição do povo para participar na vida política, são canais de construção do desenvolvimento importantes para a concretização dos ditames de uma Constituição que visualiza um modelo de sociedade ainda não realizado. Logo, construir os caminhos para o desenvolvimento é sinônimo de concretização da Constituição Federal de 1988, sendo um objetivo constitucional.

Não obstante a menção preambular da Constituição brasileira de 1988 do desenvolvimento como um valor supremo, pareado com os valores da justiça, igualdade, liberdade, bem-estar social, instituindo-se o Estado Democrático para assegurá-los; o desenvolvimento assume expressamente a dimensão de objetivo fundamental da República no artigo 3º, inciso II. Como tal, trata-se de uma norma programática enunciando o dever de atuação dos Poderes Públicos (*v.g.*, por meio de políticas públicas e criação de leis) para efetivar esse fim (MORAES, 2013).

Os delineamentos do desenvolvimento esculpido no artigo 3º, inciso II da Constituição brasileira de 1988 não foram determinados pelo Constituinte Originário, assim como não foram registrados no texto constitucional quais são os instrumentos de efetivação ou exigência de cumprimento por parte dos cidadãos, necessitando de análise sistêmica da Constituição para orientar a busca pelo processo do desenvolvimento (PEIXINHO; FERRARO, 2008).

O texto constitucional não expressa a decisão que deve ser tomada para solução do problema (Canotilho, 2018). De fato, não há na Constituição brasileira de 1988 como deve ser estruturado o processo, como deve ser resolvido o estado de subdesenvolvimento; no entanto, segundo os enunciados da Declaração da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre o desenvolvimento (1986) e os ensinamentos da doutrina, deve ter uma participação democrática ativa do povo.

Hesse (2004) ensina que, por mais que uma constituição não consiga por si só, realizar nada, ela tem a possibilidade de impor tarefas, tornando-se em força ativa, caso esses ditames sejam realizados efetivamente, a partir da orientação de condutas conforme a ordem nela instituída, assim como a concretização desse mandamento. Se a Constituição brasileira coloca como objetivo fundamental o desenvolvimento, há então a imposição de uma tarefa, principalmente para o Estado brasileiro e para o cidadão (participação ativa do processo), visto que é uma forma de dar força normativa à Constituição; dar concretude ao pacto social maior.

A vagueza não é precisamente um defeito do texto constitucional, mas uma possível estratégia técnica do legislador: no conceito jurídico de “desenvolvimento nacional” (artigo 3º, inciso II da Constituição Federal), a indeterminação conceitual abre margem ao aplicador do Direito para realizar um juízo dos meios e fins capazes de calibrar a norma para dar efetividade às leis; expandindo a discricionariedade do aplicador (BAMBIRRA, SANTOS NETO, 2017).

Humberto Ávila (2005) distingue texto e norma e verifica ainda uma diferença entre princípios e regras (bem como, em uma divisão tripartite, cita os postulados). Para Ávila (2005) os princípios promovem um estado ideal de coisas, contando com a adoção das condutas necessárias e correlação entre os efeitos do comportamento e o aludido estado ideal; concluindo que os princípios são normas imediatamente finalísticas (um objetivo a ser atingido) enunciando um objetivo para realizar, preservar ou eliminar um estado de coisas. Nesse contexto, o desenvolvimento recebe a dimensão de princípio constitucional, tornando-se guia de interpretação e produção normativa do ordenamento jurídico brasileiro.

Observa-se que, quanto mais detalhado for o fim, mais controlada será sua realização, algo relevante na construção de uma cadeia de fundamentação, o que deve ter como base a investigação e análise dos casos para contribuir na resolução de um mesmo problema central (ÁVILA, 2005).

Enquanto princípio, haverá a necessidade de densificação para reduzir o grau de abstração, realizando o movimento do sentido contido no texto constitucional para normas jurídicas concretas, um processo técnico estruturante de normatividade, para obter como resultado a norma-decisão para solucionar questões constitucionais (CANOTILHO, 2018).

Atualmente nos países em desenvolvimento, as discussões do Direito Constitucional e respectivas questões hermenêuticas estão profundamente relacionadas à eficácia das normas constitucionais e as promessas que elas declaram. As sociedades procuram seu modelo e enumeram seus objetivos, abrindo discussões sobre qual é o papel do Estado, das políticas

públicas e do desenvolvimento: são reflexões sobre a importância do Direito e de cada função estatal – a Legislativa, a Executiva e a Judiciária – principalmente no que tange a transformação social (MENDONÇA, 2016).

Canotilho (2018) aponta que realizar a Constituição é tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. É um dever dos órgãos constitucionais dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário dar aplicação à Constituição, considerando ainda que os cidadãos (pluralismo de intérpretes) também são participantes desse processo.

O objetivo fundamental republicano do desenvolvimento possui um sentido próprio na Constituição Federal brasileira, com o núcleo essencial contendo qualquer sentido cuja alteração da estrutura social vigente no país, decorra de um conjunto de ações que implodam o subdesenvolvimento, a desigualdade social, superação da pobreza e maior fluxo de renda; traduzido então, no direito ao amplo acesso não discriminatório às políticas públicas (LIMA JUNIOR; MENDONÇA, 2019).

Por evidente que o amplo acesso não discriminatório às políticas públicas como sinônimo de desenvolvimento não é realizado considerando os cidadãos meramente destinatários passivos, mas o acesso mencionado também possui a amplitude ativa de participação política na construção do que a própria sociedade entende como devem ser desenhados os contornos do desenvolvimento.

O desenvolvimento é um desdobramento esperado tipicamente em um contexto de Estado Democrático de Direito, e as formas de exercício da democracia, seja na modalidade indireta (voto), ou semidireta (deliberativa ou iniciativa popular) são parte do processo concretizador da efetividade.

A vontade popular, seja exercida de forma direta ou indireta, deve ser a fixadora de parâmetros e modelos, o que deve ser impresso no Direito, instituindo normas/regras que reduzam a abstração típica de princípio, para corporificar no âmbito jurídico o fenômeno, conforme a peculiaridade de cada sociedade.

O fenômeno desenvolvimentista acontece mediante a criação de instituições inclusivas, com força para garantir igualdade de oportunidades para todos os brasileiros na realização de seus respectivos potenciais econômicos e intelectuais, gerando prosperidade e bem-estar social. Cada sociedade na figura do Estado deve ter sua própria organização de desenvolvimento, um modelo com suas peculiaridades e dinâmicas, considerando o âmbito econômico internacional,

pressupondo a eficiência estatal na prestação dos serviços sociais básicos como educação, saúde, infraestrutura e segurança (BAMBIRRA; SANTOS NETO, 2017).

Instituições inclusivas são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam escolhas individuais, que para serem consideradas inclusivas, possuem como características a segurança da propriedade privada, um sistema jurídico imparcial, um leque de serviços públicos em condições igualitárias, a possibilidade ingresso de novas sociedades empresariais, a escolha da sua profissão e o estabelecimento de contratos (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012)

Em contrapartida, as instituições extrativistas tem como objetivo extrair renda e riqueza de um seguimento da sociedade para benefício de outro. Há uma concentração de poder econômico e político na mão de uma elite que usufrui de privilégios e captura grande parcela de recursos da sociedade como um todo (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012).

Instituições inclusivas demandam propriedade assegurada, oportunidades econômicas que não são apenas para uma elite, sendo imprescindível a atuação do Estado como prestador de serviços públicos e como garantidor de respeito à lei e à ordem. Há um estímulo para trabalhar, investir e inovar, pois além de condições sociais para isso, há segurança institucional (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012).

O processo de interpretação constitucional, para Häberle (1997), não deve estar apenas compreendido na atividade dos operadores do Direito, devendo englobar a participação de todos os cidadãos. Então, a interpretação deve ser aberta para toda sociedade, envolvendo a opinião pública democrática e pluralista representada por cidadãos, partidos políticos, escolas, teatros, igrejas, editoras, comunidades e demais atores sociais; muito além de apenas juristas em um modelo fechado (HÄBERLE, 1997).

A participação do povo na formação das decisões públicas, o debate público, é modelo tipicamente da democracia (especialmente a deliberativa) e possui um valor especial na mudança social rumo ao desenvolvimento.

Celso Furtado (2000) explica que o desenvolvimento não é só criado por meio da técnica, mas da capacidade do povo inovar como sociedade, com avanço racional de comportamentos para mais facilmente alcançar os objetivos almejados de acordo com a eficiência.

Assim, os objetivos fundamentais da República (artigo 3º da Constituição Federal) são realizados no momento em que o Estado providencia a concretização de benefícios para o povo. Um progresso nacional que vai além de um mínimo com estabilidade ou evita o retrocesso dos direitos e benefícios sociais conquistados: por vezes, a concretização é feita na qualidade de políticas públicas direcionadas ao bem do povo (FRANÇA, 2012).

É necessário entender que há uma sociedade plural e com suas particularidades, na qual, para concretizar o objetivo constitucional enunciado, deve-se valorizar (e estimular) a participação democrática para ter maior fundamento de legitimidade no processo, com a contribuição dos mais variados atores sociais (inclusive dando relevo às vozes das minorias).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 instituída por meio Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas teve importante valor histórico ao declarar expressamente a existência de um direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável.

A Declaração de 1986 apesar de não apresentar detalhadamente um modelo de desenvolvimento, pois trata-se de uma particularidade de cada nação como sociedade e povo, enuncia relevantes parâmetros para o fenômeno, dos quais se destacam: a participação popular ativa na construção do desenvolvimento, cujas dimensões são econômica, social, cultural e política; a pessoa humana como sujeito central e a responsabilidade estatal, principalmente na formulação de políticas públicas e na produção de leis (também com a participação do povo) para viabilização do fenômeno; algo que apenas é viável em uma democracia.

Nesse prisma, o desenvolvimento é verificado no contexto de igualdade de oportunidades para todos, em termos de acesso à educação, saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equilibrada de renda. Sem esquecer da sustentabilidade quanto aos aprimoramentos resultantes (consolidação), perenidade, sempre em expansão, podendo utilizar a liberdade e as capacidades que as pessoas usufruem como forma de mensuração.

Assim, o direito ao desenvolvimento é por excelência um direito humano (universal, indivisível e interacionado), tanto em sentido formal como material.

Para além do preciosismo formal do constitucionalismo e tendência global moderna, especialmente no ocidente, a Constituição de uma nação é um instrumento fundamental na positivação dos direitos e garantias fundamentais, regime político democrático e enunciação de objetivos que a sociedade pretende atingir, uma direção.

A Constituição Federal de 1988, fruto da redemocratização no Brasil, traz o desenvolvimento da nação como um objetivo fundamental da República. Embora o legislador constituinte não tenha dito como esse processo deva ser realizado, a abrangência da expressão assume a qualidade de princípio, e como tal, demandará atividade hermenêutica para estruturar normas/regras mais concretas para a partir de um processo de estruturação normativa densificar e dar concretude à disposição constitucional.

Este processo não precisa ser necessariamente feito apenas por operadores do Direito, bem como não precisa ser apenas o Estado na figura dos seus agentes políticos. É necessário que o povo participe do processo, algo que justamente se esclarece como um direito à participação no contexto do desenvolvimento.

Logo, no Brasil, o direito ao desenvolvimento pode ser entendido como o direito à participação no processo de concretização constitucional para realizar o objetivo fundamental republicano do desenvolvimento, como ordena a Constituição; ou seja, só há desenvolvimento com democracia.

No cenário brasileiro, isso pode ser feito por meio dos canais de participação democrática dispostos no artigo 14 da Constituição, no instituto do voto (democracia indireta) para a escolha dos representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo, referendo, plebiscito e iniciativa popular de leis (democracia semidireta). Deve-se deixar claro que estes são canais institucionais, nada impede a construção de uma cultura no seio social que cultive valores de solidariedade e outras práticas da democracia.

Cabe então a utilizar tais canais para debater publicamente como concretizar a Constituição, tomar decisões políticas para estruturar o processo (inclusive formular políticas públicas e regras mais concretas), buscando permitir a participação ativa na consolidação do desenvolvimento; o que, assim como a democracia, é uma construção cotidiana e contínua.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012

ALBUQUERQUE, Armando. Direito ao desenvolvimento político: a democracia como *condictio sine qua non*. **Direito e desenvolvimento**, v. 1, n. 2, p. 9-21, 2010. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/145/128>. Acesso em: 17 jul. 2020.

ALVES, Fabrício Germano. XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. Hermenêutica Contemporânea dos Direitos Fundamentais. **Revista Direito e Liberdade**. ESMARN. v. 14, n. 1, p. 97-113. jan./jun. 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. Atual. por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAMBIRRA, Felipe Magalhães; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. O objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional” na constituição federal de 1988: análise de um conceito jurídico indeterminado. São Paulo: **Prisma Jurídico**, v. 16, n. 2, p. 241-259, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/934/93454289001.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. **Cartilha**. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. 51 p. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dht/cartilha_legislacao_participativa.pdf. Acesso em: 20 dez. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998**. Regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9709.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2018.

DINIZ, Eli. Estado, variedades de capitalismo e desenvolvimento em países emergentes. **Desenvolvimento em debate**, v. 1, n. 1, p. 7-27, jan.-abr. 2010. Disponível em: http://desenvolvimentoemdebate.ie.ufrj.br/pdf/dd_1_1.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

FRANÇA, Phillip Gil. Objetivos Fundamentais da República, escolhas públicas e políticas públicas: caminhos de concretização dos benefícios sociais constitucionais. **Direitos sociais e políticas públicas I**. 1. ed. Curitiba: Clássica, 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=534488729ab74ff0_ Acesso em: 29 dez. 2019.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento**: enfoque histórico-estrutural. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

FURTADO, Celso. **Pequena introdução ao desenvolvimento**: enfoque interdisciplinar. Companhia Editora Nacional, 1981.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1974.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 19. ed. São Paulo: Malheiros. 2018.

GUIMARÃES, Patrícia B. Vilar. **Contribuições teóricas para o direito e desenvolvimento**. Texto para Discussão 1824. Brasília: IPEA, 2013.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Porto Alegre: S.A Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

LIMA JUNIOR, Francisco Gaspar de. MENDONÇA, Fabiano André de Souza. Entre princípio e direito: o desenvolvimento na Constituição de 1988. **Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário UniOpet**. Curitiba-PR. Ano XII, n. 20, jan-jun/2019. Disponível em: <http://www.opet.com.br/faculdade/revista-anima/pdf/anima20/12-ENTRE-PRINC%20E-DIREITO-O-DESENVOLVIMENTO-NA-CONSTITUI%20DE-1988.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2019.

MENDONÇA, Fabiano A. **Introdução aos direitos plurifuncionais**: os direitos, suas funções e a relação com o desenvolvimento, a eficiência e as políticas públicas. Natal: 2016.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

NWOBIKE, J.C.; NWAUCHE, E.S. Implementação do direito ao desenvolvimento. **SUR – Revista internacional de direitos humanos**. Ano 2. Número 2. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a05v2n2.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2019.

OLIVEIRA, Amanda Garcia; MARTINS, Gustavo Rocha. Direito ao desenvolvimento nos âmbitos do desenvolvimento da nação e do desenvolvimento do indivíduo. **Revista Vianna**

Sapiens. Juiz de Fora: 2017. Disponível em:

<https://viannasapiens.emnuvens.com.br/revista/article/download/251/231/>. Acesso em: 29 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos**

Humanos. Adotada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 20 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração sobre o Direito ao**

Desenvolvimento - Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 4 de dezembro de 1986. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 20 dez. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Pacto Internacional sobre os Direitos**

Econômicos, Sociais e Culturais. Adotada pela Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Disponível em:

<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2019.

PEIXINHO, Manoel Messias; FERRARO, Suzani Andrade. Direito ao Desenvolvimento como Direito Fundamental. *In*: Melissa Folmann; Suzani Andrade Ferraro. (org.). **Previdência nos 60 anos da Declaração de Direitos Humanos e nos 20 da Constituição brasileira.** Curitiba:

Juruá, 2008. Disponível em:

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/manoel_messias_peixinho.pdf Acesso em: 02 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. **Estudos avançados**, v. 12, n. 33. São Paulo: 1998. p. 149-156. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000200011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 abr. 2020.

SÁTIRO, Guadalupe Souza; MARQUES, Verônica Teixeira, OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O reconhecimento jurídico do direito ao desenvolvimento como direito humano e sua proteção internacional e constitucional. João Pessoa: **Direito e Desenvolvimento**. v. 7, n. 13, 2016. p. 170-18. Disponível em:

<https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/307/289>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SEN, Amartya Kumar. **Development as freedom.** New York: Alfred A. Knopf, 2000.

SENGUPTA, Arjun. On the theory and practice of the right to development. **Human Rights Quarterly**. vol. 24, n. 4, nov. 2002, p. 837-889. Disponível em:

<https://muse.jhu.edu/article/13865/pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

SOUSA, Mônica Teresa Costa. Direito ao desenvolvimento como direito humano: implicações decorrentes desta identificação. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 11, n. 2, p. 422-443, 2010. Disponível em: <https://unoesc.emnuvens.com.br/espacojuridico/article/view/1956/1024> Acesso em: 17 jul. 2020.

TAVARES, Raquel. **Direitos Humanos: De onde vêm, o que são e para que servem?** Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2012.

TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O povo e o poder: o conselho de planejamento nacional**. São Paulo: Malheiros. 2003.

VIVAS, Alessandra Bentes *et al* (org.). **Interdisciplinaridade das políticas públicas**. Rio de Janeiro: FGB / Pembroke Collins, 2019.

DEVELOPMENT AS A HUMAN RIGHT AND ITS RELATION WITH DEMOCRACY

ABSTRACT

The purpose of this article is to treat development as a human right established in the 1986 Declaration on the Right to Development approved by the United Nations General Assembly, its close relation with democracy and constitutional concretization in Brazil. By Resolution No. 41/128 of 1986, the Assembly approves the Declaration on the Right to Development stating the right to development as an inalienable human right. Development, no longer seen as a synonym for economic growth, now represents an economic, social, cultural and political process, with expansion of freedoms and sustainability (both quantitative and qualitative aspects). In Brazil, the Federal Constitution of 1988 determined national development as a fundamental objective of the Republic (art. 3, II). Due to Generality and programmatic nature, development takes on a dimension of principle that needs more concrete normative structuring, which, consistent with the 1986 Declaration of development as an active participation of the people, Brazilian democracy offers a vote, referendum, plebiscite and popular initiative of laws for the constitutional realization of a developmental objective. The study method is hypothetical-deductive, with a qualitative approach, supported by bibliographic and documentary research. It is concluded that there is a consolidation of the right to development as an inalienable human right, of political, civil, economic, social and cultural legal aspects (in interrelation and synergy), still representing a fundamental objective of the Brazilian Republic to be

achieved by constitutional strength, in which the people are protagonists in the process, which has democratic tools.

Keywords: Development. Human rights. 1988 Federal Constitution.

Saulo de Medeiros Torres¹²

RESUMO

O presente trabalho traz a temática dos efeitos da pandemia do COVID-19 no âmbito educacional. Analisa-se a questão do acesso ao direito à educação, tendo com enfoque a experiência da Universidade Federal do Rio Grande do Norte na implementação do Período Letivo Suplementar Excepcional e a disponibilização do Auxílio de Inclusão Digital durante o semestre 2020.5. O ponto de partida do presente estudo é fazer uma breve reflexão sobre os prejuízos que os discentes podem sofrer na sua aprendizagem e relatar as tentativas de soluções elaboradas no âmbito da instituição pesquisada visando garantir a função social da educação, destacando a relevância desse direito fundamental para a afirmação da cidadania.

Palavras-chave: Educação. Pandemia. Desafios

1 INTRODUÇÃO

Os impactos trazidos pela pandemia do COVID-19 em todo mundo trouxeram sérios problemas econômicos e sociais que há muito tempo a humanidade não presenciava num nível global. O setor educacional foi atingido em cheio por uma doença invisível, altamente contagiosa e potencialmente letal, o que causou a necessidade de suspensão das atividades presenciais em vários países e a necessidade de construir alternativas para tentar contornar o cenário caótico.

O Brasil não ficou imune ao problema, com o agravante da nossa histórica e estrutural desigualdade e exclusão social, que ficaram ainda mais potencializadas diante dos efeitos devastadores do Coronavírus na parcela mais vulnerável da população brasileira. Desse modo, surge o desafio de como a educação irá desempenhar a sua relevante função social em tempos tão árduos para todos aqueles que estão envolvidos no processo de ensino-aprendizagem e os prejuízos

¹² Mestre em Direito Constitucional (UFRN). Especialista em Direito Constitucional e Tributário (UnP). Bacharel em Direito (UFRN). Professor da FCST. Já foi Professor substituto da UFRN e Conciliador da JFRN.

que a cidadania pode sofrer por conta da não realização das aulas, mesmo que em formato remoto e todos os obstáculos que existem para implementação desse sistema.

Do dia pra noite, a comunidade escolar, formada por alunos (e familiares) professores, teve a sua rotina profundamente alterada, tendo que se adaptar abruptamente ao chamado “novo normal”. Se em momentos de “normalidade” os direitos sociais cumprem um relevante papel num Estado Democrático de Direito, nesses momentos turbulentos que a sociedade vive por conta do COVID-19, fica mais evidente a importância de um robusto sistema de *Welfare State*, através da assistência dos serviços públicos como o SUS e das escolas.

O ano de 2020 já entra na história da humanidade marcado pelos milhares de mortes em todo mundo e pelos milhões de infectados que possivelmente irão as consequências dos efeitos da doença por anos. Mesmo aqueles que não sofreram o contágio, terão que enfrentar um cenário pessimista: possibilidade de recessão econômica, desemprego, diminuição de renda entre outros.

Mas nem tudo está perdido. A sociedade pode se conscientizar de como os direitos humanos são vitais e com isso a luta pela melhoria das suas condições de vida se torne a pauta do dia e os governantes sejam cobrados e fiscalizados para fazer alguma coisa para o enfrentamento dos nefastos efeitos da pandemia.

Com o distanciamento social sendo a recomendação das autoridades sanitárias e paralisação das atividades presenciais, a pergunta central que o artigo vai buscar elucidar é: Como a Universidade Federal do Rio Grande do Norte buscou garantir o acesso ao direito à educação durante a pandemia do COVID-19?

Os objetivos do estudo consistem em: a) Descrever as medidas adotadas no âmbito da UFRN para proporcionar o acesso ao direito à educação durante a pandemia do COVID-19; b) Apresentar a experiência do Período Letivo Suplementar Excepcional (PLSE) 2020.5 e do Auxílio de Inclusão Digital e por fim c) refletir sobre o direito à educação na pandemia do COVID-19 à luz do arcabouço normativo.

O estudo se utilizou do método hipotético-dedutivo, através do estudo de caso com suporte em pesquisa bibliográfica e documental. A estrutura está dividida da seguinte forma: preliminarmente será abordada a questão da educação como direito humano fundamental, onde será apresentado um breve panorama dos aspectos jurídicos do direito à educação. Em seguida será apresentada a análise do impacto do COVID-19 no âmbito educacional, fazendo uma contextualização dos efeitos da pandemia no ensino e por fim será feito um relato das medidas

adotadas pela UFRN para tentar viabilizar o acesso ao direito à educação durante a pandemia, tendo como recorte a vigência do PLSE.

Desta forma, o estudo justifica-se por apresentar sucintamente uma política pública que pretende enfrentar o desafio de efetivar a questão da inclusão digital para a concretização do acesso ao conhecimento, podendo ser um modelo que outras instituições se inspirem, buscando o seu aprimoramento e ampliação e quem sabe minorar deficiências estruturais existentes no Brasil.

2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: BREVE PANORAMA

Apresentar um conceito ou definição do que vem a ser educação é uma tarefa bastante complexa. Como o desiderato desse trabalho não é abordar todas as nuances existentes e nem tem a pretensão de esgotar o tema, mas sim trazer as características elementares para o entendimento da educação como um direito humano fundamental, será feita uma breve abordagem panorâmica do assunto.

Preliminarmente, pode-se entender a educação como o ato de ensinar, de instruir alguém, aprimorando as suas capacidades intelectuais e morais (RAMOS, 2011). Outro sentido complementar nos auxilia a compreender o significado de educação: é transmissão de conhecimentos, visando desenvolver habilidades e capacidades que serão utilizadas pelo ser humano ao longo da sua vida (BASÍLIO, 2009), sendo a prática educativa um fato social e universal necessário para a constituição da sociedade, formando as pessoas, ajudando elas na construção das suas aptidões intelectuais e capacitando-as para atuar e modificar as instâncias sociais (LIBÂNEO, 1994).

Em sentido estrito, “a educação ocorre em instituições específicas, escolares ou não, com finalidades explícitas de instrução e ensino mediante uma ação consciente, deliberada e planejada, embora sem separar-se daqueles processos formativos gerais” (LIBÂNEO, 1994, p.17). A Lei 9.394/96 (LDB) considera que: “A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (SENADO FEDERAL, 2019, p.21).

Depois de trazer essa breve elucidação do significado de educação, cabe agora entender a sua tutela jurídica, especialmente a sua dimensão de direito humano fundamental. O arcabouço constitucional do direito à educação é encontrado especialmente, no atual ordenamento vigente, no Art. 6º e nos Arts. 205 ao 214, versando os mais variados assuntos que vão desde a sua efetivação, seus aspectos principiológicos, as atribuições dos entes federativos, a sua organização e um mecanismo de financiamento (DUARTE, 2007).

Existe também uma estrutura normativa internacional sobre o direito à educação, previstos em diversos documentos que são fontes do direito e que devem ser observados pelo legislador, pelo juiz e pelo gestor público, já que segundo entendimento que pode ser encontrado em alguns precedentes de tribunais internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, todos os poderes públicos tem a prerrogativa de realizar o controle de convencionalidade, que consiste em verificar a adequação e compatibilidade das leis com os tratados internacionais de direitos humanos devidamente incorporados pela República Federativa do Brasil, em razão de sua hierarquia supralegal segundo a jurisprudência do STF (TORRES, 2019).

Para citar alguns dos instrumentos internacionais, de forma ilustrativa: Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, Convenção sobre Direitos das Crianças de 1989, Declaração Mundial sobre Educação para Todos de 1990 entre outros.

Como um desdobramento da opção feita pela Constituição Federal de 1988 pela filiação ao *standard* do Estado Social, atribui-se aos órgãos públicos inúmeros deveres que visam à implementação de finalidades coletivas, através da criação de políticas públicas em virtude do caráter preponderantemente prestacional dos direitos sociais, dentre eles a educação (DUARTE, 2007). Os direitos prestacionais possibilitam que os indivíduos reivindiquem a atuação estatal com o objetivo de aprimorar e incrementar suas condições vitais, viabilizando os requisitos necessários para a concretização das liberdades, devendo o Estado agir em conformidades com as exigências estabelecidas pela Constituição (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Os direitos prestacionais podem ser referir A prestações materiais ou prestações jurídicas (MENDES; BRANCO, 2015), sendo que o direito à educação se encaixa melhor nas prestações materiais que consistem em disponibilizar bens e serviços a indivíduos que não possuem condições de compra-los no mercado, bem como o oferecimento de serviços públicos de titularidade exclusiva do Estado (DIMOULIS; MARTINS, 2014).

Desse modo, os direitos prestacionais materiais são idealizados com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, tendo por desiderato a emancipação das necessidades e proporcionar a liberdade para o maior número possível de pessoas, através do oferecimento de algum bem ou serviço (MENDES; BRANCO, 2015).

O direito à educação vem consagrado no Art. 6º como um direito fundamental de caráter social, tendo dimensões tanto individuais como coletivas. Numa vertente individual, aquela pessoa que é beneficiada por esse bem, acaba tendo uma maior possibilidade de ser um cidadão ativo, emancipado, instruído e participativo das decisões que lhe afetem. Do ponto de vista coletivo, fica evidente que a educação desempenha uma nítida função social, tendo um papel fundamental no desenvolvimento de uma comunidade, melhorando a qualidade de vida da população (DUARTE, 2007).

O Art. 205 da Constituição de 1988 dispõe: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (SENADO FEDERAL, 2019, p.14). Esse dispositivo pode ser complementado com a previsão do §1º do Art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratado ratificado e devidamente incorporado pelo Brasil, que estabelece:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz (SENADO FEDERAL, 2013 p.147)

Numa análise comparativa, a normatividade internacional, nesse ponto acaba sendo mais avançada do que o plano interno, em razão de prever que a educação deve buscar o desenvolvimento da dignidade humana e fortalecer o respeito aos direitos humanos. Já em relação a gratuidade e obrigatoriedade do ensino básico¹³, a Constituição de 1988 é mais aprimorada, principalmente por reconhece-lo como um direito público subjetivo e por permitir a responsabilização da autoridade responsável pelo seu não oferecimento ou oferta irregular (DUARTE, 2007).

¹³ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais usa a expressão educação primária.

Percebe-se dessas normas, a abrangência que o direito à educação pode ter. Assim, tanto a Constituição como os documentos internacionais impõem alguns deveres específicos que devem ser observados em matéria educacional que no primeiro caso estão elencados especialmente no Art. 208 e ilustrando o segundo caso, pode-se mencionar exemplificativamente o § 3º do Art. 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DUARTE, 2007).

Em seu Art. 206, o texto constitucional consagra os parâmetros básicos para construção das políticas públicas educacionais, trazendo os princípios gerais do direito educacional. Cabe um enfoque espacial nos princípios da gratuidade do ensino público, da gestão democrática, garantia da qualidade do ensino e da sua melhoria progressiva, valorização dos trabalhadores da educação, condições isonômicas para o ingresso e continuidade na escola e a difusão do atendimento escolar (DUARTE, 2007).

O Instituto Datafolha realizou um levantamento entre os dias 11 e 20 de julho, entrevistando 1.028 pais ou responsáveis de discentes de escolas públicas municipais e estaduais brasileiras. A pesquisa contabilizou que pelo menos 20 % dos alunos não tiveram nenhuma atividade escolar durante a pandemia do COVID-19, que 31 % dos pais relataram ter receio da evasão escolar, que mais da metade dos estudantes comentaram pela falta de motivação e desinteresse pelo formato remoto de ensino (G1, 2020).

Caso não haja a estruturação de políticas públicas, há uma projeção que a diminuição da aprendizagem em virtude dos efeitos da pandemia pode durar mais de 10 anos, ficando evidente a necessidade de investimento em infraestrutura, modernização, remuneração e aperfeiçoamento dos docentes, fortalecimento da alimentação no âmbito escolar (DIAS; PINTO, 2020).

Fica evidente, diante do cenário que será contextualizado posteriormente, que a crise proporcionada pelo COVID-19, atinge em cheio o ambiente escolar, agravando ainda mais o precário estágio que o Brasil se encontra nos índices que medem a qualidade da educação nacional e escancara ainda mais a desigualdade social estruturante que assola o País a séculos e que agora parece que aqueles que eram invisíveis, começaram a serem vistos (DIAS; PINTO, 2020).

O parâmetro mínimo protetivo ao direito à educação consiste em conferir acesso ao aprendizado de forma regular e estruturada. O acesso não fica apenas num plano formal, realizado de qualquer jeito, devendo se pautar pelas balizas estabelecidas sobretudo pela Constituição e pelos documentos internacionais de direitos humanos que o Brasil voluntariamente aderiu e faz parte (TAVARES, 2010).

O dever estatal para com o direito à educação surge como uma obrigação de fazer, de atuar positivamente, estabelecendo as premissas normativas necessárias para a sua concretização e se organizando institucionalmente para a sua efetivação, se estruturando adequadamente para satisfazê-lo (TAVARES, 2010).

Por tudo que foi abordado nesse tópico, fica clara a configuração da educação como um direito humano fundamental, tendo um arcabouço normativo que lhe confere um sistema protetivo. Para além dessa positivação, a fundamentalidade material do direito à educação é reconhecida pela sua conexão com os princípios da dignidade humana e da cidadania, despontando um conteúdo multidimensional que envolve um conjunto de políticas públicas que visam à instrução e desenvolvimento da sociedade (CAGGIOANO, 2009).

3 O IMPACTO DO COVID-19 NO DIREITO EDUCACIONAL

Em 31 de Dezembro de 2019, quando grande parte das pessoas estavam se preparando para a virada de ano, veio uma notícia que iria modificar todas as relações sociais em nível global e causar impactos estruturais que a muito tempo não se tinha registro na história da humanidade. Nessa data, a Organização Mundial de Saúde (OMS) foi avisada que estavam ocorrendo vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, localizada na China e que se tratava de um vírus nunca antes verificado em seres humanos (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE, 2020).

A nova doença recebeu o nome de SARS-CoV-2 (*Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus*), ficando popularmente conhecida como COVID-19 e seus sintomas mais usuais são febre, cansaço, tosse seca, dor de garganta, falta de ar, dificuldade para respirar, já tendo relatos de perda do olfato, do paladar e diarreia. Grande parte das pessoas (cerca de 80 %) melhora da doença sem precisar de intervenção hospitalar, sendo que um em cada seis infectados pode ter a versão grave da doença e ter algum tipo de dificuldade respiratória (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE, 2020).

Esses números, em um primeiro momento podem não ser assustadores, porém o que torna o Coronavírus tão impar é ele ser uma enfermidade altamente contagiosa. A taxa média de reprodução da gripe comum é de 1,3, significando que cada pessoa infectada pode transmitir a doença a 1,3 pessoa, enquanto no COVID-19 essa taxa variou entre 2 e 3, segundo estudos

realizados em março de 2020 (DOMÍNGUEZ, 2020). Como se trata de um vírus desconhecido, esses números podem estar constantemente em modificação e até o presente momento não há nenhum tratamento comprovadamente eficaz e nem vacinas com testes clínicos, sendo que as principais medidas protetivas e preventivas são a higienização das mãos e do ambiente, o uso de máscaras, evitar aglomerações e tocar o rosto, que se mantenha um distanciamento mínimo de 1 metro entre as pessoas e que se cubra a boca quando a pessoa for espirrar ou tossir (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE, 2020).

Até o momento de elaboração desse estudo, já haviam sido confirmados mais de 25 Milhões de casos em todo mundo, chegando a mais de 848 mil mortes. No Brasil, a doença já infectou mais de 3 Milhões de pessoas e já causou a morte de mais de 120 Mil pessoas (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE, 2020), números que mostram o quão devastador está sendo o cenário proporcionado pelo COVID-19. Além do perigo do sistema de saúde entrar em colapso, tanto na rede pública como na rede privada, pois cálculos realizados em abril, se o ritmo da doença não se modificasse, os leitos de UTI disponíveis no País seriam insuficientes para atender a demanda.

A OMS reconheceu, em 20 de Janeiro de 2020, que o surto causado pelo COVID-19 configurava uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE, 2020), que é definida pelo Regulamento Sanitário Internacional como “um evento extraordinário que pode constituir um risco de saúde pública para outros países devido a disseminação internacional de doenças; e potencialmente requer uma resposta internacional coordenada e imediata” (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2009, p.15-16) e o Ministério da Saúde brasileiro editou a Portaria 188/2020 declarando Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, em razão da infecção humana causada pelo novo coronavírus, tendo sido elaborada também a Lei Federal 13.979 para regular os instrumentos de enfrentamento dessa situação emergencial.

Diante desse contexto catastrófico, evidentemente que a pandemia iria trazer impactos no setor educacional. Dados da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) de abril de 2020, estimam que aproximadamente 1,5 bilhões de estudantes em 174 países do mundo ficaram sem escola (MUÑOZ, 2020), já que em um primeiro momento as atividades presenciais tiveram que ser paralisadas em razão dos riscos de contaminação e do tempo necessário para fazer a transição para um modelo alternativo para possibilitar, de modo seguro, a realização das aulas.

As consequências do Coronavírus na educação são várias, podendo ser enumeradas, de forma exemplificativa: a interrupção do processo de aquisição do conhecimento, prejuízos na alimentação dos alunos do ensino básico em razão de muitos estudantes ficarem privados da merenda e tem nesse recurso sua única refeição, capacitar os docentes para o ensino remoto, aprimoramento da infraestrutura para dar suporte técnico para a realização do ensino à distância, o papel da família de acompanhar os alunos, evitar a evasão escolar e a dificuldade em avaliar a aprendizagem (BERG; VESTENA; COSTA-LOBO, 2020).

Dessa forma, na atual conjuntura, a educação pode ver enfraquecida a sua relevante função social de difundir o conhecimento, dar suporte aos discentes e docentes, a interação da comunidade escolar, a construção da cidadania, buscando-se minimizar as vulnerabilidades e concretizar a dignidade humana através da emancipação do sujeito (BERG ET AL, 2020).

As políticas públicas adotadas para tentar contornar esse problema estão em constante debate e atualização em vários países, pois pelas recomendações de organismos internacionais como OMS e UNESCO, o retorno presencial das atividades educacionais deve ser a última etapa no planejamento da retomada daquilo que vem sendo chamado de “novo normal”. Uma das estratégias que se destacaram mais foi o uso das tecnologias digitais de informação e comunicação na mediação do ensino, buscando-se potencializar e fomentar a inclusão (ARRUDA, 2020).

No caso do Brasil, o Ministério da Educação (MEC), com a edição da Portaria 343, de 17 de março de 2020, permitiu, por um prazo de 30 dias (prorrogáveis) em caráter excepcional, que houvesse a permuta das aulas presenciais pelas aulas remotas virtuais nos moldes previstos pelo seu Art. 1º. O citado ato normativo só abrangia o sistema educacional federal, integrado por Universidades, Institutos Federais, Colégio Dom Pedro II, Instituto Nacional de Educação de Surdos, Instituto Benjamin Constant, sendo estendido a rede privada de ensino superior e excluiu da sua incidência o curso de Medicina¹⁴ e atividades de caráter prático como estágios e laboratórios (LIMA, 2020).

Outro diploma relevante a ser citado é a Medida Provisória 934, de 01 de abril de 2020, que suspendeu a exigência de escolas e universidades de realizar a quantidade mínima de dias letivos estabelecidos na legislação¹⁵, sendo mantido a determinação de cumprimento da carga horária

¹⁴ Posteriormente, com a promulgação da Portaria 345, de 19 de março de 2020, as disciplinas teóricas do curso de Medicina puderam ser ministradas em formato remoto.

¹⁵ 200 dias.

mínima nos diferentes níveis educacionais¹⁶. O Parecer 05/2020 do Conselho Nacional de Educação (CNE), de 30 de abril de 2020, reconhecendo a autonomia federativa do Art. 211 da Constituição, reiterada pelo Art. 8º da LDB, repisou que a atribuição para estabelecer o calendário escolar é da instituição de ensino, observando a legislação educacional (CURY, 2020).

A Medida Provisória 934 foi convertida na Lei 14.040, em 18 de agosto de 2020, que estabelece as regras educacionais extraordinárias a serem observadas durante o estado de calamidade pública instalado em razão da pandemia. Segundo a Lei, cabe ao CNE elaborar as diretrizes gerais para a sua execução e que no caso dos estabelecimentos de ensino da educação infantil, os mesmos ficam desobrigados da exigência de atingir o mínimo de dias de trabalho educacional e do cumprimento da carga horária mínima anual (VILELA, 2020).

No âmbito do ensino fundamental e médio, fica afastado a necessidade do cumprimento dos 200 dias letivos, mas devem ofertar a carga horária mínima anual exigida legalmente. No ensino superior, a obrigatoriedade do número mínimo de dias letivos também foi dispensada, mantendo-se a carga horária prevista na grade curricular para cada curso e que não haja dano aos conteúdos relevantes para o exercício profissional (VILELA, 2020).

No ensino fundamental e médio, bem como no ensino superior, o mencionado diploma permitiu a realização de atividades pedagógicas não presenciais para fins de integralização da respectiva carga horária exigida. Possibilitou-se também a antecipação da conclusão de alguns cursos da área de saúde e de cursos de profissionalizantes de nível médio, que estejam relacionados ao combate à pandemia da Covid-19, desde que observados alguns requisitos (VILELA, 2020).

4 O ACESSO AO DIREITO EDUCACIONAL NO ÂMBITO DA UFRN DURANTE A PANDEMIA DO COVID-19 E A IMPLEMENTAÇÃO DO AUXÍLIO DE INCLUSÃO DIGITAL NO PLSE

Uma das primeiras medidas que a UFRN adotou diante do cenário instalado pela pandemia do COVID-19 foi permitir o ensino remoto para docentes e discentes que fizessem parte do chamado grupo de risco, permitindo também que os servidores que estivessem enquadrados

¹⁶ No caso do Ensino Básico é 800 horas, segundo dispõe o Art. 24, I da LDB.

também no grupo de risco pudessem realizar suas atividades através do regime de teletrabalho (G1RN, 2020a).

Isso se deu com a publicação, no dia 16 de março de 2020, da Portaria 445/2020-R, que deveria durar 60 dias. No dia 12 de março de 2020, a Secretaria de Estado de Saúde confirmou o primeiro caso de COVID-19 no Rio Grande do Norte. O documento permitiu, em caráter excepcional, o ensino remoto ou o regime de exercício domiciliar em componentes curriculares presenciais nas seguintes condições: que tenham docentes maiores de 60 anos ou gestantes ou lactantes ou com doenças crônicas impeditivas da atividade presencial, sendo estendido também aos discentes que estejam nas mesmas condições (G1RN, 2020a).

A portaria também trazia a recomendação que as bancas que tivessem membros externos fossem realizadas por videoconferência. Contudo, a portaria não ficou muito tempo em vigor, já que no dia posterior a sua publicação, foram suspensas, por tempo indefinido, todas as atividades acadêmicas e em todos os níveis de ensino e modalidades, com a edição da Portaria 452/2020-R (G1RN, 2020b).

Diferentemente da revogada Portaria 445, a Portaria 452 não possibilitou a realização das aulas remotas, suspendendo o calendário acadêmico de 2020, permitindo a realização de atividades de pesquisa e extensão que não gerassem a aglomeração de pessoas, observando as recomendações das autoridades sanitárias. Também foi autorizado que as bancas de trabalhos acadêmicos com avaliadores externos fossem feitas através de videoconferência, conforme dispõe o Art. 3º da Portaria 452.

A UFRN resolveu implementar um projeto piloto experimental, que consistiria em substituir as atividades presenciais que estavam paralisadas, pelo oferecimento de componentes curriculares no formato remoto, dando o nome de Período Letivo Suplementar Excepcional (PLSE), autorizado pela Resolução 023/2020 do Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (CONSEPE) de 01 de junho de 2020.

Inicialmente cabe destacar que a participação no PLSE foi de natureza facultativa tanto para docentes como para discentes, tendo sido registrado no Sistema Integrado de Gestão de Atividades Acadêmicas (SIGAA) como 2020.5 (SILVA, 2020). Observa-se, assim, que quem não optasse em aderir ao projeto, não seria penalizado, sendo uma forma de diminuir os danos que a pandemia trouxe, pois com a suspensão das atividades, os discentes vão atrasar a conclusão dos seus cursos

e caso sejam aprovados nas disciplinas cursadas no PLSE, a carga horária será contada, segundo o disposto no Art. 11 da Resolução 023/2020.

O PLSE iniciou suas atividades em 15 de junho de 2020 e foi encerrado no dia 29 de julho de 2020, tendo atingido o número de 19 mil estudantes matriculados, em aproximadamente mil turmas da graduação, podendo participar os discentes com status ativos ou formando e cursar uma carga horária máxima de 180 horas. Atualmente, a UFRN conta com 29 mil discentes de graduação, distribuídos em cinco campi localizados nas cidades de Natal, Macaíba, Santa Cruz, Caicó e Currais Novos (SILVA, 2020).

Um dos desafios para a viabilização do ensino remoto é dar acesso a equipamentos e infraestrutura que possibilitem o acompanhamento das aulas e a realização das atividades dos componentes curriculares, tentando evitar mais um tipo de exclusão em uma sociedade tão marcada pela desigualdade como a brasileira: os excluídos digitais.

Diante de um problema tão complexo, que demandaria uma política pública ampla e abrangente de inclusão digital para o seu enfrentamento, e levando em conta do caráter emergencial e excepcional do PLSE, foi disponibilizado pela UFRN o Auxílio de Inclusão Digital, nos moldes do Art. 22 da Resolução 023/2020.

A execução do referido programa ficou a cargo da Pró-reitora de Assuntos Estudantis (PROAE), que divulgou edital do processo seletivo simplificado para selecionar os contemplados no dia 05 de julho de 2020, tendo o valor de R\$ 150,00 pagos em única parcela e sua finalidade seria custear a contratação de pacotes de dados de internet para possibilitar o acompanhamento do ensino remoto. O público alvo do auxílio foram os discentes de graduação matriculados no PLSE, que se encontrassem em condição de vulnerabilidade socioeconômica e façam parte, como prioritários, do Cadastro Único da UFRN, o que daria aproximadamente 9.500 estudantes (ALMEIDA, 2020a).

O processo seletivo foi realizado em duas fases: a primeira foi destinada aos discentes em matriculados em componentes curriculares que formam turma no PLSE, já a segunda abarcou os alunos matriculados em atividades que não formam turma no PLSE e os inscritos nas matrículas extraordinárias, conforme disposto no Edital 003/2020.1 da PROAE. Na primeira etapa foram aceitos 1.020 pedidos para serem contemplados o Auxílio, enquanto a segunda etapa autorizou 180 solicitações. (ALMEIDA, 2020b).

As exigências para o recebimento do Auxílio de Inclusão Digital, podem ser encontradas no § 2º do Art. 22 da Resolução 023/2020¹⁷, que dispõe:

Para receber o Auxílio de Inclusão Digital, o discente:
I - enviará autodeclaração de que não tem acesso à internet para o acompanhamento das atividades;
II - Não poderá ultrapassar o limite de R\$ 900,00 (novecentos reais) estabelecido no Ofício Circular nº 16/2009 CGRE/DIPPES/SESU-MEC na soma dos benefícios;
III - não poderá ser morador de residência universitária com autorização de permanência durante o período da quarentena.

Os discentes da Pós-Graduação Stricto Sensu, que estivessem cursando componentes curriculares em formato remoto, também tiveram possibilidade de solicitar o Auxílio de Inclusão Digital, cujo processo seletivo foi regido pelo Edital 01/2020 da PROAE em conjunto com a Pró-reitora de Pós-Graduação (PPG). Os valores do Auxílio variavam de acordo com a duração do componente: R\$ 150,00 (duração de 4 à 6 semanas) ou R\$ 300,00 (duração de 7 à 9 semanas), sendo pago em parcela única e tendo a mesma finalidade do modelo adotado no âmbito da graduação, devendo observar alguns requisitos para poder ser contemplado (ALMEIDA, 2020c).

Também os alunos da modalidade de ensino EAD, puderam ser abrangidos pelo Auxílio de Inclusão Digital, regulado pelo Edital 06/2020 da SEDIS (Secretaria de Educação a Distância) e da PROAE, com formato bastante semelhante ao da graduação anteriormente descrito, tanto em relação a sua finalidade, quanto aos valores pagos, quanto aos requisitos para concessão, mudando basicamente o público-alvo (CÁSSIO, 2020).

Apesar do objeto do trabalho ser somente a experiência implementada durante o PLSE, a UFRN já aprovou através da Resolução 031/2020 do CONSEPE, o retorno do semestre 2020.1 em formato remoto. Além de manter o Auxílio de Inclusão Digital, foi criado um novo programa chamado Auxílio Instrumental e seu objeto é financiar a compra de aparelhos que possibilitem o acompanhamento das aulas remotas por parte dos discentes que preencherem as exigências (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE, 2020).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), realizou uma pesquisa nacional em 2018 que apresenta o seguinte resultado: um em cada quatro brasileiros não possuem conexão com à internet, que daria na época aproximadamente 46 Milhões de pessoas, havendo um claro

¹⁷ UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. Resolução 023/2020-CONSEPE, de 01 de junho de 2020. Disponível em: https://sigaa.ufrn.br/sigaa/public/curso/noticias_desc.jsf?lc=lc=fr_FR&id=2000023¬icia=141481993. Acesso em: 09 set. 2020.

descompasso entre zona urbana e zona rural, já que no primeiro caso, a falta de acesso atinge o percentual de 20,6%, enquanto no segundo esse valor salta para 53,5%. A maior motivação para as pessoas não usarem a internet se dá pela falta de conhecimento no seu uso (TOKARNIA, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou apresentar, mesmo que de forma breve e sucinta, como a UFRN buscou construir estratégias na tentativa de viabilizar o acesso à educação na instituição durante a pandemia do COVID-19. A crise proporcionada pelo Coronavírus nos traz a seguinte lição: a necessidade de atuação do poder público para seu enfrentamento, com políticas públicas que minimizem os prejuízos sociais causados pela doença e seus reflexos econômicos, culturais e educacionais.

O Brasil tem duas principais manchas na sua história como nação: ter sido um dos últimos países do mundo a abolir a escravidão, o que vai ter efeitos até hoje em dia com as atitudes racistas e a profunda desigualdade. Um dos grandes desafios para a área educacional, tão precarizada, é evitar o surgimento de um novo tipo de exclusão: a digital.

A UFRN desempenha um papel relevantíssimo não só à nível local, como também a nível regional e nacional, figurando constantemente na lista das melhores instituições de ensino superior do país. O que esse estudo pôde perceber, na opinião do seu autor, foi uma preocupação, sensibilidade e esforço do órgão para diminuir os danos aos seus discentes, docentes e corpo administrativo.

O PLSE foi um projeto piloto que a UFRN idealizou como uma forma de fazer um diagnóstico de como o ensino remoto poderia ser realizado, daí decorre o fato da participação no mesmo ter sido de natureza facultativa. O suporte proporcionado pelo Auxílio de Inclusão Digital foi uma medida importante para que o seu público-alvo tivesse a oportunidade de acompanhar as atividades, tanto que vai ser mantido até a disponibilização de pacotes de dados.

Também é importante registrar a iniciativa do Auxílio Instrumental para o retorno das aulas remotas e continuidade do semestre 2020.1. Esse suporte, como mencionado, já vai ter maior amplitude do que o Auxílio de Inclusão Digital, tendo esses projetos o difícil desafio de evitar a evasão escolar, em razão do aluno (a) não conseguir cumprir com as tarefas.

Desse modo, o que se pode concluir é que cada vez mais a tecnologias de informação e comunicação (TIC) são ferramentas centrais para o exercício da cidadania e que é necessário cada vez mais políticas públicas para ampliar o acesso a elas. É claro que num país onde muitas pessoas ainda passam fome, falar em inclusão digital chega a ser uma utopia e até pode soar uma falta de bom-senso quando comparados com questões mais vitais para o ser humano como alimentação, saúde, moradia, segurança, transporte.

Todavia é relevante que o gestor público tenha em mente que o direito à educacional, na era digital, não pode ficar atrelado unicamente a sala de aula que não se resume apenas ao ambiente físico da escola, mas também aos ambientes virtuais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Regulamento Sanitário Internacional**. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2009. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/375992/4011173/Regulamento+Sanit%C3%A1rio+Internacional.pdf/42356bf1-8b68-424f-b043-ffe0da5fb7e5>. Acesso em: 09 set. 2020.

ALMEIDA, Hellen. **Proae vai lançar edital com orientações sobre Auxílio de Inclusão Digital**. 2020a. Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/36482/proae-vai-lancar-edital-com-orientacoes-sobre-auxilio-de-inclusao-digital>. Acesso em: 04 set. 2020.

ALMEIDA, Hellen. **Proae publica resultado parcial da 2ª etapa do Auxílio de Inclusão Digital**. 2020b. Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/37069/proae-publica-resultado-parcial-da-2a-etapa-do-auxilio-de-inclusao-digital>. Acesso em: 04 set. 2020.

ALMEIDA, Hellen. **UFRN divulga edital do Auxílio de Inclusão Digital para pós-graduação**. 2020c. Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/36879/ufrn-divulga-edital-do-auxilio-de-inclusao-digital-para-pos-graduacao>. Acesso em: 04 set. 2020.

ARRUDA, Eduardo Pimenta. **EDUCAÇÃO REMOTA EMERGENCIAL: elementos para políticas públicas na educação brasileira em tempos de Covid-19. EmRede - Revista de Educação a Distância**, v. 7, n. 1, p. 257-275, 15 maio 2020. Disponível em: <https://www.aunired.org.br/revista/index.php/emrede/article/view/621>. Acesso em: 09 set. 2020.

BASILIO, Dione Ribeiro. **Direito à educação: um direito essencial ao exercício da cidadania. Sua proteção à luz da teoria dos direitos fundamentais e da Constituição Federal brasileira de 1988**. 2009. Dissertação (Mestrado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-02122009-152046/pt-br.php>. Acesso em: 03 set. 2020.

BERG, Juliana; VESTENA, Carla Luciane Blum; COSTA-LOBO, Cristina. Criatividade e Autonomia em Tempo de Pandemia: Ensaio Teórico a partir da Pedagogia Social. **Revista Internacional de Educación para la Justicia Social**, v. 9, n. 3, 19 maio 2020. Disponível em: <https://revistas.uam.es/riejs/article/view/12180>. Acesso em: 09 set. 2020.

BERG, Juliana *et al.* Pandemia 2020 e Educação. **Revista Brasileira de Educação Ambiental (RevBEA)**, v. 15, n. 4, p. 470-487, 3 ago. 2020. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/10855>. Acesso em: 09 set. 2020.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. A educação. Direito fundamental. In: Ranieri, Nina Beatriz Stocco. **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 19-39.

CÁSSIO, Bruno. **Sedis lança edital para Auxílio de Inclusão Digital a estudantes da EaD**. 2020. Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/36791/sedis-lanca-edital-para-auxilio-de-inclusao-digital-a-estudantes-da-ead>. Acesso em: 04 set. 2020.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação Escolar e Pandemia. **Pedagogia em Ação**, Belo Horizonte, v.13, n. 1, p. 8-16. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/23749>. Acesso em: 09 set. 2020.

DIAS, Érika; PINTO, Fátima Cunha Ferreira. A Educação e a Covid-19. **Ensaio: aval.pol.públ.Educ.** Rio de Janeiro, v. 28, n. 108, p. 545-554, set. 2020. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362020000300545&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 09 set. 2020.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOMÍNGUEZ, NUÑO. **Como o coronavírus se compara com a gripe? Os números dizem que ele é pior**. 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2020-03-03/como-o-coronavirus-se-compara-com-a-gripe-os-numeros-dizem-que-ele-e-pior.html>. Acesso em: 09 set. 2020.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302007000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 set. 2020.

G1. A cada dez alunos, dois estão sem qualquer oferta de atividade escolar durante a pandemia, aponta levantamento. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2020/07/21/a-cada-dez-alunos-dois-estao-sem-qualquer-oferta-de-atividade-escolar-durante-a-pandemia-aponta-levantamento.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

G1RN. **Coronavírus: UFRN autoriza ensino à distância para alunos e professores em grupo de risco.** 2020a. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/03/16/coronavirus-ufrn-autoriza-ensino-a-distancia-para-alunos-e-professores-em-grupo-de-risco.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

G1RN. **UFRN suspende aulas presenciais por tempo indeterminado para conter avanço do coronavírus.** 2020b. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/03/17/ufrn-suspende-aulas-presenciais-por-tempo-indeterminado-para-conter-avanco-do-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 04 set. 2020.

LIBÂNEO, José Carlos. **Didática.** São Paulo: Cortez, 1994.

LIMA, Larissa. **MEC autoriza ensino a distância em cursos presenciais.** 2020. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/busca-geral/12-noticias/acoes-programas-e-projetos-637152388/86441-mec-autoriza-ensino-a-distancia-em-cursos-presenciais>. Acesso em: 09 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MUÑOZ, Rafael. **A experiência internacional com os impactos da COVID-19 na educação.** 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/artigo-a-experiencia-internacional-com-os-impactos-da-covid-19-na-educacao/>. Acesso em: 09 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICA DE SAÚDE. Organização Mundial de Saúde. COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). **Folha Informativa**, 6 abr. 2020. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875. Acesso em: 4 set. 2020.

RAMOS, Rogério de Araújo. **Dicionário Didático de Língua Portuguesa.** 2. ed. São Paulo: Edições SM, 2011.

SENADO FEDERAL. **Direitos Humanos: atos internacionais e normas correlatas.** 4. ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2013.

SENADO FEDERAL. **Educação básica: coletânea de legislação.** 2. ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

SILVA, Williane. **UFRN inicia atividades do Período Letivo Suplementar Excepcional.** 2020. Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/36797/ufrn-inicia-atividades-do-periodo-letivo-suplementar-excepcional>. Acesso em: 04 set. 2020.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.771-788.

TOKARNIA, Mariana. **Um em cada 4 brasileiros não tem acesso à internet, mostra pesquisa.** 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-04/um-em-cada-quatro-brasileiros-nao-tem-acesso-internet>. Acesso em: 09 set. 2020.

TORRES, Saulo de Medeiros. Considerações gerais sobre o exercício do controle de convencionalidade. In: ASENSI, Felipe Dutra *et al* (org.). **Interfaces entre Instituições e Estado.** Rio de Janeiro: Multifoco, 2019. p. 438-450.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **UFRN aprova auxílio estudantil para aquisição de equipamento de TI.** Disponível em: <https://ufrn.br/imprensa/noticias/37986/ufrn-aprova-auxilio-estudantil-para-aquisicao-de-equipamento-de-ti>. Acesso em: 04 set. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE. **Resolução 023/2020-CONSEPE, de 01 de junho de 2020.** Disponível em: https://sigaa.ufrn.br/sigaa/public/curso/noticias_desc.jsf?lc=lc=fr_FR&id=2000023¬icia=141481993. Acesso em: 09 set. 2020.

VILELA, Pedro Rafael. **Com vetos, Bolsonaro sanciona MP que flexibiliza ano letivo.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-08/com-vetos-bolsonaro-sanciona-mp-que-flexibiliza-ano-letivo>. Acesso em: 09 set. 2020.

ACCESS TO THE RIGHT TO EDUCATION IN CORONAVIRUS TIMES: THE EXPERIENCE OF THE FEDERAL UNIVERSITY OF RIO GRANDE DO NORTE IN THE IMPLEMENTATION OF THE EXCEPTIONAL SUPPLEMENTARY LEARNING PERIOD

ABSTRACT

The present work deals with the theme of the effects of the pandemic of COVID-19 in the educational scope. The issue of access to the right to education is analyzed, focusing on the experience of the Federal University of Rio Grande do Norte in the implementation of the Exceptional Supplementary Academic Period and the availability of Digital Inclusion Aid during the semester 2020.5. The starting point of the present study is to make a brief reflection on the losses that students can suffer in their learning and to report the attempts of solutions elaborated in the scope of the researched institution aiming to guarantee the social function of education, highlighting the relevance of this fundamental right for the affirmation of citizenship.

Keywords: Education. Pandemic. Challenges.

*Francisco Camargo Alves Lopes Filho*¹⁸

*Thiago Oliveira Moreira*¹⁹

RESUMO

Busca-se, com o presente trabalho, investigar se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte vem aplicando a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, pretende-se verificar o papel que esse tratado apresenta nos votos condutores dos acórdãos proferidos pelos órgãos do TJRN: é aplicado para fundamentá-los ou funciona tão somente como fundamento lateral? Para tanto, analisar-se-á a relação entre as ordens jurídicas internacional e nacional na teoria e na realidade brasileira e, em seguida, desenvolver-se-á um estudo empírico acerca da aplicação CADH, classificando seu uso em *ratio decidendi* ou *obiter dictum*. Empregaram-se análises quantitativa e qualitativa, mediante critérios previamente estabelecidos, sobre os acórdãos obtidos a partir da inserção de termos de pesquisa no mecanismo de busca de jurisprudência da página oficial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Palavras-chave: Convenção Americana de Direitos Humanos. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Aplicação. Juiz nacional.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, os tratados internacionais de direitos humanos gozam de valor normativo equivalente às emendas constitucionais ou de *status* supralegal (esse último o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos), dependendo do procedimento observado por ocasião da manifestação congressual, devendo ser observado pelos juízes e tribunais nacionais, como é o caso

¹⁸ Mestrando, especialista e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Assessor jurídico do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MPRN). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5158771181145477>. E-mail: camargoa@live.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0931-3401>.

¹⁹ Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Doutor em Direito pela Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN e pela UPV/EHU. Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-Doutorando em Direito pela Universidad Externado de Colombia. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8030681636075210>. E-mail: thiagoliveiramoreira1981@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>.

do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Assim, indaga-se: o TJRN aplica a Convenção Americana de Direitos Humanos?

Nesse sentido, o objetivo geral desta produção é demonstrar o modo como o emprego da CADH tem se dado no julgamento dos casos levados à apreciação do TJRN, no escopo de verificar se tem efetivamente servido como *ratio decidendi* ou se é utilizada apenas como reforço argumentativo e instrumento de erudição.

Especificamente, pretende-se analisar o regime dos tratados internacionais de direitos humanos a partir das disposições constitucionais e da jurisprudência do STF sobre sua incorporação, competência jurisdicional para sua aplicação e seu valor normativo, bem como da abertura da CF ao direito internacional e da possibilidade de adesão, pelo Estado brasileiro, à jurisdição de tribunais internacionais. Concluindo a abordagem teórica, busca-se evidenciar os principais aspectos da CADH, especialmente contexto de adoção, teor e mecanismos de garantia de sua aplicação.

Na segunda parte, pretende-se investigar qualitativamente o emprego de referido tratado pelo TJRN. Admitir-se-ão apenas processos julgados por órgão colegiado a partir do voto condutor da maioria (voto-vista e voto-vencido não serão analisados). Selecionar-se-ão os acórdãos exibidos entre 30.3.2020 e 4.4.2020 pelo sistema e-SAJ (<http://esaj.tjrn.jus.br/cjosg/>)²⁰, mediante inserção, no campo “inteiro teor”, das expressões “convenção americana direitos humanos” e “pacto san jose costa rica”²¹. Após a reunião das decisões fornecidas pela ferramenta oficial do Tribunal, serão excluídos os acórdãos que eventualmente tenham sido indicados na busca por engano (que não se valem CADH em suas fundamentações).

Organizados os dados coletados e que servirão de uso no estudo, pretende-se verificar o papel da Convenção na fundamentação do voto condutor do acórdão a partir dos seguintes critérios: (i) uso da Convenção como *ratio decidendi*, *obter dictum* ou, indiretamente, de outra forma; (ii)

²⁰ Não se optou pela análise dos processos virtuais (cadastrados na plataforma PJe) em virtude da inexistência de um mecanismo de busca eficiente no referido sistema. O mecanismo hospedado no endereço eletrônico <https://jurisprudencia.tjrn.jus.br/>, criado para consultas à jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em processos eletrônicos, apresenta falhas nas buscas feitas por usuários do sistema, talvez porque não seja vinculado diretamente à plataforma de Processo Judicial Eletrônico – Pje e porque ainda é uma ferramenta nova, diferentemente do e-SAJ, em operação há mais tempo.

²¹ Os acórdãos que forem exibidos como resultados da segunda busca e que já tiverem sido analisados por ocasião da primeira não serão examinados novamente e foram retirados imediatamente da listagem de processos utilizada no presente trabalho

concorrência de outra norma para sua fundamentação (iii) menção a algum dispositivo específico da Convenção; e (iv) referência à jurisprudência da Corte IDH.

2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Preocupado com eventual rigidez do catálogo desses direitos e possivelmente atento ao processo de universalização da tutela dos direitos humanos, cenário sobre o qual a sociedade internacional tem dedicado cada vez mais atenção, o constituinte adotou dispositivo segundo o qual o rol do art. 5º não excluiria direitos decorrentes, dentre outras fontes, dos tratados internacionais aprovados e ratificados pelo Brasil (art. 5º, § 2º). Por meio dessa cláusula de abertura²², adotou-se princípio cujo teor se traduz na “ampliação da abrangência da normatividade constitucional pela sua potencialização, chamando para seu universo os direitos contidos nos acordos internacionais” (PEREGRINO FERREIRA; MEZZARROBA, 2018, p. 157).

Nesse contexto, a temática do diálogo entre tribunais²³ ingressou no cenário brasileiro a partir do estudo da hierarquia dos tratados internacionais, alterando, dessa forma, a consciência jurídica nacional quanto à normatividade dos tratados internacionais de direitos humanos e ressaltando a abertura constitucional advinda com a Constituição de 1988, notadamente em virtude de seus artigos 4º e 5º, § 2º (CONCI; GERBER, 2016, p. 236-237).

Dessa forma, cumpre o direito constitucional internacional o papel de fazer dialogar as normas de direito internacional com as de direito interno, por meio do estabelecimento de um sistema de incorporação, militando em favor da universalização da tutela dos direitos humanos (BONIFÁCIO, 2008, p. 181).

²² Para um estudo sobre a cláusula de abertura ao direito internacional, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle**. In.: MENEZES, Wagner (Org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 40 – 59.

²³ Para um estudo sobre o tema, *vide*: MOREIRA, Thiago Oliveira. **O necessário diálogo interjurisdicional entre a jurisdição brasileira e a interamericana**. In: *Tribunais internacionais e a relação entre direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 478-495.

2.1 O regime dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição Federal e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O processo de incorporação de tratados internacionais, segundo a dinâmica adotada pela Constituição Federal, envolve o Presidente da República no momento de assinatura do tratado no plano internacional (art. 84, VIII, CF), ato que, depois de feito, enseja o envio de uma Mensagem ao Congresso Nacional, para que se manifestem, por meio de decreto legislativo, em caráter definitivo (art. 49, I, CF), autorizando o Chefe do Executivo a ratificar o instrumento, providência que, depois de realizada, demanda a edição de um decreto de promulgação, para que passe a produzir efeitos jurídicos no plano interno (MOREIRA, 2015, p. 156). É, pois, uma condição interna de eficácia do tratado, exigida no escopo de tornar pública sua aptidão a produzir efeitos no plano interno (BONIFÁCIO, 2008, p. 185-186).

Parcela da doutrina defende que o art. 5º, § 2º, CF, representa uma cláusula aberta de recepção de novos direitos fundamentais – instituídos enquanto direitos humanos no plano internacional –, de modo que as normas admitidas por tal dispositivo, além de gozarem de aplicação imediata, nos termos do art. 5º, § 1º, CF, ostentariam o grau de normas constitucionais²⁴. O STF, contudo, não chancelou tal entendimento, de maneira que, com o advento da EC nº 45 de 2004, tais tratados podem ostentar duas posições diferentes na estrutura normativa interna: *status* de emendas constitucionais ou caráter supralegal.

O primeiro diz respeito às normas incorporadas ao ordenamento pátrio por meio do procedimento previsto no art. 5º, § 3º da Constituição. Nesse caso, a jurisprudência do STF²⁵ reconhece seu caráter formalmente constitucional, inclusive compondo o bloco de constitucionalidade. Contudo, os tratados internacionais de direitos humanos que não forem recepcionados por esse procedimento qualificado, gozam, desde 2008, por ocasião do julgamento da possibilidade da prisão civil do depositário infiel à luz da CADH, de *status* supralegal, isso é, encontra-se acima da legislação ordinária, mas abaixo da CF.

Destaque-se, ainda, que tais normas vinculam todos os juízes nacionais, que devem observá-las em seus julgamentos, considerando que integram o ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, criam direitos para os indivíduos que podem sempre acionar o Poder Judiciário para

²⁴ Nesse sentido, cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 52.

²⁵ Vide ADI nº 5.357/DF, j. 9.6.2016, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 11.11.2016.

garanti-los, conforme dispõe o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto como direito fundamental no art. 5º, XXXV da CF, inclusive mediante controle de convencionalidade (MAZZUOLI; BICHARA, 2017, p. 33).

Esse mecanismo de garantia de aplicação das normas convencionais de direitos humanos serve “como uma ferramenta que permite aos juízes contrastar as normas gerais internas diante das normas do sistema convencional internacional (tratados internacionais)”, notadamente na realidade jurídica de Estados que insistem em condicionar sua aplicação à observância de disposições internas (CHAVES, 2018, p. 212-213), criando uma exigência de dupla conformidade: à Constituição e a tais tratados.

O relacionamento do Judiciário brasileiro com a Corte IDH²⁶, entretanto, demanda um diálogo crítico e necessário no contexto de busca do direito que melhor proteja os direitos humanos exige reciprocidade para que se possa, eventualmente, aplicar o direito previsto no âmbito doméstico, ainda que haja precedentes da Corte IDH ou de outros tratados internacionais (CONCI; GERBER, 2016, p. 241).

2.2 A incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico brasileiro

Os sistemas regionais são marcados pelo atributo de jurisdição dos seus órgãos de proteção, constituindo tribunais internacionais de direitos humanos, cuja missão é tutelar os direitos inerentes na condição de seres humanos aos indivíduos sujeitos à sua jurisdição, “inclusive vis-à-vis seu próprio Estado” (CANÇADO TRINDADE, 2013, p. 25-27). Nesse sentido, constata-se que os sistemas regionais de proteção traduzem a existência de um “esforço transnacional para a criação de um *corpus juris* comum como piso mínimo de proteção aos Direitos Humanos” (PEREGRINO FERREIRA; MEZZARROBA, 2018, p. 168).

No plano do sistema interamericano, a CADH é o seu instrumento central, tendo previsto um aparato de monitoramento e implementação de suas disposições composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH (PIOVESAN, 2006, p. 227-230), essa última agindo como “*último intérprete del Pacto de San José; de forma que la jurisprudencia que emite*

²⁶ Destaque-se que o art. 7º do ADCT garante assento constitucional à Corte IDH, instituída pela CADH, incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto nº 678/92.

proyecta el contenido concreto de las disposiciones de dicho instrumento internacional” (GARCIA, 2013, p. 97-98).

À CIDH, compete a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, podendo, para tanto, dentre outras diligências, formular recomendações e solicitar informações aos Estados, preparar estudos e relatórios e receber as petições de violações aos direitos humanos, nos termos dos artigos 41 e 44 da Convenção (CARREAU; BICHARA, 2016, p. 542-543).

Por sua vez, o papel da Corte envolve uma competência consultiva (art. 64) e outra contenciosa (art. 63): a primeira envolve a possibilidade de formular respostas a consultas sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados de direitos humanos firmados no âmbito da OEA; já a segunda compreende a análise de violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção, competências que somente podem ser exercida pela Comissão ou por Estados-partes (artigo 61(1)), cuja admissibilidade dependerá do prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna (art. 46(1)(a)) (CARREAU; BICHARA, 2016, p. 544-545).

Nesse contexto, impende consignar que a jurisprudência da Corte IDH, enquanto interpretação autêntica da CADH, compõe o próprio bloco de convencionalidade para fins de sua aplicação, devendo ser observada no processo de busca do conteúdo normativo do direito fundamental em análise (PEREGRINO FERREIRA; MEZZARROBA, 2018, p. 164).

A questão da jurisprudência internacional como fonte do direito internacional (em detrimento do disposto no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça) deve ser acatada, aceitando a ressalva de que “a distinta procedimentalidade na formação dessa fonte jurisprudencial não lhe retira a mesma natureza das demais, enquanto elemento de “trabalho” do Direito” (CHAVES, 2018, p. 209).

Dessa forma, vale destacar que não apenas a jurisprudência da Corte IDH em caso envolvendo o Estado brasileiro (coisa julgada), mas também a interpretação da CADH feita pela Corte IDH em casos nos quais o Brasil não foi demandado (coisa interpretada) sujeita os juízes nacionais a levá-la em consideração²⁷, considerando que goza de força normativa do próprio

²⁷ Vinculando-se-lhe por subordinação ou não, dependendo da perspectiva adotada: hierárquica ou heterárquica. Sobre o tema, cf. LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Limites du paradigme hiérarchique dans l’incorporation du Statut de Rome dans les expériences française et brésilienne**. In: 18º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2020, Campo Grande. *Direito Internacional em Expansão*, v. 20. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2020, p. 36-55.

instrumento internacional, vinculando todos os Estados membros da Convenção (GARCÍA, 2013, p. 96).

Isso porque, considerando a adoção de uma perspectiva hierárquica, quando determinado tratado prevê a existência de uma instância jurisdicional encarregada de sua interpretação, a conformidade a que está sujeito mesmo o tribunal de cúpula de um Estado abrange também “*las decisiones de aquel órgano; en tales casos, el contenido de los derechos presentes en el texto internacional no resulta ya de la intervención de aquel Tribunal, sino de la del respectivo órgano de garantía*” (ARNAIZ, 2011, p. 34).

Assim, no que diz respeito à tomada em consideração das decisões da Corte IDH no julgamento de casos que não envolveram o Estado brasileiro, deve-se ter em mente a necessidade de retomar “a ideia do diálogo e da relação entre o direito interno e internacional na construção dos direitos humanos, em uma articulação promotora de seu enriquecimento pela assimilação mútua de conteúdos” (PEREGRINO FERREIRA; MEZZAROBBA, 2018, 162). Tal aplicação é, inclusive, requerida por ocasião do controle de convencionalidade a ser exercido pelos juízes nacionais no exercício da jurisdição interamericana, considerando que lhes compete primariamente a aplicação da CADH²⁸.

Indo mais além, a adoção de um paradigma heterárquico (como o transconstitucionalismo, por exemplo) enseja, ainda, uma postura de aprendizado, superando a simples tolerância das ordens entre si (SILVA; SILVA, 2017, p. 176), diante da crescente interação existente entre elas.

3 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

A doutrina de Arcaro Conci e Konstantin Gerber (2016, p. 233-277) e a de Vicki C. Jackson (2005, p. 109-128), ao tratarem do diálogo constitucional entre tribunais, restringem o tema a uma análise envolvendo tribunais internacionais e cortes constitucionais/supremas cortes estatais, não

²⁸ “A título de conclusões parciais, pode-se perceber que, de acordo com a construção pretoriana da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o exercício do controle de convencionalidade incumbe primariamente aos próprios juízes nacionais e, de forma subsidiária, às instâncias de controle supranacional” (BASTOS JUNIOR; SANTOS, 2015, p. 243).

o fazendo em relação aos demais tribunais nacionais. Tão restrição, contudo, não impede sua aplicação no âmbito do TJRN, campo de pesquisa do presente estudo.

Em síntese, os primeiros autores indicam a existência, além das situações nas quais os tribunais constitucionais não dialogam com seus congêneres, de três grupos quanto à abertura (interação) ao direito internacional: os tribunais abertos ao diálogo (enxergam a jurisprudência internacional e estrangeira como elementos a serem considerados no processo decisório), os tribunais medianamente dialogantes (reconhecem a importância da jurisprudência internacional e estrangeira, mas não costumam empregar-la em suas decisões, e aqueles que compreendem a jurisprudência alheia como material de pouca importância) e, por último, os tribunais reticentes ao diálogo (cujo posicionamento se dá de forma “receosa quanto aos impactos dessa jurisprudência em seus julgados, de forma a não terem-na como elementos importantes no processo de legitimação de suas decisões”) (CONCI; GERBER, 2016, p. 235-236).

Quanto à forma do diálogo, sua classificação engloba a subserviência (quando um tribunal adota a jurisprudência alheia como orientadora da sua, sem possibilidade de contestação de seu teor, vinculando-se-lhe), interação aberta (quando os tribunais “trocaram experiência no tempo, observando o fazer um do outro, o modo como vem tratando de temas que são objeto de suas decisões para construir um processo de fundamentação em rede”, e a bricolagem (quando a citação de outros tribunais se dá desprovida de “qualquer adaptação ou desenvolvimento de argumentos, são meras referências que operam no campo numérico [...] mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais do que se pretende decidir”) (CONCI; GERBER, 2016, p. 236).

Já a autora americana elabora seu raciocínio a partir da abertura das constituições estatais (a partir de seus órgãos com atribuições constitucionais) e o direito transnacional²⁹. Nesse sentido, as relações entre constituições domésticas e as fontes do direito transnacional podem assumir três formas: um modelo de convergência, pelo qual há uma tentativa de convergir com o direito das outras nações; uma atitude de resistência, isso é, resistindo às influências externas; e, finalmente, um modelo de engajamento, que permite ser informado, embora não controlado, pelas considerações de outros sistemas legais e pelas questões por eles postas no momento de interpretação da própria constituição (JACKSON, 2005, p. 112).

A conclusão a que chegaram Valério Mazzuoli e Jahyr-Philippe Bichara (2017, p. 118-119) quanto à aplicação do direito internacional dos direitos humanos foi positiva, isso é, ele vem sendo

²⁹ Nesse caso, o termo envolve o direito dos outros Estados e o direito internacional.

empregado pelos juízes brasileiros (notadamente, mas não só, a CADH), de modo especial desde a entrada em vigor da EC nº 45/2004. Já Marcelo Ramos Peregrino Ferreira e Orides Mezzaroba (2018, p. 160) concluíram que, não obstante a definição jurisprudencial fixada pelo STF em 2008, “a eficácia desses instrumentos de proteção tem sido rarefeita e localizada, em especial, junto ao Supremo Tribunal Federal”.

Resta, então, verificar se o TJRN se encontra no meio dos órgãos jurisdicionais que aplica o direito internacional dos direitos humanos. A parte empírica da presente pesquisa, a seguir, busca identificar o perfil do Tribunal no que diz respeito à abertura à CADH e ao diálogo com a Corte IDH.

3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

A busca para o primeiro conjunto de termos (“convenção americana direitos humanos” resultou em 78 (setenta e oito resultados). Para o segundo (“pacto san José Costa Rica”), foram exibidos 31 (trinta e um) resultados, dos quais 20 (vinte) já haviam sido listados na primeira busca. Assim, a análise continuou com apenas 11 (onze). De acordo com a data de julgamento, o acórdão mais antigo analisado (Apelação Cível nº 2007.006098-0) data de 22.11.2007, enquanto que o mais recente (Apelação Criminal nº 2020.000330-7) data de 11.2.2020.

3.1.1 Aplicação da Convenção como *ratio decidendi*

Em 20 de setembro de 2016, a Câmara Criminal do TJRN julgou o RESE nº 2016.001392-7, interposto pela defesa e pela acusação. Considerando que a Convenção somente foi objeto da insurgência do MP, apenas suas razões serão analisadas. No caso, aduziu o *Parquet* que o magistrado de primeira instância, ao utilizar a CADH como fundamento para adotar medidas cautelares diversas da prisão, tê-la-ia interpretado de forma equivocada. Em seu voto, o relator afirmou que a exegese do artigo 8º da CADH feita pelo magistrado *a quo* estava correta, embora não tenha citado, para chegar a tal conclusão, jurisprudência da Corte IDH. Limitou-se a expor que o próprio art. 316 do CPP admite a revisão da prisão preventiva, notadamente quando não subsistirem motivos para a sua manutenção.

No julgamento da Apelação Criminal nº 2014.022563-6, em 27 de janeiro de 2015, a Câmara Criminal do TJRN analisou, dentre outros temas, questão envolvendo o uso de outros processos criminais pelos quais o réu responde como forma de configurar uma personalidade voltada para o crime. Na oportunidade, a relatora, acerca de tal possibilidade, apresentou voto pela violação do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (art. 1º, XI), na CADH e na CF (art. 5º, LVII). Considerando que o uso dos três dispositivos se deu de modo único e sem qualquer indicativo de escalonamento, optou-se por inserir o acórdão em análise na categoria de que empregou a Convenção como *ratio decidendi*.

Em 7 de maio de 2013, por ocasião do julgamento do HC nº 2013.005920-9, a Câmara Criminal do TJRN analisou pedido de soltura fundado em alegado excesso de prazo para a formação de culpa, para o qual o réu não concorreu, segundo suas razões. Em seu voto, o relator citou o art. 7º (5) e (6) da CADH e o art. 5º, LV e LXXVIII da CF para defender a excepcionalidade da prisão processual, que não pode servir para fins de antecipação da pena, conforme determina o princípio do devido processo legal. Como houve o emprego simultâneo da Constituição e da Convenção, optou-se por inserir o julgado na categoria de uso da CADH como *ratio decidendi*. Também houve da jurisprudência do próprio TJRN e do STJ para fundamentar o voto. Em igual sentido: HC nº 2011.004870-5 (j. 17.5.2011, Câmara Criminal).

Por ocasião do julgamento do HC nº 2010.003344-0, em 6 de maio de 2010, a Terceira Câmara Cível apreciou pedido de soltura formulado por depositário infiel, ao argumento de que tal modalidade de prisão civil não mais subsistia no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do Enunciado nº 25 da Súmula Vinculante do STF. O relator foi pela concessão da ordem e seu voto foi fundado no art. 7º da CADH, cuja aplicação e incorporação encontra amparo nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 5º da CF, ao fundamento de que o ordenamento jurídico brasileiro somente admite a prisão civil nos casos de devedor de alimento. A título de complementação, citou acórdão do STF, acostou ementas de acórdãos do TJRN e mencionou do Enunciado nº 25 da Súmula Vinculante do STF. Em igual sentido: HC nº 2009.011104-9 (j. 15.12.2009, Terceira Câmara Cível), ainda que não tenha havido menção ao Enunciado nº 25 da Súmula Vinculante do STF.

Em 5 de setembro de 2008, a Terceira Câmara Cível do TJRN, por ocasião do julgamento do HC nº 2008.007226-3, apreciou o tema da prisão civil do depositário infiel. Em seu voto, a relatora consignou que originalmente, a interpretação conferida ao art. 7º (7) da CADH (e art. 11

do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos) pelo STF excluía do seu âmbito de proteção o depositário judicial infiel. Contudo, a tendência observada no julgamento do RE nº 466.343/SP ensejou a alteração dessa exegese, de modo a alcançar também o depósito necessário, à qual aderiu a relatora.

No julgamento do HC nº 2008.003109-2, em 29 de maio de 2008, a Primeira Câmara Cível analisou pedido de concessão de liberdade ao paciente, que teve sua prisão civil decretada pelo magistrado *a quo* em ação monitória. O relator apresentou voto no qual, diante da divergência jurisprudencial entre as duas Turmas do STF e do julgamento do RE nº 466.343/SP pelo Plenário do STF, constrói detalhadamente seu posicionamento acerca da incorporação e do valor da CADH ao ordenamento jurídico pátrio. Na oportunidade, o relator expõe que comunga da doutrina segundo a qual a Convenção foi recepcionada com *status* constitucional, com base no art. 1º, III c/c art. 5º, § 2º, ambos da CF. Dessa forma, entende que sua recepção no direito brasileiro impede a prisão civil do depositário infiel.

3.1.2 Aplicação da Convenção como *obiter dictum*

No julgamento do HC nº 2015.018601-4, em 29 de março de 2016, a Câmara Criminal do TJRN apreciou pedido de soltura formulado em favor de paciente que teve negado o direito de participar presencialmente da audiência de instrução designada no curso da ação penal à qual respondia. Outros réus do mesmo processo detidos em comarcas diversas daquela na qual tramitou o feito tiveram a oportunidade de participar do ato, menos o paciente. Em seu voto, o relator alegou que a ausência do réu à audiência de instrução viola o disposto no art. 399, § 1º, CPP, que traduz o direito constitucional de o acusado participar de todos os atos processuais, garantia assegurada também pelo art. 14(3)(d) do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e art. 8º(2)(d) e (f) da CADH. Houve, ainda, transcrição de emenda de acórdão do STF acerca da matéria, no qual o relator, Min. Celso de Mello, fundamenta seu voto, dentre outros dispositivos, na CADH.

Em 10 de novembro de 2015, a Câmara Criminal julgou o HC nº 2015.016422-1, no qual a ré-paciente se insurgia contra despacho da 9ª Vara Criminal da comarca de Natal que designou audiência de instrução nos autos da ação penal a qual responde após sua citação por edital, sem que houvesse seu comparecimento ao processo, em violação ao art. 366 do CPP, com redação dada pela Lei nº 9.271/96. Em seu voto, o relator empregou o art. 8º(2)(b) da CADH como suposta causa

de alteração da redação originária do art. 366 do CPP pelo legislador. Verifica-se que houve aplicação da CADH como fonte subsidiária, mas o fundamento principal foi o dispositivo do CPP. O acórdão foi pela concessão da ordem, com declaração de nulidade do despacho que ordenou a produção de provas). Situação idêntica se verifica nos autos do HC nº 2015.016421-4 (j. 10.11.2015, Câmara Criminal).

No julgamento do HC nº 2012.014662-6, ocorrido em 23 de outubro de 2012, a Câmara Criminal do TJRN apreciou pedido de concessão de ordem para que o paciente permanecesse custodiado em centro de detenção provisória, ainda que condenado definitivamente por sentença penal condenatória transitada em julgado. A relatora votou pela concessão parcial da ordem, mantendo o paciente no centro provisório em que se encontra até que surja vaga em estabelecimento adequado próximo do domicílio do réu-paciente. Na oportunidade, a Convenção foi utilizada como fundamento lateral, tendo em vista que seu emprego se deu para demonstrar que o art. 84 da Lei de Execução Penal que prevê a segregação entre presos provisórios e definitivos, está em consonância com o direito internacional, notadamente o art. 5º da CADH.

Em 28 de fevereiro de 2012, por ocasião do julgamento do HC nº 2012.001382-2, a Câmara Criminal apreciou pedido de concessão da ordem para soltura de réu que aguardava por mais de 2 (dois) anos, desde a decisão de pronúncia, o julgamento pelo Tribunal do Júri. Na oportunidade, o relator afastou a aplicação do Enunciado nº 21 da Súmula do STJ ao fundamento de que as circunstâncias presentes nos autos são extremas, violando, dessa forma, o direito ao devido processo legal, de onde se extrai a garantia à razoável duração do processo, nos termos do art. 5º, XXXV da CF. Em seguida, citou o art. 7ª da CADH, que prevê garantia semelhante. O curioso é que o relator empresou à CADH força de lei ordinária, quando deveria ter concedido eficácia supralegal, considerando o seu tema (direitos humanos), nos termos do julgamento do RE nº 466.343/SP, que elevou o valor normativo dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo procedimento simples à supralegalidade.

No julgamento da Apelação Criminal nº 2009.010613-4, a Câmara Criminal do TJRN apreciou preliminar de nulidade suscitada pelo réu-apelante que alegada a nulidade do processo por inobservância à regra de identidade física do juiz, contida no art. 399, § 2º, CPP. O relator votou pela rejeição da preliminar com base na garantia da duração razoável do processo, prevista no art. 5º, LXXVIII da CF, bem como na CADH, sem que tenha sido indicado qual o dispositivo que contém tal previsão.

Em 21 de julho de 2009, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2009.002991-1, a Segunda Câmara Cível do TJRN apreciou o tema da possibilidade de prisão civil do depositário infiel decorrente da conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito. Na oportunidade, o relator manifestou-se pela impossibilidade de decretação de tal prisão, tendo fundamentado seu voto na distinção existente entre o contrato clássico e tradicional de depósito, que enseja a aplicação da medida da prisão civil prevista no art. 5º, LXVII da Constituição, e o contrato de financiamento com cláusula de alienação fiduciária em garantia, que, não sendo um típico contrato de depósito, não admitiria a prisão civil. Em seguida, destacou que a CADH somente acata o inadimplemento de obrigação liminar como causa legitimadora da prisão civil, como forma de tornar ainda mais evidente a excepcionalidade da medida e a necessidade de se emprestar interpretação restritiva ao dispositivo constitucional. Em igual aplicação da Convenção: HC nº 2008.004627-5 (j. 22.7.2008, Segunda Câmara Cível), Apelação Cível nº 2008.000720-4 (j. 11.3.2008, Segunda Câmara Cível) e Apelação Cível nº 2007.006098-0 (j. 22.11.2007, Segunda Câmara Cível).

No julgamento do HC nº 2008.010534-2, ocorrido em 3 de março de 2009, a Primeira Câmara Cível apreciou a questão da possibilidade de prisão civil do depositário infiel. Em seu voto, o relator expôs que a jurisprudência do TJRN já estava formada no sentido de impedir tal modalidade de prisão, admitindo-se, tão somente, a prisão civil do devedor de alimentos. Após a transcrição de ementas de acórdãos do Tribunal, o relator expôs o raciocínio jurídico que culmina em tal conclusão: prevendo a CF duas exceções à vedação de prisão por dívida, a incorporação da CADH, que somente acata uma delas, impede a decretação da segunda modalidade. Considerando que, primeiro, houve fundamentação com base na jurisprudência do TJRN, encaixou-se o presente caso na categoria de *obiter dictum*.

3.1.3 O caso em que a aplicação da Convenção foi afastada

Em 6 de outubro de 2015, por ocasião do julgamento do AgRg em HCnº 2015.014966-9, a Câmara Criminal do TJRN analisou recurso ao colegiado contra decisão monocrática da relatora, que indeferiu o pedido liminar, dentre outros fundamentos, por considerar que a ausência de regulamentação da audiência de instrução no ordenamento processual brasileiro, não obstante sua previsão na CADH e no PIDCP, não possui o condão de acarretar nulidade do ato de homologação do flagrante. A relatora entendeu que a não realização da audiência de apresentação do preso

(vulgarmente conhecida como audiência de custódia), prevista no art. 7º (5) da CADH (bem como art. 9º (3) do Pacto) não acarreta a ilegalidade da prisão em flagrante diante da falta de sua regulamentação em nível nacional.

Verifica-se, dessa forma, que, não obstante a conclusão do procedimento de incorporação da Convenção tenha se dado em 9 de novembro de 1992 (data da publicação do decreto de promulgação), a audiência de apresentação somente passou a ser realidade no Brasil após aprovação da Resolução nº 213 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Em situação semelhante, nos autos do HC nº 2015.001571-5, julgado em 10 de março de 2015, a Câmara Criminal do TJRN apreciou pedido de concessão de ordem de soltura amparada na ausência de designação de audiência de apresentação, nos moldes do art. 7º da CADH (bem como art. 9º do PIDCP). Na oportunidade, o relator afastou a aplicação da Convenção ao fundamento de que ela “ainda não é exigível no país, por ausência de adequação do ordenamento jurídico brasileiro e do próprio Poder Judiciário para sua implementação”. Destacou, ainda, que o procedimento de prisão em flagrante previsto no art. 306 do CPP está em consonância com a Constituição, não havendo que se falar, pois, em ilegalidade.

No julgamento do HC nº 2008.007154-6, em 21.10.2008, a Terceira Câmara Cível do TJRN analisou a possibilidade de prisão civil do depositário judicial infiel. À luz das razões do impetrante, a medida viola a CADH e o PIDCP, inclusive nos termos da jurisprudência do STF. Em seu voto, o relator alterando o posicionamento adotado no julgamento do HC nº 2008.007226-3 (j. 5.9.2008, Terceira Câmara Cível), votou pela denegação da ordem, ao fundamento de que, segundo sua nova visão do tema, o depósito judicial se distingue do depósito convencional, de modo que não goza da proteção conferida pelo art. 7º (7) da CADH, afastando-se o entendimento firmado pelo STF no julgamento dos RREE nº 466.343/SP e 349.703/RS.

Em 8 de maio de 2008, por ocasião do julgamento do HC nº 2008.001280-3, a Primeira Câmara Cível do TJRN analisou a possibilidade de prisão civil do alienante fiduciário infiel, por interpretação extensa do conceito de depositário infiel. Na oportunidade, a relatora apesar de constar na petição inicial da ação de habeas corpus argumentos amparados na CADH (art. 7º (7)) e no PIDCP (art. 11), afastou a análise de tais dispositivos, ao fundamento de que as disposições constitucionais são suficientes para resolver o caso. Seu voto sustentou a tese segundo a qual as exceções previstas no art. 5º, LXVII da Constituição devem ser interpretadas restritivamente, não

havendo que se falar, dessa forma, em equiparação do alienante fiduciário infiel ao depositário infiel.

Por ocasião do julgamento da Apelação Criminal nº 2015.010325-4, em 4.10.2016, a Câmara Criminal do TJRN analisou diversas questões envolvendo direito penal e processual penal, dentre as quais suposta violação aos princípios da ampla defesa, identidade física do juiz e duração razoável do processo. Em seu voto, o relator apresentou fundamentação construída tão somente com base no direito interno, não obstante a existência de argumentação, invocada pelos apelantes, amparadas na CADH. O relator, contudo, consignou que inexistente dever de fundamentar a decisão na CADH, “tendo em vista que a presente decisão foi pautada na legislação processual penal em vigor, a qual é consonante com a Constituição Federal e, portanto, preserva os direitos fundamentais assegurados”.

3.1.4 Casos em que a Convenção foi mencionado no relatório como tese jurídica ventilada pelo apelante ou pelo Ministério Público, mas não foi analisada

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2017.012776-2, em 6 de novembro de 2018, a Terceira Câmara Cível do TJRN analisou a possibilidade de determinação judicial de designação de defensor público estadual para atuar com exclusividade na comarca de Alexandria, ao argumento, dentre outros, de que o direito à assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes é assegurado pela CADH. Na oportunidade, o relator do apelo votou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, ao fundamento de que a autonomia administrativa e funcional conferida pela EC nº 45 de 2004 às Defensoras Públicas impede a intervenção do Poder Judiciário na organização da instituição. Não houve análise do argumento respaldado pela Convenção. Situação fática semelhante e conclusão idêntica foram verificadas no julgamento da Apelação Cível nº 2012.010378-1 (j. 5.2.2013, Segunda Câmara Cível).

Em 7 de abril de 2017, a Câmara Criminal do TJRN apreciou o Recurso em Sentido Estrito nº 2016.018008-4, interposto contra decisão liminar do Juízo da 10ª Vara Criminal da comarca de Natal, que rejeitou a denúncia com base na inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90, segundo o qual resta caracterizada infração penal, nos termos do inciso V do referido dispositivo, a falta de atendimento às diligências exigidas pela autoridade tributária, ao fundamento de que a norma viola o princípio *nemo tenetur se detegere*. No recurso, o *Parquet* defendeu a

constitucionalidade da previsão legal e, em suas contrarrazões, o recorrido pugnou pela declaração de sua incompatibilidade com a CADH. No caso, o relator se limitou a transcrever ementa do acórdão do HC nº 2008.010404-1 (j. 17.4.2009, Câmara Criminal), oportunidade na qual a Câmara já havia se manifestado pela constitucionalidade do dispositivo impugnado. Não houve análise do argumento respaldado pela Convenção.

No julgamento do HC nº 2017.000245-3, em 14 de fevereiro de 2017, a Câmara Criminal analisou pedido de concessão de ordem de soltura em virtude de suposto excesso de tempo no processamento de ação penal, para o réu, preso preventivamente, alega não ter contribuído, o que violaria o disposto no art. 7º (5) da CADH. Na oportunidade, o relator concluiu que as circunstâncias do caso concreto não indicam a configuração de demora injustificada, notadamente porque houve necessidade de expedição de carta precatória e em virtude de condutas adotadas pelo réu para o retardo do andamento processual.

Em sentido semelhante: HC nº 2014.010163-5 (j. 17.6.2014, Câmara Criminal), embora não tenha havido indicação expressa do dispositivo da Convenção suscitado pelo impetrante; HC nº 2010.004509-8 (j. 27.5.2010, Câmara Criminal), mas as circunstâncias fáticas que levaram à conclusão de razoabilidade no prolongamento da ação penal foram distintas; HC nº 2009.006005-8 (j. 14.7.2009, Câmara Criminal), no qual não houve menção a qual dispositivo da Convenção o impetrante mencionou e as circunstâncias fáticas que levaram ao juízo de ausência de excesso de prazo divergem dos demais processos.

Em 31 de janeiro de 2017, nos autos do HC nº 2016.019498-0, a Câmara Criminal do TJRN enfrentou a questão da ilegalidade da prisão em flagrante decorrente da ausência de designação de audiência de apresentação, nos termos da CF e da CADH, conforme alegou em suas razões o impetrante. Em seu voto, o relator consignou que a superveniência de decretação da prisão preventiva prejudica a análise da legalidade do ato de prisão em flagrante, em virtude da existência de nova decisão que legitima a manutenção do paciente em cárcere. Não houve análise do argumento respaldado pela Convenção, diante da prejudicialidade do fundamento do voto do relator.

No julgamento dos Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 2016.005174-5/0001.00, a Terceira Câmara Cível do TJRN foi instada a se manifestar acerca de suposta violação à isonomia, cuja proteção é conferida, dentre outros dispositivos de nosso ordenamento jurídico, pelo art. 24 da CADH, ao argumento, suscitado pelo embargante, de que haveria diferença

remuneratória em sua ficha funcional quando comparada com a de outros servidores. O voto do relator, contudo, não chegou a analisar a questão, diante da do reconhecimento da decadência do direito de impetração do mandado de segurança.

Em 27 de setembro de 2016, a Câmara Criminal do TJRN julgou o HC nº 2016.008513-1, que, pleiteou o relaxamento da prisão do paciente com base, dentre outros argumentos, no alegado excesso de prazo na instrução processual, o que violaria o art. 7º (2) da CADH e outras normas do ordenamento pátrio. Na oportunidade, o relator votou pela denegação da ordem, ao fundamento de que a alegação de excesso de prazo na instrução processual resta prejudicada quando evidenciada sua conclusão, nos termos do Enunciado nº 52 da Súmula do STJ. Não houve análise do argumento respaldado pela Convenção.

No julgamento da Apelação Cível nº 2010.015122-9, a Primeira Câmara Cível do TJRN foi instada a se manifestar acerca da possibilidade de sujeição simultânea de prefeito municipal às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa e do Decreto-Lei nº 201/67, que instituiu o regime de responsabilidade dos titulares do posto de chefe do Poder Executivo municipal. No caso, o apelante, então deputado estadual e ex-prefeito municipal, alegou que a dupla submissão caracteriza *bis in idem*, conduta vedada pelo art. 8º (4) da CADH. Em seu voto, a relatora acolheu preliminar de nulidade de sentença suscitada pelo apelante, ao fundamento de que, diante de sua condição de parlamentar estadual, o magistrado de primeira instância não possui competência para julgá-lo, considerando o foro por prerrogativa de função inserido, o que atrairia a apreciação da questão para o TJRN, como competência originária. Dessa forma, a análise do argumento escorado na Convenção trazido pelo apelante restou prejudicada.

Em 4 de outubro de 2010, por ocasião do julgamento do HC nº 2010.009905-3, a Câmara Criminal analisou pedido de concessão de ordem de soltura em virtude de suposto excesso de tempo no processamento de ação penal, para o qual o réu, preso preventivamente, alega não ter contribuído, o que violaria CADH, segundo o impetrante, sem que tenha indicado qual dispositivo não estaria sendo observado. Durante o julgamento, suscitou-se preliminar de prejudicialidade da ação, por superveniente deferimento de pedido de revogação da prisão preventiva, que foi acatado pelo juiz da ação penal. Dessa forma, a análise da aplicação da Convenção restou prejudicada.

No julgamento da Apelação Cível nº 2009.012019-6, a Terceira Câmara Cível do TJRN foi instada a se manifestar, mais uma vez, acerca da possibilidade de sujeição simultânea de prefeito

municipal às penalidades da Lei de Improbidade Administrativa e do Decreto-Lei nº 201/67, que institui o regime de responsabilidade dos titulares do posto de chefe do Poder Executivo municipal. No caso, o apelante alegou que a dupla submissão caracteriza *bis in idem*, conduta vedada pelo art. 8º (4) da CADH. Em seu voto, o relator rejeitou a tese recursal, fundamentando seu voto na jurisprudência do próprio TJRN, amparado na jurisprudência do STJ, que entende cabível a responsabilização de prefeito municipal por improbidade administrativa com base na Lei de Improbidade Administrativa. Não houve enfrentamento direto da aplicação da Convenção. Em igual sentido, verificou-se a Apelação Cível nº 2009.008931-9 (j. 12.1.2010, Primeira Câmara Cível).

Em 13 de maio de 2010, por ocasião do julgamento do HC nº 2010.003705-3, a Câmara Criminal novamente apreciou pedido de relaxamento de prisão processual em virtude de excesso de prazo no processamento da ação penal, formulado, dentre outros, com base na CADH, ainda que não tenha sido indicado dispositivo. O relator votou pela concessão da ordem, ao fundamento de que as circunstâncias dos autos indicam que o retardo na marcha processual decorre unicamente do Estado.

No julgamento do Habeas Corpus nº 2014.008332-0, em 3 de junho de 2014, a Câmara Criminal apreciou pedido de concessão de ordem amparado, entre outros fundamentos, na suposta inépcia da inicial, que, segundo argumentou o impetrante, era genérica, violando, além de princípios constitucionais, o art. 8º(2)(b) da CADH. Em seu voto, a relatora não enfrentou a questão, considerando que não conheceu tal argumento na decisão monocrática de recebimento da ação.

Em 26 de novembro de 2013, por ocasião do julgamento do HC nº 2013.019514-1, a Câmara Criminal do TJRN analisou pedido de soltura formulado ao argumento de que o excesso de prazo, configurado, na ótica do impetrante, violaria a CADH. O voto condutor do acórdão, contudo, acolheu preliminar de não conhecimento a ação formulada pela 18ª Procuradoria de Justiça, ao fundamento de ausência de prova pré-constituída, o que impediria a análise do mérito.

Por ocasião do julgamento do RESE nº 2011.005021-2, em 16 de junho de 2011, a Câmara Criminal do TJRN apreciou questão envolvendo a proibição de interposição de recurso por parte do assistente de acusação no processo penal militar, conforme dispõem os art. 65, § 1º e 530, ambos do Código de Processo Penal Militar. Segundo alegou o recorrente, as disposições violariam a CADH e o PIDCP (no relatório, não houve indicação de quais dispositivos foram mencionados

pelo autor do recurso). Em seu voto, relator não apreciou a suposta violação aos tratados internacionais. Limitou-se a invocar precedentes do STF e do Superior Tribunal Militar para fundamentar a aplicabilidade das normas.

Em 16 de fevereiro de 2011, no julgamento dos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 2010.008929-6/0002.00, o Tribunal Pleno apreciou pedido de integração do acórdão proferido em sede de AgRg em MS, que, à unanimidade de votos, negou provimento ao agravo. Na oportunidade, o embargante alegou a existência, dentre outras, de violações a diversas garantias judiciais previstas na CADH, notadamente art. 1(1), 8(1), 24, 25(1) e (2)(a) e (b). Em seu voto, o relator se limitou a fundamentar seu voto no sentido de que não há necessidade de enfrentamento de todas as alegações ventiladas pelas partes. Dessa forma, não apreciou a alegada violação dos dispositivos da Convenção.

Por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2010.001486-6, a Terceira Câmara Cível do TJRN analisou insurgência contra sentença de extinção do feito sem resolução do mérito em ação de indenização proferida pelo magistrado *a quo* ao fundamento de ausência de interesse processual e inércia da parte em dar andamento ao processo. Em suas razões, a parte apelante alegou violação, dentre outras, às seguintes garantias processuais previstas na CADH: art. 8(1), 10, 11(1)(2)(3), 17(1), 23(1)(c), 25 e 29. O voto do relator analisou a fundamentação da decisão atacada sem se referir aos dispositivos da Convenção ventilados pelo recorrente. Sua manifestação foi pelo conhecimento e provimento da apelação.

3.1.5 Casos em que houve menção à Convenção por reprodução de ementa de acórdão do STF

Em 11 de fevereiro de 2020, a Câmara Criminal do TJRN julgou a Apelação Criminal nº 2020.000330-7, na qual se discutia, dentre outras controvérsias jurídicas, a subsistência do crime de desacato (art. 331, CP) no ordenamento jurídico brasileiro, por cuja prática o apelante foi condenado pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal da comarca de Natal. No julgamento, a relatora, ao tratar da matéria se limitou a consignar que, conforme manifestação do STF acerca do assunto, o delito não é incompatível com a liberdade de expressão do indivíduo, tutelada pela CF e pela CADH.

No julgamento do RESE nº 2015.018428-5, a Câmara Criminal do TJRN analisou pedido de decretação de prisão provisória formulado pelo Ministério Público e da configuração, no caso

concreto, da presença de seus requisitos. Em seu voto, a relatora, após menção aos art. 312 e 313 do CPP, que elencam os requisitos da prisão provisória, e de transcrição de trechos de obras jurídicas sobre o tema, indicou ementa de acórdão do STF no qual a tese da excepcionalidade da prisão processual é tratada: a uma, em virtude da previsão constitucional de presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), a duas, conforme o direito de recorrer em liberdade (Art. 7º (2), CADH).

Situação idêntica foi observada nos seguintes acórdãos: RESE nº 2014.005874-3 (j. 2.12.2014, Câmara Criminal), RESE nº 2013.018569-0 (j. 17.12.2013, Câmara Criminal), RESE nº 2013.002323-5 (j. 16.7.2013, Câmara Criminal).

No julgamento da Apelação Criminal nº 2013.015835-6, em 17 de dezembro de 2013, a Câmara Criminal do TJRN se manifestou acerca da possibilidade de manutenção do réu em cárcere processual antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O voto da relatora quanto a esse tema foi pela licitude da medida, desde que haja circunstâncias que a ensejam, devendo o magistrado fazê-lo de maneira fundamentada, conforme acórdão do STF, de relatoria do Min. Celso de Mello, cujo trecho transcrito menciona o art. 7º(2) da CADH, segundo o qual “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas”. Não houve recurso à jurisprudência da Corte IDH.

Em 8 de setembro de 2009, por ocasião do julgamento do AgRg em Agravo de Instrumento nº 2009.006948-9/0001.00, a Primeira Câmara Cível do TJRN apreciou o tema da possibilidade de prisão civil do depositário judicial infiel, isso é, aquele que, tendo assumido o múnus de depositário por determinação judicial descumpre o encargo. Na oportunidade, o relator se manifestou pela impossibilidade de decretação de tal prisão, tendo transcrito, para fundamentar seu voto, acórdão do STF, no qual se verifica menção ao art. 7º (7) da Convenção para impedir qualquer tipo de prisão civil de depositário infiel, seja convencional ou necessário.

Observou-se a mesma situação no HC nº 2008.011476-7 (j. 16.12.2008, Terceira Câmara Cível); HC nº 2008.009041-2 (j. 16.12.2008, Terceira Câmara Cível).

3.1.6 Casos em que houve menção à Convenção por reprodução de ementa de acórdão do STJ

No julgamento da Apelação Criminal nº 2019.000698-3, ocorrido em 3 de setembro de 2019, a Câmara Criminal apreciou, mais uma vez, a questão da manutenção do crime de desacato

(art. 331, CP) no ordenamento jurídico brasileiro, em virtude de sua suposta incompatibilidade com o art. 13 da CADH. Na oportunidade, o relator do apelo apresentou voto que, quanto a essa matéria, foi pela subsistência de tal tipo penal, diante do entendimento da Terceira Seção do STJ, composta pelas duas Turmas que lidam com direito penal, que concluiu pela ausência de violação à CADH. Aplicação semelhante se deu nos autos da Apelação Criminal nº 2017.010248-5, j. 28.9.2017, Câmara Criminal.

Em 14 de março de 2017, por ocasião do julgamento do HC nº 2017.000601-1, a Câmara Criminal do TJRN apreciou pedido de concessão de ordem de soltura em virtude de suposto excesso de tempo no processamento de ação penal, para o qual o réu, preso preventivamente, alega não ter contribuído. Na oportunidade, o relator entendeu que as circunstâncias evidenciadas na espécie são suficientes para configurar o alegado excesso, tendo amparado as razões de seu voto na jurisprudência do próprio TJRN, bem como no magistério do STJ, tendo, nesse ponto, transcrito ementa de acórdão proferido pela Sexta Turma STJ, no qual é mencionado o direito previsto pela CADH a um julgamento dentro de um prazo razoável (art. 7º).

No julgamento da Apelação Criminal nº 2016.016574-5, em 14 de fevereiro de 2017, a Câmara Criminal do TJRN apreciou apelo no qual o réu-apelante atacou a sentença proferida pelo juiz de primeiro grau ao argumento de caracterização da consunção entre os crimes de desacato, resistência e dano. O relator, entretanto, suscitou, de ofício, a absolvição do apelante pela prática do crime de desacato, fundamentando seu voto no julgamento, pela Sexta Turma do STJ, do REsp nº 1.640/084/SP (j. 15.12.2016, rel. Min. Ribeiro Dantas, Sexta Turma), no qual restou admitida a tese de que o crime de desacato não mais subsiste no ordenamento jurídico pátrio, em virtude de sua incompatibilidade com o art. 13 da CADH.

Em 13 de novembro de 2013, o Tribunal Pleno, por ocasião do julgamento da Revisão Criminal nº 2013.005478-0, apreciou pedido de declaração de nulidade processual por cerceamento de defesa ao argumento de que a intimação da decisão de pronúncia se deu por edital, quando deveria ter ocorrido pessoalmente. O relator, em seu voto, transcreveu ementa de acórdão do STJ de cuja análise se depreende que, aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 9.271/96, a intimação por edital da decisão de pronúncia somente é admitida quando a citação para conhecimento da denúncia é feita na modalidade pessoal. A ementa esclarece, ainda, que a impossibilidade de intimação por edital de réu citado fictamente nesses casos decorre, também, da CADH. Na ementa não há indicação de artigo, mas é possível inferir que a referência é feita ao art.

8(2)(b), que prevê o direito à “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”. A decisão, pela improcedência do pedido revisional, foi tomada à unanimidade dos votos.

Controvérsia jurídica semelhante se verificou no HC nº 2013.001422-9 (j. 5.3.2013, rel. Câmara Criminal); na Apelação Criminal nº 2012.012630-1 (j. 11.10.2016, Câmara Criminal), porém a ementa do acórdão transcrito expressamente indica o dispositivo da CADH.

No julgamento da Apelação Cível nº 2009.007612-3, em 2 de março de 2010, a Segunda Câmara Cível do TJRN analisou a possibilidade de prisão civil do alienante fiduciário, por equiparação à figura do depositário infiel. Em seu voto, o relator aduziu que tal equiparação não foi recepcionada pela Constituição, que somente admitiu a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. Além disso, fundamentou seu posicionamento com transcrição de ementas de acórdãos do STJ e do TJRN. Em uma das ementas empregadas oriundas do STJ, consta menção à tese firmada pelo STF de que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo quórum qualificado possuem *status* supralegal, de modo que o ordenamento jurídico somente admitiria a prisão civil do devedor de alimentos.

3.1.7 Casos em que houve menção à Convenção por reprodução de ementa de acórdão do TJRN

Em 4 de fevereiro de 2016, por ocasião do julgamento do RESE nº 2015.018432-6, a Câmara Criminal do TJRN apreciou pedido de concessão de ordem de soltura em virtude de suposto excesso de tempo no processamento de ação penal, para o qual o réu, preso preventivamente, alega não ter contribuído. Na oportunidade, o relator entendeu que as circunstâncias evidenciadas na espécie são suficientes para configurar o alegado excesso atribuído ao Estado, tendo amparado as razões de seu voto na jurisprudência da própria Câmara Criminal, havendo feito a transcrição de ementa de acórdão no qual o direito ao julgamento em prazo razoável foi extraído do art. 5º, XXV da CF e do art. 7º da CADH. Em igual sentido: HC nº 2014.017874-6 (j. 19.6.2014, Câmara Criminal), HC nº 2014.007919-4 (j. 27.5.2014, Câmara Criminal), HC nº 2014.005485-5 (j. 11.4.2014, Câmara Criminal).

No julgamento do HC nº 2015.013914-9, a Câmara Criminal analisou pedido de soltura no qual o impetrante alega a configuração de excesso de prazo para formação da culpa por inércia estatal, para o qual alega não ter havido contribuição da defesa. Em seu voto, o relator transcreveu

ementas de acórdãos proferidos pela Câmara Criminal dos quais se extrai o entendimento de que o atraso decorrente do aparato estatal desprovido de fundamentação enseja a concessão da ordem de habeas corpus. Em uma dessas transcrições, consta menção ao art. 7º da CADH. Situação idêntica se verificou no julgamento do HC nº 2015.014215-3 (j. 29.9.2015, Câmara Criminal); HC nº 2014.019722-7 (j. 14.10.2014, Câmara Criminal).

Em 15 de dezembro de 2009, no julgamento da Apelação Cível nº 2007.007156-7, a Primeira Câmara Cível do TJRN analisou a possibilidade de prisão civil do alienante fiduciário, por equiparação à figura do depositário infiel. Em seu voto, o relator aduziu que tal equiparação não possui previsão legal, e que a Constituição somente admitiu a prisão civil do depositário infiel e do devedor de alimentos. Além disso, fundamentou seu posicionamento com transcrição de ementas de acórdãos do TJRN. Em uma das ementas empregadas, consta menção à CADH como óbice à decretação de prisão civil que não nos casos de devedor de alimentos.

3.1.8 Casos excluídos da análise

Não entrará no cômputo das análises a Apelação Cível nº 2017.021263-8, tendo em vista que a menção à Convenção se deu por transcrição de ementa sem que sua aplicação tenha sido suscitada pelas partes, pelo MP ou, de ofício, pelo relator.

Também não será objeto de análise o RESE nº 2015.001053-3, pois a citação à Convenção apenas aparece na fundamentação de voto-vista, e não no voto condutor do acórdão. Por esse mesmo fundamento, não foram analisadas a ADI nº 2012.013172-8, o HC nº 2014.003107-7 e o HC nº 2014.002552-4.

Ainda, não foi analisada a Remessa Necessária e Apelação Cível nº 2014.016589-7, tendo em vista que a menção à Convenção somente aparece por transcrição de trecho da sentença impugnada no recurso, sem que tenha havido manifestação da Câmara a seu respeito. Por igual razão, não se analisou a Remessa Necessária nº 2013.013910-5. Excluiu-se da análise, também, o RESE nº 2010.013613-1, pois a Convenção só é mencionada em ementa de acórdão do STJ sem que a matéria tenha sido suscitada pelas partes, pelo MP ou, de ofício, pelo relator.

Não se analisou, também, o acórdão da Apelação Criminal nº 2019.002343-9, pois a menção à CADH se deu genericamente, sem indicação a qualquer dispositivo ou direito previsto no referido tratado. Igualmente: Apelação Criminal nº 2018.000504-3.

Finalmente, também não foram analisados os seguintes casos, considerando que a Convenção aparece apenas por transcrição de trecho de algum texto da doutrina jurídica, não tendo havido, pois, aplicação, seja a título de *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, todos julgados pela Câmara Criminal do TJRN: Apelação Criminal nº 2019.002024-4 (j. 9.1.2020); Apelação Criminal nº 2019.000375-0 (j. 31.10.2019), Apelação Criminal nº 2019.000332-7 (j. 20.8.2019), Apelação Criminal nº 2019.012081-6 (j. 9.4.2019), Apelação Criminal nº 2018.010718-9 (j. 26.3.2019), Apelação Criminal nº 2018.008632-8 (j. 26.3.2019), Apelação Criminal nº 2017.007506-1 (j. 14.11.2017); HC nº 2013.013575-0 (j. 26.11.2013); HC nº 2012.011874-4 (j. 4.10.2012); HC nº 2012.000904-3 (j. 16.2.2012).

3.2 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte: um tribunal alinhado com a proteção internacional dos direitos humanos?

À luz desses dados, observa-se que o TJRN somente aplicou a Convenção quando seguiu a orientação dos tribunais superiores. Isso porque dos 89 (oitenta e nove) resultados obtidos e analisados, somente se constatou a ocorrência de 19 (dezenove) empregos da CADH como *ratio decidendi* ou *obiter dictum*, não tendo sido identificado, em nenhum deles, inovação a nível nacional da proteção dos direitos humanos.

Com efeito, prevendo o direito internacional dos direitos humanos um padrão mínimo de proteção desses direitos, a ausência de menção a esses dispositivos pelos juízes nacionais não necessariamente implica violação do direito internacional. Todavia, não se verificou manifestação de vanguarda jurídica capaz de ampliar o catálogo de direitos fundamentais da Constituição mediante o uso da Convenção situações até então alheias à aplicação do direito internacional pelo judiciário brasileiro. Em outras palavras, aplicou-se o direito internacional para tutelar direito já previsto no direito nacional.

À luz das classificações teóricas mencionadas anteriormente, tem-se que, quanto à formulação de Arcaro Conci e Konstantin Gerber, o TJRN poderia ser inserido no grupo dos tribunais reticentes ao diálogo, operante de uma “bricolagem”, tendo em vista a maneira ziguezagueante com a qual aplica o direito internacional. Quanto à proposta de Vicki C. Jackson, pode-se afirmar que a postura do TJRN é resistente à aplicação do direito internacional, somente o

fazendo em atenção a entendimento de algum tribunal superior e, até mesmo, deixando de aplicar dispositivo cuja existência é reconhecida em decisão.

Em relação ao que foi analisado nos autos do AgRg em HC nº 2015.014966-9 (j. 6.10.2015, Câmara Criminal) e do HC nº 2015.001571-5 (j. 10.3.2015, Câmara Criminal), constata-se que desde a data de promulgação do texto do Decreto nº 592/98 – quando vigorava a tese da paridade normativa dos tratados, firmada por ocasião do julgamento do RE nº 80.004/SE – até 2008 não se reconheceu efeito jurídico à previsão da CADH acerca da audiência de apresentação, mesmo que, na época, um tratado internacional tivesse a aptidão de revogar a legislação ordinária, por aplicação da máxima *lex posterior derogat priori*.

De 2008, quando houve o julgamento do RE nº 466.343/SP, que elevou o valor normativo dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo procedimento simples à supralegalidade, até a edição da Res.-CNJ nº 213/2015, mesmo reconhecido o *status* supralegal da CADH, também não se lhe emprestaram efeitos jurídicos. Em outras palavras: durante aproximados 23 (vinte e três) anos, o art. 7(5) da CADH, mesmo gozando de eficácia legal e, posteriormente, supralegal, não foi aplicado pelo TJRN. Houve, portanto, uma solene opção pela não aplicação da Convenção em virtude de uma suposta ausência de regulamentação em nível legal, apesar da existência de comando constitucional (art. 5º, §§ 1º e 2º) segundo o qual tais dispositivos gozam de aplicação imediata.

Ainda no campo da análise dos dados coletados, merece destaque o voto do Des. Vivaldo Pinheiro proferido nos autos do HC nº 2008.003109-2 (j. 29.5.2008, a Primeira Câmara Cível). Na oportunidade, ainda estando controvertida no STF a questão do valor normativo dos tratados internacionais, apreciada no âmbito do RE nº 466.343/SP (o julgamento teve início em 22.11.2006, com o voto do então relator, Min. Cezar Peluso, mas somente foi concluído em 3.12.2008), o referido juiz ousou expor seu entendimento pelo *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso da Convenção), adotando-o em seu voto.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, observa-se que a evolução normativa do direito internacional inclui uma expansão qualitativa pela qual matérias antes reservadas à apreciação do direito estatal começam a

ganhar assento em normas internacionais, notadamente no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

No Brasil, coube ao STF indicar o valor normativo das normas de direito internacional no ordenamento interno: os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados com quórum qualificado (art. 5º, § 3º, CF) gozariam de *status* de emenda constitucional; os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo quórum ordinário ostentariam valor supralegal; e aos demais tratados se aplica a tese da paridade normativa com as leis federais ordinárias. Esse entendimento influi diretamente na aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos aos quais o Estado brasileiro manifestou adesão, notadamente a CADH, dispondo de eficácia supralegal.

Na análise realizada no âmbito do TJRN, concluiu-se que o referido órgão ainda não aplica diretamente a Convenção. Do que foi estudado, o TJRN aparenta aplicar a CADH em maior escala quando segue a orientação de um tribunal superior (STF ou STJ). A esse contexto, acresça-se o fato de não ter sido identificado em nenhum momento diálogo direto com a CIDH ou Corte IDH, tampouco de controle de convencionalidade explicitamente feito³⁰.

Isso porque dos 89 (oitenta e nove) resultados obtidos no mecanismo de busca de jurisprudência do site oficial do Tribunal, somente se constatou a ocorrência de 19 (dezenove) empregos diretos da CADH, seja como *ratio decidendi* (8) ou como *obiter dictum* (11).

Além disso, apenas em 1 (um) único caso houve a caracterização de avanço autônomo no campo da defesa dos direitos humanos: seguindo o voto do relator, Des. Vivaldo Pinheiro, proferido nos autos do HC nº 2008.003109-2 (j. 29.5.2008), quando ainda não havia definição, pelo STF, do *status* hierárquico dos tratados internacionais na nova CF, a Primeira Câmara Cível chancelou entendimento pelo *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, como é o caso da Convenção, culminando com a restrição das hipóteses de prisão civil previstas no texto constitucional (art. 5º, LXVII).

REFERÊNCIAS

³⁰ Vislumbrou-se um possível controle de convencionalidade no julgamento do Habeas Corpus nº 2008.003109-2 (j. 29.5.2008, rel. Des. Vivaldo Pinheiro Primeira Câmara Cível), que será mencionado e comentado a seguir.

ARNAIZ, Alejandro Saiz. **La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.** In: *Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos*, v. 2, n. 1, 2011, p. 20-42.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto; SANTOS, Rodrigo Mioto dos. **Levando a sério os direitos políticos fundamentais: inelegibilidade e controle de convencionalidade.** In: *Revista Direito GV, São Paulo*, v. 11, n. 1, 2015, p. 223-255.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos direitos fundamentais.** São Paulo: Método, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tribunais internacionais contemporâneos.** Brasília: Funag – Fundação Alexandre de Gusmão, 2013.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHAVES, Luciano Athayde. **As decisões das cortes internacionais como fonte do direito internacional: a contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção da regra-garantia do controle de convencionalidade.** In: *Revista Direito e Liberdade, Natal*, v. 20, n. 2, maio/ago. 2018, p. 201-225.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. **Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade.** In: GERBER, Konstantin (Org.). *A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 233-277.

GARCÍA, Fernando Silva. **Control de convencionalidad y constitucionalidad ex officio: condiciones de racionalidad para su ejercicio en el juicio de amparo.** In: *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n. 35, 2013, p. 91-101.

JACKSON, Vicki C. **Constitutional comparisons: convergente, resistance, engagement.** In: *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2005, p. 109-128.

LOPES FILHO, Francisco Camargo Alves; MOREIRA, Thiago Oliveira. **Limites du paradigme hiérarchique dans l'incorporation du Statut de Rome dans les expériences française et brésilienne.** In: *18º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, 2020. Direito Internacional em Expansão*, v. 20. Belo Horizonte: Editora Arraes, 2020, p. 36-55.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; BICHARA, Jahyr-Philippe. **O judiciário brasileiro e o direito internacional: uma análise crítica da jurisprudência nacional.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira.** Natal: Edufrn, 2015, p. 290-309.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **O necessário diálogo interjurisdicional entre a jurisdição brasileira e a interamericana.** In: Tribunais internacionais e a relação entre direito internacional e o direito interno. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 478-495.

MOREIRA, Thiago Oliveira. **A Abertura do Estado ao Direito Internacional e a Jurisdição Cooperativa: uma análise a partir do pensamento de Peter Häberle.** In.: MENEZES, Wagner (Org.). Direito Internacional em Expansão. Anais do XIV CBDI. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 40 – 59.

PEREGRINO FERREIRA, Marcelo Ramos; MEZZARROBA, Orides. **O direito eleitoral frente aos tratados internacionais: o solipsismo da jurisprudência nacional e o ativismo pro persona no caso mexicano.** In: Opinião Jurídica, a. 16, n. 22, jan. /jun. 2018, p. 156-182.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Julianne Holder da; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. **Entre tupã e o leviatã: o transconstitucionalismo e as ordens locais indígenas.** In: Revista Jurídica da Ufersa, Mossoró, v. 1, n. 1, jan./jul. 2017, p. 165-187.

THE EMPLOYMENT OF THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS IN THE JURISPRUDENCE OF THE RIO GRANDE DO NORTE'S COURT OF JUSTICE

ABSTRACT

The present work seeks to investigate whether the Court of Justice of Rio Grande do Norte has been applying the American Convention on Human Rights. Thus, it is intended to verify the role that this treaty plays in the conducting votes of the judgments handed down by the TJRN bodies: is it applied to substantiate them, or does it work only as a lateral foundation? For this purpose, the relationship between international and national legal orders will be analyzed in the Brazilian theory and reality, and then an empirical study will be developed on the American Convention on Human Rights application, classifying its use in ratio decidendi or obiter dictum. Quantitative and qualitative analyzes were used, using previously established criteria, on judgments obtained from the insertion of research terms in the search mechanisms for jurisprudence on the official page of the Court of Justice of Rio Grande do Norte.

Key-words: American Convention on Human Rights. International Human Rights Law. Rio Grande do Norte's Court of Justice. Application. National Judge.

*Maria Clara Ribeiro Dantas Bezerra*³¹

*Vladimir da Rocha França*³²

“A Assembleia resolveu que agora Santa Fé é cidade. Todo mundo fica louco, a festa começa, é sino, viva e foguete. Mas, me diga, mudou alguma coisa? Nasceu alguma casa nova, alguma rua nova, alguma árvore nova só por causa do decreto? (...)”
(Erico Verissimo. *O tempo e o vento – O continente*, p.534)

RESUMO

A atual Constituição brasileira de 1988 inovou no sistema federalista nacional ao declarar expressamente ser o Município ente federativo. Tal mudança buscou sanar o longínquo problema da divisão de competências. No entanto, o sistema federativo ainda encontra dificuldades em se estabelecer, havendo questões sobre competências dos entes sendo levadas ao Poder Judiciário e mesmo propostas legislativas visando corrigir distorções sobre a matéria. O presente artigo busca compreender como se deu, ao longo da história normativa brasileira de centralização e descentralização do poder, a divisão de competências com foco nas atribuições que em cada período foram dadas aos municípios. Observou-se que apesar de ter sido elevado à categoria de ente federativo, o município aparece como um ente menor, sem que tendências descentralizantes necessariamente reflitam em aumento de sua normativamente proclamada autonomia.

Palavras-chave: História do município brasileiro. Poderes normativos municipais. Federação.

1 INTRODUÇÃO: MUNICÍPIO COMO ENTE FEDERADO E A PREDOMINÂNCIA DO INTERSSE

³¹ Advogada. Mestranda em Constituição e Garantia de Direitos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: mariaclarardb@gmail.com.

³² Advogado. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco. Doutor em Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Associado pelo Departamento de Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: vrochafranca@gmail.com

O ano de 2020 foi marcado pela Pandemia do Covid-19. O vírus surgido na China nos fins de 2019 rapidamente se espalhou pelo globo terrestre causando mortes, medo e insegurança. Os Estados tiveram pouco ou nenhum tempo para aparelhar seus sistemas de saúde pública para receber a demanda de doentes. Em 2021, as chamadas segunda e terceira onda apareceram com variantes do vírus inicial, desafiando ainda mais a ciência e os governos. No Brasil, onde a saúde é um direito social constitucionalmente tutelado³³, havendo previsão expressa na Lei nº 8.080/1990 (Lei do SUS – Sistema Único de Saúde) de que é dever estatal garantir a saúde aos cidadãos mediante políticas públicas³⁴, restava evidente o papel do Estado em formular e executar ações no combate à Pandemia.

Como se sabe, a o Brasil é uma República Federativa³⁵, possuindo como entes federados o Distrito Federal, os Municípios, os Estados e a União³⁶, e cada um deles detendo competências próprias, comuns e concorrentes³⁷ previstas no texto constitucional. Conforme o art. 23, inciso II³⁸ desta Constituição, é competência comum da União, dos Estados e dos Município cuidar da saúde e da assistência pública, havendo inclusive a previsão dos recursos que financiarão em cada esfera de governo as ações e serviços de saúde³⁹. Também na já mencionada Lei do SUS existe a distribuição da direção do sistema único de saúde por ente federado⁴⁰.

³³ **CRFB.** Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁴ **Lei nº 8.080/1990.** Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

³⁵ **CRFB.** Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

³⁶ **CRFB.** Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

³⁷ Adota-se aqui a diferenciação entre competências comuns e concorrentes conforme consta no próprio texto constitucional (arts. 23 e 24), com as competências comuns dizendo respeito à atividades administrativas e as competências concorrentes fazendo referência à atividade legislativa de cada ente federativo.

³⁸ **CRFB.** Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

³⁹ **CRFB.** Art. 198. (...)§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

⁴⁰ **Lei nº 8.080/1990.** Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos: I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Com a pandemia, essa organização de competências foi – está sendo – diuturnamente posta à prova. Isso porque a coordenação de ações de saúde pública nem sempre foi harmoniosa, com a União adotando certa postura no combate à pandemia, os governos dos Estados optando por outras medidas, e os Municípios, em sua multiplicidade, elegendo cada um suas políticas sanitárias próprias. Entre *lockdowns*, *toques de recolher* e *restrições à locomoção e à reunião*⁴¹, cada ente emitiu atos normativos – em sua maioria decretos, os quais constantemente são conflituosos entre si⁴², levando o cidadão comum a se perguntar a cada nova expedição normativa: *qual delas eu devo seguir?*

No Supremo Tribunal Federal, julgando a Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, o Ministro Marco Aurélio decidiu que a edição da Medida Provisória 926/2020 em âmbito federal não exclui a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a tomada de providências no combate à pandemia, justamente pelo já mencionado art. 23, II da Constituição da República, o que posteriormente foi referendado pelo Plenário da citada corte. Tal decisão, apesar de muito comentada, não esclareceu a questão da coexistência de normas conflitantes entre entes federados sobrepostos (Decreto Estadual vs. Decreto Municipal), persistindo a dúvida do parágrafo anterior.

Possível resposta pode ser cogitada pela análise do princípio da predominância do interesse, que atualmente orienta a divisão das competências constitucionais em uma federação e também a interpretação dessas mesmas competências postas. Em termos simples e diretos, tal princípio determina que os assuntos de interesse nacional sejam tratados pela União, os de interesse regional pelos Estados e os de interesse local pelos Municípios, com o Distrito Federal congregando tanto o regional quanto o local. Victor Nunes Leal (2012) destaca que, por si só, com os termos interesse local ou peculiar interesse, não se têm elementos suficientes para compreender quais são de fato as atribuições municipais, razão pela qual busca no segundo capítulo de seu clássico a comparação de tais atribuições ante seus movimentos de ampliação e restrição ao longo da história brasileira.

Nesse sentido, compreender os contornos desses círculos de interesse pode contribuir para resolução da controvérsia que se encontra tão em voga no presente momento. Assim, este artigo

⁴¹ O objetivo deste trabalho nem de longe é emitir juízos sobre o acerto ou não das orientações em matéria de saúde pública emitidas durante a pandemia. Busca-se com o exemplo apenas ilustrar o problema de competência em matéria ordenadora sanitária entre os entes federados, que foi exponencialmente alargado com a situação.

⁴² Não se adentrará no mérito, pelo menos por enquanto, da constitucionalidade dos referidos decretos, tarefa que demandaria análise individualizada.

tem como objetivo traçar um panorama histórico e normativo dos poderes e competências do Município no Brasil para dar subsídios a uma mais nítida compreensão sobre o que deve ser entendido como de interesse local na divisão e na interpretação de competências constitucionais entre os entes federados. Diferentemente de Victor Nunes Leal (2012), porém, não se quer aqui tratar desse assunto como meio de compreender um fenômeno maior – como fez o autor em relação ao coronelismo. A finalidade deste artigo é a de retomar o debate sobre o municipalismo na história normativa brasileira para subsidiar teses mais amplas no futuro.

A justificativa da escolha pelo municipalismo se deu pela particularidade de o Município ter sido elencado como ente federado apenas na última das tantas constituições brasileiras, que desde 1891 trazem a forma federativa de estado. Assim, desperta curiosidade saber a história dos poderes e das competências municipais antes e depois da sua elevação a ente federado. O motivo dessa mudança de patamar também deve ser explorado, sendo pertinente o seu esclarecimento para o entendimento do atual pacto federativo e das ideologias que influíram em seu estabelecimento durante a Assembleia Nacional Constituinte.

Como este artigo se propõe a ser um estudo normativo, as fontes usadas serão majoritariamente normas jurídicas que tratem dos poderes municipais, das tendências centralizadoras e descentralizadoras dos arranjos de poder na história brasileira e da divisão de competências constitucionais e escritos doutrinários que abordem esses temas. Será então uma pesquisa exploratória que via documentos jurídicos e doutrinários se propõe a mapear historicamente as competências normativas do município no Brasil, relacionando-as com as tendências ideológicas que as nortearam.

Para tanto, será dado foco nas tendências centralizadoras e descentralizadoras do poder na história brasileira, buscando expor o seu reflexo nas competências municipais.

De posse do percurso histórico das atividades de interesse do Município, será feito exame das razões pelas quais este foi elevado à categoria de ente federado, observando principalmente as discussões no seio da Assembleia Nacional Constituinte para averiguar se os objetivos nela tratados foram alcançados.

Esse artigo, porém, advirta-se mais uma vez, não tem caráter propositivo, mas exploratório e descritivo. Visa antes resgatar e expor ideias que podem passar despercebidas ao debate do que propor uma tese. Busca, então, subsidiar com fontes e reflexões futuras discussões sobre o interesse local relativo às competências municipais.

2 O MUNICÍPIO NO BRASIL COLÔNIA: AS ORDENAÇÕES DO REINO E A CÂMARA MUNICIPAL

Antes de iniciar propriamente este capítulo, cabe um alerta: não se trata aqui de fazer exaustivo relato ou até mesmo releitura de toda a história brasileira. Serão neste artigo pontuadas as normas às quais se pode recorrer para traçar um geral panorama dos poderes municipais nas fases de colônia, império e república: um passeio na superfície e não um mergulho de profundidade.

Victor Nunes Leal (2012) alerta que não é possível saber o que eram as Câmaras Municipais da colônia pelo simples exame da legislação aplicável. De fato, é inútil tentar compreender qualquer instituição apenas pela leitura fria da lei. É necessário que se costurem diversos fios para se obter o tecido. Neste tópico busca-se olhar para um dos fios que parece ter sido esquecido quando atualmente se descreve o tecido.

A discussão sobre a história municipal brasileira deve se iniciar ainda no período colonial, tendo sido este o momento em que talvez gozaram os municípios de maior autonomia – de fato e de direito.

Após seu descobrimento, o Brasil ficou por cerca de trinta anos em relativo abandono pela Coroa portuguesa. Durante esse período à Terra de Santas Cruz foi dado o status de domínio, limitando-se Portugal a nela manter capitães-vigias da costa e a erigir feitorias em pontos estratégicos do litoral. Essas ações tinham o duplo intuito de defender a posse das terras contra investidas estrangeiras e de servir como entreposto na rota para o oriente (cf. FLEIUS, 1922).

Inicialmente pensadas para fins puramente econômico-militares, esses primeiros núcleos de organização político-administrativa foram se convertendo, aos poucos, em povoados e aldeamentos, fazendo surgir a necessidade de ampliação do aparato administrativo local (cf. FLEIUS, 1922).

Também considerando tais ajuntamentos populacionais ao redor das feitorias como embriões dos municípios no território brasileiro, Dalmo de Abreu Dallari (2018, pp. 246-247) explica:

Os primeiros sinais do que se poderá considerar o nascedouro do município brasileiro encontram-se em agregações de pessoas ou grupos familiares, primeiramente em regiões litorâneas, para defesa e ocupação do território, e depois como resultado de avanços em

busca de recursos vegetais e de riquezas minerais. A concentração dessas pessoas e desses grupos em determinado local deu origem às vilas e cidades, com a necessidade de uma organização básica e de um governo local, que tomasse iniciativas e utilizasse os meios disponíveis para atendimento das necessidades da população.

Como ocorre em qualquer agrupamento de pessoas, foi necessário que se estabelecesse uma estrutura organizacional mínima. Dado o pequeno interesse inicialmente dispensado pela Coroa Portuguesa ao Brasil, é de se concluir que os colonos tiveram maior autonomia para tomar decisões locais, sendo este o primeiro círculo de poder municipal.

Em 1532, porém, como resultado da expedição de Martim Afonso de Souza, é juridicamente fundada a primeira vila brasileira: São Vicente. Diz-se juridicamente porque vinha Martim Afonso portanto três cartas régias⁴³ “numa das quais era designado capitão-mor da armada e também de todas as terras que achasse e descobrisse, com alçada no crime e no cível, e amplos poderes incluindo o de levantar padrões de vila” (SOUSA, s/d, p. 41)⁴⁴. Tinha, portanto, a competência conferida mediante documento jurídico pela Coroa Portuguesa para fundar vilas em terras brasileiras⁴⁵. Sobre as repercussões de tal ato em relação ao tema de governo local José Pedro Galvão de Sousa (s/d, p. 41) explica:

Ora, Martim Afonso não fundou apenas a *urbs*. Desde o primeiro instante, lançou os fundamentos da *civitas*: nomeou oficiais para a administração da justiça e convocou os homens bons para a eleição dos vereadores. Transpunha-se assim para o Brasil a instituição municipal portuguesa. Aplicavam-se os dispositivos a respeito contidos nas Ordenações. Tinha início o govêrno autônomo das vilas e se esboçava o sistema representativo (Grifos no original).

Max Fleius (1922), no mesmo sentido, sublinha que a fundação de São Vicente se deu com Martim Afonso demarcando os limites da vila e distribuindo lotes, construindo edifícios como o forte, a Câmara Municipal, a cadeia, a igreja e a alfândega e convocando os homens bons para a eleição dos vereadores, sendo este o “primeiro núcleo civil de administração colonial” (FLEIUS,

⁴³ Tais cartas podem ser encontradas na Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Tomo 24, , 1861. Disponível em: <https://www.ihgb.org.br/publicacoes/revista-ihgb/item/107718-revista-ihgb-tomo-xxiv.html>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁴⁴ Observe-se que “Em nenhuma dessas três cartas régias, datadas de Castro Verde a 20 de novembro de 1530 e assinadas por D. João III, é Martim Afonso nomeado, ou mesmo indicado, Governador do Brasil”, tendo sido enviado como Capitão-Mór da armada expeditória (LUÍS, 2004, p. 59

⁴⁵ Em seu Diário de Bordo, Pero Lopes de Sousa, irmão de Martim Afonso anotou: “(...) *A todos nos pareceu tam bem esta ilha que o capitam I. determinou de a povoar, e dey a todolos homês terras (1) para fazerem fazendas: e fez hũa villa na ilha de Sam Vicente e outra 9 leguas dentro pelo sertam, à borda d’hum rio, que se chama Piratininga: e pôz tudo em boa obra de justiça, de que a gente toda tomou muita consolaçam, com verem povoar villas e ter leis e sacreficios, e celebrar matrimônios, e viverem e comunicarem das artes; e ser cada um senhor do seu; e vestir as enjurias particulares; e ter todos outros bens da vida sigura e conversável.*” (cf. SOUSA, 1861).

1922, p. 6). O início do governo autônomo acima mencionado diz respeito ao início de direito, já que como visto, desde a organização dos povoamentos junto às feitorias havia, de fato, alguma espécie primitiva de organização administrativa para o tratamento de assuntos locais.

Após a expedição de Martim Afonso de Sousa, tomando consciência da vastidão do território descoberto – fato este que será de constante relevância nas políticas de centralização e descentralização do Brasil ao longo de sua história – a Coroa Portuguesa decide implantar o sistema de Capitânicas, o qual já havia sido utilizado em outras de suas possessões ultramarinas (cf. FLEIUS, 1922). Não se gastarão aqui linhas descrevendo as léguas de tal sistema, bastando sintetizar que visava assegurar à Portugal a posse das terras sem que seu tesouro restasse comprometido, transferindo a terceiros – Capitães Donatários – o dever de povoamento da respectiva faixa de terra e conferindo-lhes o direito de administração em nome da Coroa. Esse plexo de atribuições obviamente contava com extenso rol de direitos e deveres, dentre os quais importa aqui destacar que aos Donatários era conferida a *Alcaideria-Mór* das vilas que erigisse, bem como a eles era dado o respectivo comando militar, o que contemplava a nomeação de oficiais da justiça, a organização do processo eleitoral para as Câmaras Municipais – segundo o determinado nas Ordenações –, a concessão de semarias, a cobrança de tributos e a defesa contra os gentios e eventuais invasores, tudo conforme as normas jurídicas portuguesas⁴⁶.

Sabemos desde os bancos escolares que tal sistema de capitânicas não prosperou⁴⁷ em virtude de dificuldades como a extensão das terras e o perigo que as tribos nativas e os invasores europeus representavam.

Em que pese tal organização ter sido o primeiro sistema político-administrativo do Brasil e que de fato, alguns dos atuais estados da federação tenham os mesmos nomes das capitânicas que haviam sido instituídas em seu território, não parece correto que se considere esse como um precursor do sistema federativo brasileiro que viria a ser instaurado no período republicano. Isso

⁴⁶ “Investiram-se dos donatários da Alcaideria-Mór e comando militar das villas que erigissem, cargos que exerceriam por si ou por representantes seus; nomeavam ouvidores, escrivães, meirinhos e demais officiaes da justiça, proviam a serventia de notários do publico e judicial, recebendo cada um \$500 de pensão anual; presidiam ás eleições de júztes e officiaes da villa, apurando as listas dos homens bons, que eram os eleitores, aprovando-lhes u não o resultado; isentavam-se de toda a justiça extranha á Capitania, mesmo de corregedores de qualquer alçada, devendo por crime ser chamados á presença d’el-rei; concediam sesmarias a quem lh’as pedisse, comtanto que posse christão; tinham o monopólio das marinhas, moendas de agua e outros engenhos, cobrando o respectivo tributo; tinham o direito das barcas de passagem dos rios, a vintena de todo o pescado (...)” (FLEIUS, 1922, pp.11-12).

⁴⁷ Apenas as Capitânicas de São Vicente e de Pernambuco lograram o êxito esperado, tendo, porém, o sistema fracassado.

porque mesmo sendo semelhante a lógica da descentralização das competências administrativas em unidades territoriais para o seu melhor desempenho, inexistia no sistema de capitâneas a convenção recíproca entre as unidades para a formação do todo fortalecido.

Assim, apesar de Max Fleius (2012) dizer serem as Capitâneas Hereditárias “*o primeiro esboço das nossas antigas Províncias e actuaes Estados federados*” há de se tomar essa assertiva apenas na realidade de demarcação física e territorial das futuras províncias e atuais estados federados, não se considerando que já naquele momento houvera o ânimo político de se firmar uma aliança para a conservação da autonomia local mediante a coesão governamental recíproca (SOUSA, s/d).

Essa falta de coesão governamental na colônia acaba se tornando um dos fatores que impulsiona a criação do Governo Central em 1548, sendo necessário, conforme Max Fleius (2012, p. 14):

(...) uniformizar a administração em todo o paiz, reprimto o arbítrio dos capitães-donatários, uns quase soberanos, e de seus loco-tenentes; a indisciplina reinante em quase todas as capitâneas de desmandos contra o gentio; a urgência em expelir contrabandistas francezes que audazmente se haviam estabelecido nos mares da costa (...); de fortificar e guarnecer mais seguramente o litoral e de premunir os donatários contra as frequentes insurreições das tribos mais ferozes (...); de exaltar a fé catholica, antes de tudo, e politicamente organizar em bases definitivas a América Portugueza, decidira el-rei, em 1548, a crear um só poder central, ou Governo Geral Uno, em nossa terra, como traço de união entre os donatários, a quem foram retiradas muitas das prerrogativas contidas em suas cartas de doação.

Dessa retirada de certas prerrogativas dos donatários se percebe um movimento de centralização de poder político no Governo-Geral, o que vai se refletir na redução da autonomia local sem, porém, sufocá-la, tampouco se confundindo com o regime de unitarismo que seria implantado em 1824 (SOUSA, s/d). Houve ainda duas divisões – seguidas de novas unificações – do Governo Geral, uma em 1572 e outra em 1608, tendo sempre como motivação a tentativa da Coroa de melhor administrar e garantir a posse e o povoamento dos vastos territórios (cf. FLEIUS, 1922).

No plano normativo, durante todo período acima tratado e ainda depois applicava-se na colônia o ordenamento jurídico da metrópole complementado por um conjunto de normas especiais, dizendo José Pedro Galvão de Sousa (s/d):

É muito significativo o fato de terem sido sempre applicadas no Brasil as mesmas leis de Portugal. As Ordenações do Reino aqui ficaram vigorando mesmo depois da separação política e ainda durante a República, até a promulgação do Código Civil. As cartas de

doação das capitanias, os regimentos dos governadores, as cartas régias, alvarás e outros atos emanados do El-Rei ou de outras autoridades metropolitanas formavam o direito especial da colônia, uma complementação do direito comum a Portugal e ao Brasil. Não existia um estatuto colonial, que colocasse o Brasil em situação de inferioridade jurídica.

Faz sentido, então a assertiva de tal autor de que “*Estudar a legislação que vigorou no Brasil nos primeiros séculos, é antes de mais nada estudar a legislação de Portugal*” (cf. SOUSA, s/d, p. 34). Vamos a ela.

Na linha do tempo das Ordenações, as Afonsinas foram criadas em 1446, estando em vigor no início do período colonial brasileiro até as Manuelinas, de 1521⁴⁸. As Ordenações Filipinas, por sua vez, passam a ter vigência a partir de 1603, já no período de união das coroas ibéricas.

Todas essas Ordenações apresentam extensas linhas descrevendo as atribuições da organização administrativa municipal, cujo centro se dava no *Concelho da Câmara*. Nas Ordenações Manuelinas, o Título XLVI do Primeiro Livro trata “Dos Vereadores, da Cidades, e Villas e cousas que a seus officios pertencem”, contendo trinta e dois itens onde se determinam a guarda de documentos e escrituras, competência de cobrança de tributos e até mesmo de julgamento de certos crimes⁴⁹. Há, no entanto, ainda diversos outros capítulos que se debruçam a ordenar a vida municipal, como os que tratam da atribuição dos Escrivães, dos Tesoureiros e dos Procuradores do “Concelho da Câmara”.

Já nas Filipinas, o Título LXVI “Dos Vereadores” do Livro Primeiro possui quarenta e nove itens, conferindo a eles cuidar do regimento da terra para “o bem viver” da população e provocar os Juízes caso tomem conhecimento de malfeitorias contra as Posturas. Também a eles é dado o poder de instituir tributos, prevendo, inclusive, imunidade de taxas para gêneros alimentícios como pão, vinho e azeite. No Título LXVIII do mesmo livro enumeram-se as competências dos Almotacés, também pertencentes à estrutura de poder municipal de então, devendo cuidar da limpeza urbana, da correta aplicação dos pesos e medidas e decidir sobre edificações urbanas. Há ainda capítulos dedicados ao Procurador, ao Tesoureiro e ao Escrivão da Câmara. As Ordenações Filipinas alteraram a competência municipal e a organização e o sistema eleitoral das Câmaras Municipais, dizendo Max Fleius (1922, p. 33) que aí então “começa a esboçar-se na legislação pátria a configuração puramente administrativa do município”, ao que José Pedro Galvão de Sousa

⁴⁸ Pode haver divergências sobre tais datas, vez que as compilações demoravam a ser finalizadas. Usa-se aqui as datas mencionadas em Max Fleius (1922) e José Pedro Galvão de Sousa (s/d).

⁴⁹ REINO DE PORTUGAL. Ordenações Manuelinas nº Livro 1. Coimbra.

(s/d) corrobora e por afirmar que houve redução nas respectivas funções judiciárias, tendo o corpo de vereança assumido caráter administrativo que duraria até a lei 1º de outubro de 1828.

Mesmo com diferenças pontuais, nota-se que logo nos primeiros livros das ordenações há a estruturação da Administração do Município, com a previsão dos cargos, de suas respectivas competências e modo de provimento, sendo a Câmara Municipal o órgão que reunia no “Concelho” esses servidores⁵⁰. Max Fleus (1922, p. 35) destaca que “Às Camaras de então competiam funções muito mais amplas que às actuaes municipalidades”, pois além das “atribuições atinentes propriamente ao município”, ainda exerciam competências outras, como encargos de denúncia de crimes e contravenções, policiamento rural e de higiene pública, avaliação de bens penhorados, depositários judiciais e tantas outras.

Percebe-se nessas atribuições a cumulação das funções administrativas, judiciais e legislativas, tendo esta última até menor prevalência ante as demais. O estudioso atual, já versado na tradicional teoria de divisão dos poderes poderá estranhar tal estrutura. No entanto, a tripartição dos poderes em legislativo, executivo e judiciário como a conhecemos hoje, apesar de ensaiada por autores pretéritos, foi ganhando seus contornos atuais apenas a partir de 1748 com a obra de Montesquieu (2000).

A dificuldade encontrada em se fazer um delineamento suficientemente preciso das competências municipais no Brasil colônia se dá por dois motivos. O primeiro é a barreira linguística e temporal: os séculos que nos separam das Ordenações promoveram mudanças na língua portuguesa, seja na grafia, na estrutura das frases e na correspondência dos vocábulos. O segundo é a diferença na organização ou esquematização do texto normativo: o modo de escrever as leis mudou, sendo as ordenações bem mais extensas em suas disposições do que as mais prolixas constituições, contando ainda, como já dito, com uma estrutura que não contempla a divisão das funções estatais com a qual estamos acostumados a encontrar nas constituições brasileiras desde 1824.

Por fim, uma observação deve ser feita. Existe na literatura uma divergência sobre a participação popular nas eleições locais durante o período colonial. Oliveira Viana (2019, p. 158)

⁵⁰ “A composição das Câmaras Municipais no Brasil Colonial englobava, além de juízes de paz, corregedores, almotacés e procuradores, figuras centrais como os vereadores (eleitos dentre os homens bons da localidade); os juízes ordinários ou juízes da terra (eleitos juntamente com os vereadores, com competência para julgar causas comuns, aplicando a lei conforme os costumes e as regras de direito local, contida nos forais) e os juízes de fora (nomeados pelo rei e vitalícios, possuíam formação jurídica e competia-lhes assegurar a aplicação das Ordenações Gerais do Reino) que representavam o suporte da realeza na localidade.” (DANTAS, 2011, pp. 04-09).

sustenta que nessa época não havia participação democrática enquanto o “*espírito público municipal*” na política das vilas e municípios, sendo, para ele, as Câmaras Municipais órgãos de extensão de poder Coroa Portuguesa em âmbito local:

Na verdade, estas corporações municipais, com os grandes poderes administrativos legislativos, judiciais e mesmo militares que possuíam, serviam apenas aos grandes senhores de engenhos e grossas escravarias (a chamada “nobreza da terra”, que figurava nos pelouros), não propriamente para administrarem o interesse coletivo local; mas, para fazerem a sua política personalista de potentados. Como demonstrarei adiante, eles haviam organizado os seus clãs feudais e parentais, que eram criações ecológicas, impostas pelo meio: – e as câmaras municipais, com os seus cargos eletivos, os seus postos remunerados e o seu poder executivo, legislativo, tributário e repressivo, eram uma arma a mais – e formidável (porque tocada da mística da onipotência da lei) – que a Coroa de Portugal, supondo servir ao espírito da autonomia dos seus súditos coloniais, lhes havia posto imprudentemente nas mãos (VIANA, 2019, p. 156).

O fato de terem sido as Câmaras órgãos impostos pelas leis portuguesas (Ordenações), aliado à inexistência de capacidade eleitoral passiva da maioria dos colonos – apenas os homens bons podiam ser votados – resultava em uma falsa autonomia e na impossibilidade de democracia local (cf. VIANA, 2019).

Esse argumento, porém, é diretamente refutado por Manoel Rodrigues Ferreira (2001, pp. 94-95):

A realidade era bem outra. Existiam, no Estado do Brasil, duas administrações. Uma, constituída dos governadores, que eram representantes dos soberanos portugueses e por eles nomeados. Seus mandatos tinham durações imprevisíveis. Outra, era constituída das câmaras municipais, cujos conselhos eram eleitos pelo povo legitimamente, tendo o mandato de um ano, garantido pela Ordenação. Defrontavam-se, pois, representantes dos reis (governadores) e representantes do povo (oficiais das câmaras). Dado que durante os três séculos em que o Estado do Brasil foi província do Império português, as nossas vilas e cidades situavam-se distantes das sedes dos governadores, é fácil verificar que a administração municipal, mercê também das suas atribuições, deveria ser para o povo mais importante do que as administrações gerais. As câmaras municipais, isto é, os representantes do povo tinham o direito de se dirigir diretamente aos reis de Portugal, sem que o fosse por intermédio dos governadores. E, freqüentemente, faziam-no para reclamar contra os próprios governadores e contra outros membros da administração geral.

Analisando as posições em embate, parece ter razão Manoel Rodrigues Ferreira (2001). Primeiro, o fato de ter sido o sistema de organização municipal em torno das Câmaras uma determinação legal portuguesa não significa que a Coroa minasse a autonomia local, tanto que seus membros eram colonos eleitos. De fato, nem todos podiam ser votados, mas ao se vincular o conceito de autonomia local ao de democracia – e democracia ampla – como faz Oliveira Viana (2019), incorre-se no erro de tratar como única fonte de poder político o *povo-massa* (nos seus

próprios termos), o que não corresponde à realidade. Mesmo que exercido por uma parcela restrita, o poder político era manifestado, nas Câmaras, pela população local, o que lhes dá medida de autonomia significativa, tanto que o próprio Oliveira Viana (2019) menciona poder “*executivo, legislativo, tributário e repressivo*” da localidade. Não se trata, obviamente, de poder ilimitado, de soberania, mas de dentro dos limites da lei o exercício desembaraçado das prerrogativas que eram legalmente conferidas ao Município, e essa competência, como se observou no decorrer deste capítulo, era ampla.

Assim, independentemente ter sido o município instituído pela legislação portuguesa (transplantado, como muitos autores mencionam) e do questionamento de ter sido exercido com maior ou menor legitimidade democrática, o fato é que no período colonial o poder municipal abarcava um feixe de atribuições amplas, descritas nas Ordenações Portuguesas que estiveram vigentes e que cumulava funções executivas, legislativas, judiciárias e militares em diversos cargos públicos reunidos na Câmara Municipal, tendo, então, a autonomia municipal maior amplitude da que agora se observa, razão pela qual se finda este tópico com a seguinte síntese de Nelson Nogueira Saldanha (2001, p. 57):

Observou-se já, com razão, que as atribuições oficiais daquelas câmaras superavam, mesmo, as das municipalidades contemporâneas, pois inclusive enfeixavam competências correspondentes às hoje dadas ao Ministério Público. Realmente, certas experiências, então trazidas e mantidas, como a da eleição de juízes (indireta e oligárquica embora), foram muito interessantes, e a situação era suficiente para poder-se dizer, hoje, que o município colonial foi embrião orgânico de nossas estruturas políticas e sociais posteriores. Em certas cidades, Olinda por exemplo, havia um Senado, com a atuação verdadeiramente notável na pugna contra prepotências metropolitanas.

3 O MUNICÍPIO NO BRASIL IMPÉRIO: A CONSTITUIÇÃO DE 1824 E A CENTRALIZAÇÃO DE PODER

Um dos temas que estava na agenda política do país e sobre os quais gravitavam os escritos de Direito Constitucional e de Direito Administrativo no Brasil Império era a questão da centralização *vs.* descentralização do poder estatal. É de se notar uma tendência quase natural para que isso acontecesse: o país acabara de proclamar sua independência política de Portugal, estando os alicerces da organização do Estado ainda se acomodando à vastidão do território nacional.

Nesse sentido, a análise da esfera de poder municipal durante o período imperial precisa estar atenta aos movimentos de maior ou menor centralização político-administrativa pelos quais passou a nação. O ponto de partida desse estudo não poderia ser outro senão a Constituição Imperial de 1824.

Tal Carta estabeleceu em seu Título 7º (sétimo), Capítulo I, a organização do país em províncias⁵¹, cujos presidentes seriam nomeados e removidos pelo Imperador quando assim conviesse ao “bom serviço do Estado”. As respectivas atribuições, competências e autoridades seriam objeto de lei.

O Capítulo II era dedicado às Câmaras Municipais⁵², que deveriam existir em todas as cidades e vilas e ter como composição Vereadores eleitos. Também se determina que as funções devem ser objeto de “Lei regulamentar”, já havendo, porém, a previsão de que às Câmaras caberia o governo econômico dos municípios, a formação das suas Posturas, a aplicação de suas rendas e todas as suas particulares e úteis atribuições. Importante mencionar aqui informação contida em artigo de Dinorá Adelaide Musetti Grotti (2018, p. 56), que citando José Nilo de Castro explica que quando a Constituição de 1824 confere às Câmaras o governo *econômico* das cidades e vilas, o vocábulo *econômico* deve ser compreendido em sua raiz etimológica do grego *aikos + nomos*, isto é “lei da casa interesse peculiar das povoações, não a economia com o significado que tem hoje”.

Há, portanto, desde o primeiro momento em que o poder constituinte se manifestou no Estado brasileiro o reconhecimento normativo de uma circunscrição de atribuições próprias ao ente municipal para seu autorregramento e que deveria ser exercida mediante a escolha de representantes locais.

O segundo marco normativo das Câmaras Municipais durante o Império foi a Lei 1º de Outubro de 1828, que almejou “dar uniformidade de organização às camaras municipaes, e de fixar

⁵¹ **Constituição Imperial de 1824.** “TITULO 7º Da Administração e Economia das Provincias. CAPITULO I. Da Administração. Art. 165. Haverá em cada Provincia um Presidente, nomeado pelo Imperador, que o poderá remover, quando entender, que assim convem ao bom serviço do Estado. Art. 166. A Lei designará as suas attribuições, competencia, e autoridade, e quanto convier no melhor desempenho desta Administração.”

⁵² **Constituição Imperial de 1824.** “CAPITULO II. Das Camaras. Art. 167. Em todas as Cidades, e Villas ora existentes, e nas mais, que para o futuro se crearem haverá Camaras, ás quaes compete o Governo economico, e municipal das mesmas Cidades, e Villas. Art. 168. As Camaras serão electivas, e compostas do numero de Vereadores, que a Lei designar, e o que obtiver maior numero de votos, será Presidente. Art. 169. O exercicio de suas funcções municipaes, formação das suas Posturas policiaes, applicação das suas rendas, e todas as suas particulares, e uteis attribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar.”

suas atribuições mais de accordo com a nova ordem de cousas estabelecidas pela independencia do Imperio” (LAXE, 1885, p. 22).

Restou fixado em seu art. 24⁵³ que tais órgãos seriam “corporações meramente administrativas”, sendo delas retirada a competência de jurisdição contenciosa. Os artigos 39 e 40⁵⁴ da lei em questão dão o tom geral das atribuições das Câmaras: tratar do melhor interesse do município e dos seus habitantes. A especificação dos limites dessa competência constava nos artigos 66 até 73, que compunham o Título III – “Posturas Policiaes”⁵⁵. Tem-se então uma série de

⁵³ **Lei 1º de Outubro de 1828.** Art. 24. As Camaras são corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdição alguma contenciosa.

⁵⁴ **Lei 1º de Outubro de 1828.** Art. 39. As Camaras, na sua primeira reunião, examinarão os provimentos, e posturas actuaes, para propôr ao Conselho Geral o que melhor convier aos interesses do município; ficando, depois de aprovados, sem vigor todos os mais.

Art. 40. Os Vereadores tratarão nas vereações dos bens, e obras do Conselho do Governo economico, e policial da terra; e do que neste ramo fôr á prol dos seus habitantes.

⁵⁵ **Lei 1º de Outubro de 1828.**

TITULO III POSTURAS POLICIAES

Art. 66. Terão a seu cargo tudo quanto diz respeito á policia, e economia das povoações, e seus termos, pelo que tomarão deliberações, e proverão por suas posturas sobre os objectos seguintes:

§ 1º Alinhamento, limpeza, iluminação, e desempachamento das ruas, cães e praças, conservação e reparos de muralhas feitas para segurança dos edificios, e prisões publicas, calçadas, pontes, fontes, aqueductos, chafarizes, poços, tanques, e quaesquer outras construcções em beneficio commum dos habitantes, ou para decôro e ornamento das povoações.

§ 2º Sobre o estabelecimento de cemiterios fóra do recinto dos templos, conferindo a esse fim com a principal autoridade ecclesiastica do lugar; sobre o esgotamento de pantanos, e qualquer estagnação de aguas infectas; sobre a economia e asseio dos curraes, e matadouros publicos, sobre a collocação de cortumes, sobre os depositos de immundices, e quanto possa alterar, e corromper a salubridade da atmosphaera.

§ 3º Sobre edificios ruinosos, escavações, e precipicios nas vizinhanças das povoações, mandando-lhes pôr divisas para advertir os que transitam; suspensão e lançamento de corpos, que possam prejudicar, ou enxovalhar aos viandantes; cautela contra o perigo proveniente da divagação dos loucos, embriagados, de animaes ferozes, ou damnados, e daquelles, que, correndo, podem incommodar os habitantes, providencias para acautelar, e atalhar os incendios.

§ 4º Sobre as vozerias nas ruas em horas de silencio, injurias, e obscenidades contra a moral publica.

§ 5º Sobre os damninhos, e os que trazem gado solto sem pastor em lugares aonde possam causar qualquer prejuizo aos habitantes, ou lavouras; extirpação de reptis venenosos, ou de quaesquer animaes, e insectos devoradores das plantas; e sobre tudo o mais que diz respeito á policia.

§ 6º Sobre construcção, reparo, e conservação das estradas, caminhos, plantações de arvores para preservação de seus limites á commodidade dos viajantes, e das que forem uteis para a sustentação dos homens, e dos animaes, ou sirvam para fabricação de polvora, e outros objectos de defesa.

§ 7º Proverão sobre lugares onde pastem e descancem os gados para o consumo diario, em quanto os Conselhos os não tiverem proprios.

§ 8º Protegerão os criadores, e todas as pessoas, que trouxerem seus gados para os venderem, contra quaesquer oppressões dos empregados dos registros, e curraes dos Conselhos, aonde os haja, ou dos marchantes e mercadores deste genero, castigando com multas, e prisão, nos termos do titulo 3º art. 71, os que lhes fizerem vexames, e acintes para os desviarem do mercado.

§ 9º Só nos matadouros publicos, ou particulares, com licença das Camaras, se poderão matar, e esquartejar as rezes; e calculado o arrobamento de cada uma rez, estando presente os exactores dos direitos impostos sobre a carne; permitir-se-ha aos donos dos gados conduzil-os depois de esquartejados, e vendel-os pelos preços, que quizerem, e

incumbências acerca de higiene pública, segurança de edifícios, normas de bom convívio interpessoal, contenção de animais e de pragas, conservação de estradas, proteção e tratamento do gado e da lavoura – lembre-se aqui se tratar de uma sociedade ainda predominantemente rural – organização de feiras e espetáculos públicos, gerenciamento de escolas primárias e de casas de caridade para necessitados e órfãos – havendo nesse ponto específica menção de que “se vacinem todos os meninos do districto, e adultos que o não tiverem sido”, ao que se rememora a reflexão introdutória deste estudo sobre a compreensão do poder municipal em um momento de crise sanitária. Há, desde o Império, pelo que se pode ver, competência do Município no gerenciamento de questões afeitas à preservação da saúde coletiva dos munícipes⁵⁶.

aonde bem lhes convier, com tanto que o façam em lugares patentes, em que a Camara possa fiscalisar a limpeza, e salubridade dos talhos, e da carne, assim como a fidelidade dos pesos.

§ 10. Proverão igualmente sobre a commodidade das feiras, e mercados, abastança, e salubridade de todos os mantimentos, e outros objectos expostos á venda publica, tendo balança de ver o peso, e padrões de todos os pesos, e medidas para se regularem as aferições; e sobre quanto possa favorecer a agricultura, commercio, e industriados seus districtos, abstendo-se absolutamente de taxar os preços dos generos, ou de lhes pôr outras restricções á ampla, liberdade, que compete a seus donos.

§ 11. Exceptua-se a venda da polvora, e de todos os generas susceptiveis do explosão, e fabrico de fogos de artificio, que pelo seu perigo, só se poderão vender, e fazer nos lugares marcados pelas Camaras, e fóra de povoado, para o que se fará conveniente postura, que imponha condemnação, aos que a contravierem.

§ 12. Poderão autorizar espectaculos publicos nas ruas, praças, e arraiaes, uma vez que não offendam a moral publica, mediante alguma medica gratificação para as rendas do Conselho, que fixarão por suas posturas.

Art. 67. Cuidarão os Vereadores, além disto em adquirir modelos de machinas, e instrumentos ruraes, ou das artes, para que se façam conhecidos aos agricultores, e industriosos.

Art. 68. Tratarão de haver novos animaes uteis, ou de melhorar as raças dos existentes, assim como de ajuntar sementes de plantas interessantes, e arvores fructiferas, ou prestadias para as distribuirem pelos lavradores.

Art. 69. Cuidarão no estabelecimento, e conservação das casas de caridade, para que se criem expostos, se curem os doentes necessitados, e se vacinem todos os meninos do districto, e adultos que o não tiverem sido, tendo Medico, ou Cirurgião de partido.

Art. 70. Terão inspecção sobre as escolas de primeiras letras, e educação, e destino dos orphãos pobres, em cujo numero entram os expostos; e quando estes estabelcimentos, e os de caridade, de que trata o art. 69, se achem por Lei, ou de facto encarregados em alguma cidade, ou vida a outras autoridades individuaes, ou collectivas, as Camaras auxiliarão sempre quanto estiver de sua parte para a prosperidade, e augmento dos sobreditos estabelecimentos.

Art. 71. As Camaras deliberação em geral sobre os meios de promover e manter a tranquillidade, segurança saude, e commodidade dos habitantes; o asseio, segurança, elegancia, e regularidade externa dos edificios, e ruas das povoações, e sobre estes objectos formarão as suas posturas, que serão publicadas por editaes, antes, e depois de confirmadas.

Art. 72. Poderão em ditas suas posturas comminar penas até 8 dias de prizão, e 30\$000 de condemnação, as quaes serão aggravadas nas reincidencias até 30 dias de prisão, e 60\$000 de multa. As ditas posturas só terão vigor por um anno em quanto não forem confirmadas, a cujo fim serão levadas aos Conselhos Geraes, que tambem as poderão alterar, ou revogar.

Art. 73. Os cidadãos, que se sentirem agravados pelas deliberações, acórdãos, e posturas das Camaras, poderão recorrer para os Conselhos Geraes, e na Córte para a Assembléa Geral Legislativa; e aos Presidentes das provincias, e por estes ao Governo, quando a materia fôr meramente economica e administrativa.

⁵⁶ Para mais informações como se dava a atuação das Câmaras Municipais no tratamento dessas competências, consultar: LAXE, 1884.

As Câmaras possuíam certa margem de liberdade financeira justamente para o exercício dessas atribuições, tendo o Título IV da Lei de 1º de outubro de 1828 deliberado sobre as rendas municipais, dispondo, inclusive, sobre as prioridades no dispêndio de verbas nas causas mais urgentes e no cuidado com os órfãos e desamparados⁵⁷. Sobre essa relação da liberdade de administrar seus recursos estabelecida pela lei, João Baptista Cortines Laxe (1884, p. 23) explicou:

Assim que, ao passo que reconheceu a liberdade que devem as municipalidades ter na gerencia dos dinheiros municipaes, na sua applicação á necessidades que lhes parecessem mais urgentes, na administração dos bens municipaes, na nomeação dos seus empregados, obrigou-as a prestarem contas aos geraes das concelhos provincias; tornou dependentes da licença de es mesmos conselhos os actos alienativos do dominio directo e util dos immoveis municipae , e suas posturas dependentes de confirmação. Liberdade nos actos de pura e simples administração; dependencia tanto quanto era necessaria para prender as municipalidades ao corpo social como órgão delle, sem tirarlhe todavia o prestigio e força moral de que tanto carecem os podere sociaes em seu todo e em suas decomposições: taes forão os principios culminantes que presidirão á confecção da Lei de 1º de Outubro de 1828.

É durante o Império que surge a figura do Prefeito, cujas funções – correspondentes em certas medidas às atuais – eram desempenhadas pelo Presidente da Câmara (cf FERREIRA, 2001). Não havia previsão desse cargo na lei de 1º de outubro de 1828, sendo criado pela Lei nº 18 de 11 de abril de 1835 na Província de São Paulo e depois disseminado nas demais províncias pela instrução que acompanhava o Decreto de 09 de dezembro de 1935⁵⁸. Já há algo a se notar, portanto: os contornos da divisão das funções estatais que durante o período colonial eram extremamente difusos vão ficando ligeiramente mais nítidos.

⁵⁷ **Lei 1º de Outubro de 1828.**

TITULO IV APPLICACÃO DAS RENDAS

Art. 74. Não despenderão as rendas dos Conselhos senão em objectos proprios de suas attribuições, nem darão aos Juizes, ou outros empregados senão o que por Lei estiver determinado, ou no futuro fôr ordenado pelo Poder Legislativo.

Art. 75. O Procurador não fará despeza, que não seja autorizada por postura, ou determinada por deliberação da Camara.

Art. 76. Não podendo prover a todos os objectos de suas attribuições, preferirão aquelles, que forem mais urgentes; e nas cidades, ou villas, aonde não houverem casas de misericordia, attentarão principalmente na criação dos expostos, sua educação, e dos mais orphãos pobres, e desamparados.

Art. 77. Geralmente proporão ao Conselho Geral de Provincia, tanto os meios de augmentar suas rendas, como a necessidade, ou utilidade de fazer dellas alguma extraordinaria applicação.

Art. 78. E' prohibido porém todo o ajuntamento para tratar, ou decidir negocios não comprehendidos neste Regimento, como proposições, deliberações, e decisões feitas em nome do povo, e por isso nullos, incompetentes, e contrarios á Constituição, art. 167, e muito menos para depôr autoridades, ficando entendido, que são subordinadas aos Presidentes das provincias, primeiros administradores dellas.

⁵⁸ O §10 de tal instrução menciona especificamente o exemplo do modelo implantado na província de São Paulo.

Neste ponto do estudo, é preciso fazer uma pequena digressão sobre as forças políticas antagônicas mencionadas no primeiro parágrafo deste tópico. Grosso modo, havia uma ala liberal⁵⁹, com maior foco na Câmara de Deputados, com pautas reformadoras de redução do poder central, supressão do Conselho de Estado, criação de Assembleias Provinciais, e até abolição do Poder Moderador (cf. BONAVIDES e ANDRADE, 1991); e uma ala conservadora, de representação no Senado, de manutenção da ordem então vigente. Enquanto estes viam a centralização como condição de manutenção do Império (cf. URUGUAY, 1862), aqueles julgavam ser a descentralização o fundamento de instituições mais democráticas (cf. BASTOS, 1870).

Durante o período regencial, em um momento de prevalência liberal foi editada a Lei nº 16 de 12 de agosto de 1834, o chamado Ato Adicional à Constituição de 1824. Tal ato substituiu os então Conselhos Gerais das Províncias por Assembleias Provinciais compostas por Deputados a serem eleitos periodicamente e com atribuições legislativas enumeradas em seu art. 10⁶⁰. Sobre sua inspiração ideológica de oposição ao poder central:

⁵⁹ O pensamento liberal brasileiro da época é demonstrado no seguinte trecho:

“A doutrina liberal não é no Brazil fantasia momentânea ou estratagem de partido; é a renovação de um facto historico. Assim considerada, tem ella um valor que só a obcecação pôde desconhecer. Como a França voltando-se agora para os principios de 89, nós volvemos a um ponto de partida bem distante, o fim do reinado de Pedro I; queremos, como então queriam os patriotas da independência democratizar nossas instituições.” (BASTOS, 1870, p 110).

⁶⁰ **Ato Adicional à Constituição de 1824**

Art. 10. Compete ás mesmas Assembléas legislar:

§ 1º Sobre a divisão civil, judiciaria, e ecclesiastica da respectiva Provincia, e mesmo sobre a mudança da sua Capital para o lugar que mais convier.

§ 2º Sobre instrucção publica e estabelecimentos proprios a promovel-a, não comprehendendo as faculdades de Medicina, os Cursos Juridicos, Academias actualmente existentes e outros quaesquer estabelecimentos de instrucção que para o futuro forem creados por lei geral.

§ 3º Sobre os casos e a fórma por que pôde ter lugar a desapropriação por utilidade municipal ou provincial.

§ 4º Sobre a policia e economia municipal, precedendo propostas das Camaras.

§ 5º Sobre a fixação das despezas municipaes e provinciaes, e os impostos para ellas necessarios, com tanto que estes não prejudiquem as imposições geraes do Estado. As Camaras poderão propôr os meios de occorrer ás despezas dos seus municipios.

§ 6º Sobre repartição da contribuição directa pelos municipios da Provincia, e sobre a fiscalisação do emprego das rendas publicas provinciaes e municipaes, e das contas da sua receita e despeza.

As despezas provinciaes serão fixadas sobre orçamento do Presidente da Provincia, e as municipaes sobre orçamento das respectivas Camaras.

§ 7º Sobre a criação e suppressão dos empregos municipaes e provinciaes, e estabelecimento dos seus ordenados.

São empregos municipaes e provinciaes todos os que existirem nos municipios e provincial, á excepção dos que dizem respeito á administração, arrecadação, e contabilidade da Fazenda Nacional; á administração da guerra e marinha, e dos correios geraes; dos cargos de Presidente de Provincia, Bispo, Commandante Superior da Guarda Nacional, membro das Relações e tribunaes superiores, e empregados das Faculdades de Medicina, Cursos Juridicos e Academias, em conformidade da doutrina do § 2º deste artigo.

§ 8º Sobre obras publicas, estradas e navegação no interior da respectiva Provincia, que não pertenção á administração geral do Estado.

Inspirou-o a democracia. Ele aboliu o conselho de estado, ninho dos retrogradados auxiliares de D. Pedro; decretou uma regencia nomeada pelo povo, e permitiu que nossa pátria o governo electivo insaiasse durante um grande numero de annos: fez mais, creou o poder legislativo provincial. Não é lícito menosprezar obra semelhante (BASTOS, 1870, p. 84).

Se a um primeiro momento tende-se a pensar que com a maior descentralização os municípios ganharam em autonomia na gestão de seus interesses, quando se observa cuidadosamente a situação percebe-se que ocorreu o contrário, já que muitas das atribuições dadas às Assembleias Provinciais se sobrepunham ao que pela Lei de 1º de Outubro de 1828 havia conferido às Câmaras Municipais, razão pela qual diz o Visconde do Uruguay (1861, p.169) que “Forão os autores do acto adicional os que entre nós, como depois veremos, fizeram mais profundas feridas na autonomia municipal”.

Tem-se configurada situação em que determinada corrente ideológica, no caso a liberal, passa a influir no direcionamento dos rumos do Estado brasileiro. Perceba-se, porém, que essa descentralização postulada pelos defensores da ideologia liberal pode também ter sido usada como projeto de poder de uns contra outros, ao que Victor Nunes Leal (2012, p. 62) comenta:

O que parece, entretanto, mais plausível é que às forças políticas liberais daquela época o que interessava era fortalecer as províncias perante o Governo Geral. A concessão de maior autonomia aos municípios certamente não concorreria para esse resultado, porque poderia pôr em risco a homogeneidade da situação dominante na província. Com os municípios controlados estreitamente pelas assembleias, estariam as províncias, como unidades coesas e fortes, mais habilitadas a resistir à absorvente supremacia do centro.

Assim, o Ato Adicional a pretexto de promover a descentralização administrativa no país, que até certo ponto seria justificável⁶¹ na visão do Visconde do Uruguay (1861), acabou por reduzir a autonomia municipal em prol da concentração de poder nas províncias⁶².

A chamada reação conservadora veio ainda na Regência, com a Lei nº 105 de 12 de maio de 1840, a Lei de Interpretação do Ato Adicional. Tavares Bastos (1870, p. 91), em seu Estudo sobre a Descentralização no Brasil, sendo apoiador do Ato Adicional e crítico da Lei Interpretativa, menciona que:

§ 9º Sobre construcção de casas de prisão, trabalho e correcção, e regimen dellas.

§ 10. Sobre casas de soccorros publicos, conventos e quaesquer associações politicas ou religiosas.

§ 11. Sobre os casos e a fórma por que poderão os Presidentes das Provincias nomear, suspender e ainda mesmo demittir os empregados provinciaes.

⁶¹ “A descentralisação administrativa que trouxe o acto adicional era, pelas razões que acima forão expostas, até certo ponto justificavel.” (URUGUAY, 1862, p. 205).

⁶² “E ver-se-ha que se o aeto adicional decentralisou quanto pôde as Provincias do Poder central, centralisou quanto pôde nas Provincias, cerceou e raduzio quanto pôde a autonomia municipal” (URUGUAY, 1862, p.193).

A lei chamada da interpretação foi, todos o sabem, o acto mais energico da reacção conservadora: limitando a autoridade das assembléas provinciaes, permitiu a creação da policia uniforme em todo imperio e a militarisação da guarda nacional, instituições posteriormente organisadas com symetria a que só faltam os retoques propostos recentemente. Não interpretava-se, amputava-se o acto addicional; e tudo sem os tramites de uma reforma constitucional; obra por esses dous motivos igualmente odiosa.

Da leitura tanto de Tavares Bastos (1870) como de Visconde do Uruguay (1862) percebe-se o antagonismo ideológico entre liberais e conservadores que permeou do debate político do Império. Cada um com seus argumentos defende a prevalência, respectivamente, da descentralização e da centralização do poder, e inclusive relacionando suas consequências para a autonomia municipal. Para Bastos (1870), a competência das Assembleias Provinciais para gerir assuntos dos Municípios deveria ser privilegiada pela extensão do Império, sendo prudente que cada região legislasse conforme a diversidade de circunstâncias locais. Já para Uruguay (1862), como já visto, essa medida tolhera a autonomia municipal.

O que se pode perceber, no entanto, principalmente quando se compara o contexto colonial com o imperial é de que nos dois momentos os municípios estiveram regidos por normas gerais oriundas de um poder central, seja do Reino de Portugal, seja do Império do Brasil. No entanto, dada a própria evolução histórica do momento inicial de abandono da colônia até o pós-independência com influências liberais e descentralizadoras houve redução no campo da esfera de poderes exercidos pelas cidades e vilas.

4 O MUNICÍPIO NO BRASIL REPÚBLICA: AS DIVERSAS CARTAS CONSTITUCIONAIS E SEUS MOVIMENTOS DE CENTRALIZAÇÃO E DESCENTRALIZAÇÃO

Viu-se até aqui como o Estado brasileiro evoluiu normativamente nos períodos de colônia e Império em relação à autonomia municipal, sendo ressaltadas os principais fatos e ideologias determinantes. Como se expôs na introdução, ainda não houve solução para o problema federativo no Brasil. Cabe, então, adentrar no propriamente na questão para continuar a busca, agora no fio da história republicana brasileira, da compreensão dos conceitos de interesse local e de autonomia municipal.

Para isso, necessário pontuar que foram duas as ideias fomentadoras uma das maiores mudanças – comemorada por uns e lastimada por outros – na forma de estado e de governo no Brasil: a proclamação da República. Uma delas foi a ideologia positivista de Augusto Comte, que pela ação de Benjamin Constant teve profunda influência no movimento republicano brasileiro, como menciona Ivan Lins em sua *História do Positivismo no Brasil*⁶³. A outra foi o federalismo, de inspiração norte-americana e antiga pauta liberal que ia ganhando adesão pela sua conveniência às elites provinciais. Tais ideologias estiveram presentes na elaboração da Constituição de 1891, a primeira republicana.

Como esse artigo se debruça sobre um ponto do atual federalismo brasileiro, será dada maior ênfase a este último fator ideológico, ressaltando-se, porém, a relevância do positivismo para a compreensão da Proclamação da República no Brasil.

Fellisbello Freire (1894) descreve que a República Federal foi escolhida como forma de governo, já que desde as primeiras manifestações do partido republicano sua principal aspiração havia sido à forma federalista de estado, sendo isso, inclusive, atribuído como um dos fatores de adesão das elites à revolução, já que diversos setores provinciais almejavam maior poder local, o que ocorreria com medidas descentralizantes.

Do ponto de vista normativo, uma vez proclamada a República e promulgada a Constituição de 1891, as antigas províncias passaram a ser estados autônomos ligados entre si e à União pelo laço da federação⁶⁴.

É interessante pontuar que já naquela época houve discussões acerca da possibilidade de o Município ser regido por Lei Orgânica, realidade atual do federalismo brasileiro:

⁶³ “*De importância foi a participação dos positivistas na implantação da República. Esta só se proclamou em 15 de novembro de 1889 graças à direção impressa ao movimento revolucionário por Benjamin Constant. Decisiva foi, de fato, a atuação deste último, não só por ter sido a ‘alma’ do movimento, como disse Rui Barbosa, mas pelo ascendente moral e intelectual que adquirira em todo o país e principalmente entre a oficialidade da época, de cuja maioria fora professor grandemente estimado e admirado.*” (LINS, 1964, p.303).

⁶⁴ **Constituição de 1891.** Art. 1º A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Art 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.

Fellisbello Freire (1894, pp. 40-42) relata que foi dado, inicialmente, maior poder de atuação aos estados, o que logo retrocedeu, observada a possibilidade de atritos que poderiam ocorrer. Assim, os governadores foram nomeados pelo próprio Governo Provisório, tendo a Revolução – feita em nome da federação – encontrado na própria organização estadual um obstáculo. Isso porque, ao passo que a União já estava consolidada, já era *obra feita* pelo Império, os Estados teriam que ainda entrar na fase de aprendizagem para gerir seus próprios negócios, ficando “*Pelo lado político tão presos ao centro como no tempo do Império*”.

Como se vê, o deputado queria que se desse aos municípios a faculdade de organizarem-se, de promulgarem sua lei organica, uma especie de constituição, á custa de seus propios elementos, de uma especie de constituinte. Este modo de vêr não foi aceito pelo congresso que considerou o municipio como um governo delegado. De facto, em todos os e tados elles se organizaram, recebendo dos congressos suas leis orgânicas (FREIRE, 1884, p. 248).

No entanto, como consta no trecho, prevaleceu a opção de ser o Município mero governo delegado, vinculado ao Estado respectivo. Assim, coube, na prática, às constituições estaduais concederem aos municípios maior ou menor amplitude na administração de seu peculiar interesse (cf. GROTTI, 2018). Sobre esse quadro, Victor Nunes Leal (2012, p. 64) coloca que “Se o federalismo tem como princípio básico a descentralização (política e administrativa), seria perfeitamente lógico estender a descentralização à esfera municipal”. Todavia, mais uma vez na história brasileira um movimento de descentralização política não implica ampliação da autonomia municipal, pelo contrário, havendo apenas relativo aumento de poderes nas Províncias ou Estados em detrimento dos Municípios.

Com a Reforma Constitucional de 1926 firmou-se como preceito constitucional a autonomia municipal⁶⁵, a qual deveria ser respeitada quanto ao peculiar interesse do Município. A delimitação deste peculiar interesse, porém, remanesceu a cargo de forças políticas e ideológicas dominantes:

Do ponto de vista estritamente jurídico, é evidente que a Constituição federal admitia restrições à autonomia administrativa e política das comunas. A autonomia municipal, segundo o art. 68, estava referida à noção de “peculiar interesse” dos municípios, mas esse conceito auxiliar não foi definido no texto constitucional. Ao legislador constituinte estadual e, nos limites por ele permitidos, ao legislador ordinário, tocava a tarefa de discriminar as matérias e os limites da competência municipal (LEAL, 2012, p. 66).

Assim permaneceu o quadro normativo até o Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, que instituiu o Governo Provisório de Getúlio Vargas e determinou a nomeação dos Prefeitos – que agregariam competências executivas e legislativas – se daria pelo Interventor do Estado⁶⁶,

⁶⁵ **Constituição 1891**. Art.6º - O Governo federal não poderá intervir em negocios peculiares aos Estados, salvo: (...) II - para assegurar a integridade nacional e o respeito aos seguintes principios constitucionaes: (...) f) a autonomia dos municípios; (Redação da Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926).

⁶⁶ **Decreto nº 19.398, de 11 de Novembro de 1930**. Art. 11. O Governo Provisório nomeará um interventor federal para cada Estado, salvo para aqueles já organizados; em os quais ficarão os respectivos presidentes investidos dos Poderes aquí mencionados.

que por sua vez seria nomeado pelo próprio Governo Provisório. O motivo de tanta centralização de poder era o mesmo da instauração do novo regime: combater práticas clientelistas típicas da República Velha e dotar o aparelho estatal de maior eficiência.

Tal decreto vigorou até a Constituição de 1934, a qual, apesar de sua curta duração, pode ser descrita como marco normativo da mudança de orientação ideológica da política central brasileira. Enquanto a Constituição de 1891 teve caráter liberal e individualista, a nova ordem pós-revolução de 1930 teve “feição socializante, de intervenção crescente na ordem social, em especial mediante o dirigismo econômico e financeiro da nação” (cf. MELLO, 2007, p. 142).

Em tal Constituição foi determinado o respeito à autonomia municipal pelos Estados⁶⁷, resguardada a eletividade de prefeitos e vereadores e conferida uma quantidade considerável de competências aos Municípios em diversos artigos⁶⁸, inclusive discriminando as rendas que lhes

§ 1º O interventor terá, em cada Estado, os proventos, vantagens e prerrogativas, que a legislação anterior do mesmo Estado confira ao seu presidente ou governador, cabendo-lhe exercer, em toda plenitude, não só o Poder Executivo como também o Poder Legislativo.

§ 2º O interventor terá, em relação à Constituição e leis estaduais, deliberações, posturas e atas municipais, os mesmos poderes que por esta lei cabem ao Governo Provisório, relativamente à Constituição e demais leis federais, cumprindo-lhe executar os decretos e deliberações daquele no território do Estado respectivo.

§ 3º O interventor federal será exonerado a critério do Governo Provisório.

§ 4º O interventor nomeará um prefeito para cada município, que exercerá aí todas as funções executivas e legislativas, podendo o interventor exonerá-lo quando entenda conveniente, revogar ou modificar qualquer dos seus atos ou resoluções e dar-lhe instruções para o bom desempenho dos cargos respectivos e regularização e eficiência dos serviços municipais.

§ 5º Nenhum interventor ou prefeito nomeará parente seu, consanguíneo ou afim, até o sexto grau, para cargo público no Estado ou

§ 6º O interventor e o prefeito, depois de regularmente, empossados, ratificarão expressamente ou revogarão os atos ou deliberações, que eles mesmos, antes de sua investidura, de acordo com a presente lei, ou quaisquer outras autoridades; que anteriormente tenham administrado de fato o Estado ou o município, hajam praticado.

§ 7º Os interventores e prefeitos manterão, com a amplitude que as condições locais permitirem, regime de publicidade dos seus atos e dos motivos que os determinarem, especialmente no que se refira à arrecadação e aplicação dos dinheiros públicos, sendo obrigatória a publicação mensal do balancete da Receita e da Despesa.

§ 8º Dos atos dos interventores haverá recurso para o Chefe do Governo Provisório.

⁶⁷ **Constituição 1934.**

Art 7º - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

(...)

d) autonomia dos Municípios;

⁶⁸ **Constituição 1934.**

Art 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente:

I - a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta;

II - a decretação dos seus impostos e taxas, a arrecadação e aplicação das suas rendas;

III - A organização dos serviços de sua competência.

§ 1º - O Prefeito poderá ser de nomeação do Governo do Estado no Município da Capital e nas estâncias hidrominerais.

pertenceriam, como forma de garantir a dita autonomia. Em que pese ainda não serem taxados de entes federados, já começam a figurar ao lado da União e dos Estados quando da imposição de atribuições concorrentes a eles.

Não se pôde sequer avaliar o impacto dessas novidades, já que que em 1937 foi outorgada uma nova Constituição pelo Governo Vargas. Conforme Hely Lopes Meirelles (2013, p. 40):

O golpe ditatorial de 10.11.1937 impôs um novo regime político ao Brasil. Misto de corporativismo e socialismo, temperado com algumas franquias democráticas, o Estado Novo – como denominou seu criador – caracterizou-se pela concentração de poderes no Executivo, ou, mais propriamente, nas mãos do seu instituidor.⁶⁹

§ 2º - Além daqueles de que participam, ex vi dos arts. 8º, § 2º, e 10, parágrafo único, e dos que lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem aos Municípios:

I - o imposto de licenças;

II - os impostos predial e territorial urbanos, cobrado o primeiro sob a forma de décima ou de cédula de renda;

III - o imposto sobre diversões públicas;

IV - o imposto cedular sobre a renda de imóveis rurais;

V - as taxas sobre serviços municipais.

§ 3º - É facultado ao Estado a criação de um órgão de assistência técnica à Administração municipal e fiscalização das suas finanças.

§ 4º - Também lhe é permitido intervir nos Municípios a fim de lhes regularizar as finanças, quando se verificar impontualidade nos serviços de empréstimos garantidos pelos Estados, ou pela falta de pagamento da sua dívida fundada por dois anos consecutivos, observadas, naquilo em que forem aplicáveis, as normas do art. 12.

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) estimular a educação eugênica;

c) amparar a maternidade e a infância;

d) socorrer as famílias de prole numerosa;

e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;

g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais.

Art 141 - É obrigatório, em todo o território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

Art 177 - A defesa contra os efeitos das secas nos Estados do Norte obedecerá a um plano sistemático e será permanente, ficando a cargo da União, que dependerá, com as obras e os serviços de assistência, quantia nunca inferior a quatro por cento da sua receita tributária sem aplicação especial. (Vide Lei nº 175, de 1936)

(...)

§ 3º - Os Estados e Municípios compreendidos na área assolada pelas secas empregarão quatro por cento da sua receita tributária, sem aplicação especial, na assistência econômica à população respectiva.

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.40.

A marca da Constituição de 1937 foi então a extrema centralização do poder no Executivo Federal como tentativa de superação das práticas patrimonialistas e clientelistas da chamada República Velha. Apesar de estar expressa a autonomia dos Municípios quanto ao seu peculiar interesse no art. 26⁷⁰, apenas os vereadores⁷¹ seriam eleitos diretamente⁷², sendo o prefeito nomeado livremente pelo Governador conforme o art. 27⁷³. Foram mantidas algumas das rendas dos Municípios⁷⁴, bem como a possibilidade de cooperação intermunicipal para atendimento a serviços de interesse comum, cabendo aos Estados a regulamentação de como isso se daria. Na esteira desenvolvimentista do país, foi dada competência comum aos entes para amparo da infância e juventude, especialmente no concernente à promoção de sua educação em todos os seus graus⁷⁵.

No esquema normativo do período, ressalta-se também o Decreto-Lei nº 1.202 de 08 de abril de 1939, que dispôs sobre a administração dos Estados e dos Municípios, dando competência ao Presidente para tratar de diversas matérias mediante Decretos-Lei⁷⁶ e impondo outras tantas

⁷⁰ **Constituição 1937.**

Art 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:

- a) à escolha dos Vereadores pelo sufrágio direto dos munícipes alistados eleitores na forma da lei;
- b) a decretação dos impostos e taxas atribuídos à sua competência por esta Constituição e pelas Constituições e leis dos Estados;
- c) à organização dos serviços públicos de caráter local.

⁷¹ O art. 178 da Constituição de 1937 dissolveu todas as Câmaras Municipais, as Assembleias Legislativas, o Senado Federal e a Câmara dos Deputados, determinando que posteriormente o Presidente marcaria eleições nacionais.

⁷² Hely Lopes Meirelles (2013, p. 40) afirma que “nunca se obedeceu àquela Constituição na parte concernente à composição das Câmaras”, dando a entender que a eletividade dos vereadores não era obedecida na prática.

⁷³ **Constituição de 1937.** Art 27 - O Prefeito será de livre nomeação do Governador do Estado.

⁷⁴ **Constituição de 1937.**

Art 28 - Além dos atribuídos a eles pelo art. 23, § 2, desta Constituição e dos que lhes forem transferidos Pelo Estado, pertencem aos Municípios:

- I - o imposto de licença;
- II - o imposto predial e o territorial urbano;
- III - os impostos sobre diversões públicas;
- IV - as taxas sobre serviços municipais.

Art 29 - Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único - Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma, de sua administração.

⁷⁵ **Constituição de 1937.**

Art 129 - A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.

⁷⁶ **Decreto-Lei 1.202/1939.**

Art. 32. Terão a sua vigência condicionada à aprovação do Presidente da República os decretos-leis que dispuserem, no todo ou em parte, sobre:

- I - o bem-estar, a ordem, a tranquilidade e a segurança pública;
- II - as comunicações e os transportes por via férrea, d'água e aérea, ou estradas de rodagem;
- III - arrendamento, concessão, ou autorização para exploração de minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca, e o seu regime ou regulamentação;
- IV - riquezas de sub-solo, mineração, metalurgia, águas, energia hidro-elétrica, florestas, caça e pesca, e sua exploração;
- V - rádio-comunicação, regime de eletricidade;
- VI - regime das linhas para as correntes de alta tensão;
- VII - escolas de grau secundário e superior, e regulamentação, no todo ou em parte, do ensino de qualquer grau;
- VIII - saúde pública; higiene do trabalho;
- IX - assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- X - fiscalização administrativa e policial de teatros, cinematógrafos e demais divertimentos públicos;
- XI - fixação do efetivo da força policial, corpo de bombeiros, guarda civil e corporações de natureza semelhante, seu armamento, despesa e organização;
- XII - processo judicial ou extra-judicial;
- XIII - organizações públicas com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios, ou sua decisão arbitral;
- XIV - medidas de polícia para a proteção das plantas e dos rebanhos contra as moléstias ou agentes nocivos;
- XV - crédito agrícola, cooperativas entre agricultores;
- XVI - definição do pequeno produtor para os efeitos do art. 23, n. I, letra d, da Constituição;
- XVII - impostos ou taxas de exportação;
- XVIII - impostos ou taxas de qualquer espécie, desde que se trate de nova tributação ou de majoração;
- XIX - divisão administrativa e organização judiciária;
- XX - organização dos Municípios; seu agrupamento para os fins do art. 29 da Constituição;
- XXI - distribuição de impostos aos Municípios, na forma do art. 28 da Constituição;
- XXII - concessão de isenções tributárias, privilégios ou garantias de juros pelos Estados ou Municípios;
- XXIII - as matérias constantes dos arts. 90 a 96 e 103 a 110 da Constituição.

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os atos praticados com infração do disposto neste artigo.

Sem prejuízo da ação judicial que couber, a declaração de nulidade poderá ainda ser feita, de ofício ou mediante representação de qualquer interessado, por decreto-lei federal

vedações aos Estados e aos Municípios⁷⁷. Francisco Campos (2001, p. 159), tido como um dos mentores jurídicos do Estado Novo⁷⁸ escreveu sobre tal diploma normativo:

Note-se que o Decreto-Lei nº 1.202 não procura efetuar a centralização administrativa: visa, apenas, a centralização política, como é natural que suceda neste período, durante o qual a Constituição entregou ao presidente os mais amplos poderes para a reconstrução econômica do Brasil e, digamos, assim, para a realização da sua unidade e do seu poder. O controle da legislação sobre matéria que envolva direitos e deveres do cidadão, sobre as matérias da competência concorrente da União, sobre economia e finanças, especialmente o saneamento tributário, decorre da necessidade dessa centralização política. Tudo quanto se faz, a respeito, em cada estado, tem forçosamente uma repercussão profunda na vida da União, e não era possível deixar que a disparidade de critério viesse prejudicar a uniformidade da grande obra de reerguimento nacional que o presidente vem realizando.

O que se observa, porém, é que em nome do ideal de “reerguimento nacional” foi instituído um regime centralizado não apenas na União, mas no seu respectivo Poder Executivo, que acabou

⁷⁷ **Decreto-Lei 1.202/1939.**

Art. 33. É vedado ao Estado e ao Município:

- 1 - Criar ou reconhecer distinções, discriminações ou desigualdades entre os seus naturais e os de outros Estados ou Municípios;
- 2 - Estabelecer, para o gozo de quaisquer direitos, regalias e vantagens, condições de domicílio e residência não estabelecidas na Constituição e nas leis federais;
- 3 - Estabelecer, subvencionar ou embargar o exercício de cultos religiosos;
- 4 - Subvencionar, favorecer, reconhecer de utilidade pública sociedades que estabeleçam as discriminações, distinções e desigualdades, regalias e vantagens compreendidas na proibição dos ns. 1 e 2, ou cujo funcionamento contrarie o disposto nas leis federais;
- 5 - Tributar bens, rendas e serviços dos outros Estados e dos Municípios; compreendidos nessa proibição os serviços concedidos, desde que a isenção conste de lei especial;
- 6 - Denegar a extradição de criminosos reclamada pelas autoridades judiciárias, administrativas ou policiais de outro Estado ou da União;
- 7 - Estabelecer, manter, ou reconhecer discriminações de tributos, ou de qualquer outro tratamento, entre bens ou mercadorias, por motivo de procederem de outro Estado ou quaisquer circunscrições territoriais do país;
- 8 - Impor ao exercício das artes e das ciências, e ao seu ensino, restrições que não estejam expressas na lei federal;
- 9 - Incorporar à receita as contribuições prestadas pelos alunos das escolas de ensino primário. na forma do art. 130 da Constituição;
- 10 - Erguer monumento ou realizar qualquer obra que importe modificação de paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, e assim declarados, em qualquer tempo, pelo Governo Federal, sem autorização expressa do Presidente da República;
- 11 - Executar ou autorizar obras de restauração ou conservação de qualquer bem de valor histórico ou artístico sem que o projeto respectivo seja aprovado pelo Presidente da República;
- 12 - Contrair empréstimo, externo ou interno, sem licença do Presidente da República;
- 13 - Regular, no todo ou em parte, qualquer das matérias compreendidas na declaração de direitos contida nos arts. 122 e 123 da Constituição;
- 14 - Exercer, sem prévia e expressa autorização do Presidente da República. em cada caso, os poderes conferidos ao Governo pelo art. 177 da Constituição e pela Lei Constitucional nº 2.

Parágrafo único. A licença a que se refere o item 12 constará de despacho publicado no Diário Oficial da União e no jornal encarregado da publicação dos atos oficiais do Estado, e será sempre referida nos manifestos e demais documentos de lançamento do empréstimo. Quando se tratar de empréstimo municipal, o pedido de autorização será encaminhado pelo Interventor, ou Governador com o seu parecer sobre a oportunidade ou conveniência do mesmo.

⁷⁸ Posteriormente rompeu com o Governo de Vargas.

reduzindo a autonomia municipal ao ponto de Hely Lopes Meirelles (2013) afirmar que os municípios foram menos autônomos nesse período do que quando sob o regime imperial⁷⁹.

A Constituição de 1946 marca a redemocratização do Brasil pós-Estado Novo. Por seus dispositivos se buscava acabar com a centralização extrema do regime anterior, o que, em relação aos municípios significava a retomada da autonomia (cf. GROTTI, 2018)⁸⁰. Isso se deu, conforme escreve Victor Nunes Leal (2012, p. 75), da seguinte forma:

A autonomia dos municípios foi garantida: pela eleição do prefeito e dos vereadores; pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse. Conceituou-se o peculiar interesse do município, especialmente, pela decretação e arrecadação dos tributos de sua competência, aplicação de suas rendas e organização dos serviços públicos locais.

Em relação à eletividade dos Prefeitos, contudo, havia a mitigação constante nos parágrafos do art. 28⁸¹, que permitia a nomeação de prefeitos de Municípios onde houvesse estâncias hidrominerais ou nos quais lei federal declarasse de excepcional importância militar. Também não havia a possibilidade de os Municípios se organizarem conforme suas leis orgânicas, o que ficou restrito ao Distrito Federal pelo art. 12⁸² do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁷⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p.41.

⁸⁰ **Constituição 1946.**

Art 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios: (Vide Lei nº 4.337, de 1964)
(...)

e) autonomia municipal;

Art 23 - Os Estados não intervirão nos Municípios, senão para lhes. regularizar as finanças, quando:

I - se verificar impontualidade no serviço de empréstimo garantido pelo Estado;

II - deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, a sua dívida fundada.

⁸¹ **Constituição 1946.**

Art 28 - A autonomia dos Municípios será assegurada:

I - pela eleição do Prefeito e dos Vereadores;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente,

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º Poderão ser nomeados pelos governadores dos Territórios os prefeitos das respectivas capitais, bem como pelos governadores dos Estados e Territórios os prefeitos dos Municípios onde houver estâncias hidrominerais naturais, quando beneficiadas pelo Estado ou pela União. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 12, de 1965)

§ 2º - Serão nomeados pelos Governadores dos Estados ou dos Territórios os Prefeitos dos Municípios que a lei federal, mediante parecer do Conselho de Segurança Nacional, declarar bases ou portos militares de excepcional importância para a defesa externa do País.

⁸² **ADCT da Constituição de 1946.**

Art 12 - Os Estados e os Municípios, enquanto não se promulgarem as Constituições estaduais, e o Distrito Federal, até ser decretada a sua lei orgânica, serão administrados de conformidade com a legislação vigente na data da promulgação deste Ato.

Parágrafo único - Dos atos dos interventores caberá, dentro de dez dias, a contar da publicação oficial, recurso de qualquer cidadão para o Presidente da República; e, nos mesmos termos, recurso, para o interventor, dos atos dos Prefeitos municipais.

Houve preocupação com a discriminação das rendas⁸³ dos Municípios, para que se pudesse sustentar o exercício das competências nela enumeradas.

A Constituição de 1967, seguida da Emenda nº 01 de 1969, no contexto de novo Regime Militar, marcou mais um movimento de centralização do poder e prevalência do Executivo Federal (cf. MEIRELLES, 2013). Apesar de tal preceito continuar escrito no texto constitucional⁸⁴, os

⁸³ **Constituição 1946.**

Art. 29. Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º, 5º e 9º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem ao Municípios os impostos: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964)

I - predial e territorial, urbano;

I - Sobre propriedade territorial urbana e rural; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

I - Sobre propriedade territorial urbana; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 10, de 1964)

II - de licença;

II - predial; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

III - de indústrias e profissões;

III - sobre transmissão de propriedade imobiliária inter vivos e sua incorporação ao capital de sociedades; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

IV - sobre diversões públicas;

IV - de licenças; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

V - de indústrias e profissões; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

VI - sobre diversões públicas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

VII - sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

Parágrafo único. O imposto territorial rural não incidirá sobre sítios de área não excedente a vinte hectares, quando os cultive, só ou com sua família, o proprietário. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 5, de 1961)

Art 30 - Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar:

I - contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas;

II - taxas;

III - quaisquer outras rendas que possam provir do exercício de suas atribuições e da utilização de seus bens e serviços.

Parágrafo único - A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado.

⁸⁴ **Constituição 1967.**

Art 10 - A União não intervirá nos Estados, salvo para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:

(...)

f) autonomia municipal;

Art 16 - A autonomia municipal será assegurada:

I - pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores realizada simultaneamente em todo o País, dois anos antes das eleições gerais para Governador, Câmara dos Deputados e Assembléia Legislativa;

II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto:

a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade, de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei estadual;

b) à organização dos serviços públicos locais.

§ 1º - Serão nomeados pelo Governador, com prévia aprovação:

a) da Assembléia Legislativa, os Prefeitos das Capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;

b) do Presidente da República, os Prefeitos dos Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

municípios sofreram, novamente, achatamento de sua autonomia, já que os Prefeitos das Capitais dos Estados, dos Municípios considerados estâncias hidrominerais e dos Municípios declarados de interesse nacional passaram a ser nomeados nos termos do art.16, §1º, e não mais eleitos. A Câmara de Vereadores, que nos tempos coloniais detinham quase que a totalidade dos poderes municipais sofreram alto desprestígio, com a restrição do número de vereadores e da mitigação da possibilidade de remuneração pelo exercício da vereança, regulamentada pela Lei Complementar nº 2, de 1967.

Foram enumeradas as competências tributárias da União, dos Estados e dos Municípios e mesmo que estes ainda não estivessem elencados como ente federado, já havia discriminação de rendas próprias suas⁸⁵. Isso não impediu, porém, que o sistema se mantivesse centralizador, mantendo a União a maior parcela da receita pública:

§ 2º - Somente serão remunerados os Vereadores das Capitais e dos Municípios de população superior a trezentos mil (300.000) habitantes, dentro dos limites e critérios fixados em lei complementar. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 7, de 1969)

§ 3º - A intervenção nos Municípios será regulada na Constituição do Estado, só podendo ocorrer:

- a) quando se verificar impontualidade no pagamento de empréstimo garantido pelo Estado;
- b) se deixarem de pagar, por dois anos consecutivos, dívida fundada;
- c) quando a Administração municipal não prestar contas a que esteja obrigada na forma da lei estadual.

§ 4º - Os Municípios poderão celebrar convênios para a realização de obras ou exploração de serviços públicos de interesse comum, cuja execução ficará dependendo de aprovação das respectivas Câmaras Municipais.

§ 5º - O número de Vereadores será, no máximo, de vinte e um, guardando-se proporcionalidade com o eleitorado do Município.

⁸⁵ **Constituição 1967.**

Art 18 - sistema tributário nacional compõe-se de impostos, taxas e contribuições de melhoria e é regido pelo disposto neste Capítulo em leis complementares, em resoluções do Senado e, nos limites das respectivas competências, em leis federais, estaduais e municipais.

Art 19 - Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios arrecadar:

I - os impostos previstos nesta Constituição;

II - taxas pelo exercício regular do poder de polícia ou pela utilização de serviços públicos de sua atribuição, específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

III - contribuição de melhoria dos proprietários de imóveis valorizados pelas obras públicas que os beneficiaram.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá normas gerais de direito tributário, disporá sobre os conflitos de competência tributária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e regulará as limitações constitucionais do poder tributário.

Art 22 - Compete à União decretar impostos sobre:

(...)

VII - serviços de transporte e comunicações, salvo os de natureza estritamente municipal;

Art 25 - Compete aos Municípios decretar impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária da União ou dos Estados, definidos em lei complementar.

§ 1º - Pertencem aos Municípios:

- a) o produto da arrecadação do Imposto a que se refere o art. 22, n.º III, Incidente sobre os imóveis situados em seu território;

Ficaram eles, financeiramente, submetidos à União, que passou a concentrar a maior parte da receita pública e a impor-lhes condição de mendicância e de dependência na aplicação das verbas; e tornaram-se os entes locais mais vulneráveis perante o Estado-membro, do ponto de vista político, pelo aumento das hipóteses de intervenção estadual; administrativamente, estiveram condicionados à simetria na organização, segundo matrizes da União, sem espaço para o necessário afinamento às peculiaridades de cada qual (cf. PIRES, 1999).

Uma novidade foi a possibilidade de se estabelecer regiões metropolitanas para a realização de serviços comuns de interesse intermunicipal⁸⁶, isto é, aqueles que possuem origem e possivelmente solução atrelada a mais de um Município (CASTRO, 1985). Dada a tendência centralizadora do período, a competência para tanto foi reservada à União. A Lei Complementar nº 14 de 08 de junho de 1973 estabeleceu as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza.

Falta ainda analisar a última das constituições republicanas, a de 1988. Estando ela – ainda – em vigor e tendo sido a que promoveu o Município à condição de ente federado junto à União, aos Estados e ao Distrito Federal, será tratada em tópico específico a seguir.

5 O MUNICÍPIO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A FEDERALIZAÇÃO

Em 1988 foi promulgada a atual Constituição brasileira, que logo em seu art. 1º instituiu que “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)*”. Diferentemente das demais constituições republicanas que apesar de trazerem a previsão da autonomia municipal como norma, de conferirem atribuições administrativas aos Municípios e de até mesmo de vinculá-los a

b) o produto da arrecadação do imposto, de renda e proventos de qualquer natureza que, de acordo com a lei federal, são obrigados a reter como fontes pagadoras de rendimentos do trabalho e dos títulos da sua dívida pública.

§ 2º - As autoridades arrecadoras dos tributos a que se refere a letra a do parágrafo anterior farão entrega, aos Municípios, das importâncias recebidas que lhes pertencerem, à medida em que forem sendo arrecadadas, independentemente de ordem das autoridades superiores, em prazo não maior de trinta dias, a contar da data da arrecadação, sob pena de demissão.

⁸⁶ **Constituição 1967.**

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

rendas próprias não os considerava como ente federado, esta Carta Constitucional expressamente o fez⁸⁷.

Essa mudança decorreu de alguns fatores. O contexto histórico da época de elaboração da Constituição era permeado pelo ideal redemocratizador: saía-se de um regime autoritário e o povo ansiava pelas mais amplas possibilidades de exercer o poder, o que foi consagrado na norma constitucional de que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Na Assembleia Nacional Constituinte estiveram representadas diversas pautas, dentre elas a frente municipalista que na Comissão da Organização do Estado e na Subcomissão dos Municípios e Regiões travou debates sobre como garantir essa autonomia municipal, que apesar de nominalmente presente em diversas outras cartas constitucionais, parecia sempre estar mitigada ante movimentos de centralização política⁸⁸.

Uma das preocupações de tal frente foi a garantia da autonomia mediante a distribuição adequada de rendas entre os entes federados, como se extrai da fala do Sr. Deputado Luiz Freire:

Tenho muito medo, ao fazermos aqui um trabalho sério, onde se dêem atribuições, responsabilidades, direitos e deveres a municípios e regiões, que, nosso esforço caía no vazio, a partir do momento em que outra comissão ou subcomissão fizer a distribuição tributária, de forma que não beneficie o município.

(...)

Diz-se que o Brasil é um país municipalista, mas sabemos o quanto de esforço tem de ser feito pra resgatar a autonomia de nossos municípios. E, quando se fala na autonomia municipal geralmente a ênfase tem sido posta na reforma tributária (BRASIL, 1987, p. 3).

⁸⁷ **CRFB/1988.**

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

c) autonomia municipal;

⁸⁸ Pelo seguinte trecho de fala do Sr. Deputado Aloysio Chaves na Subcomissão dos Municípios e Regiões pode-se perceber que se considerava a instituição do Município como ente federado um grande passo em prol da descentralização de poder: “A formação histórica da nossa Federação foi em sentido completamente diferente, diversa também da formação norte americana, que vem de uma confederação de Estados praticamente independentes para uma federação, para um pacto federal. Aqui já nascemos num Estado unitário, com uma preocupação de descentralização, que era justamente a estrutura e a organização municipal aflorada na Constituição de 1891, mencionada expressamente nas de 1934 e de 1946 e que agora consagramos neste projeto, incluindo o Município como um ente da Federação. Esse já é um grande passo.” (BRASIL, 1987, p.157).

Outra questão merecedora de atenção foi o estabelecimento da auto-organização municipal, com a possibilidade – obrigatoriedade, na verdade – de criação das Leis Orgânicas, conforme se extrai das atas da Comissão de Organização do Estado:

O que se observa no relatório e no substitutivo apresentado pelo eminente Constituinte José Richa é o fortalecimento do Município e do Estado. A questão de Constituição Municipal foi aprovada quase que por unanimidade na Subcomissão dos Municípios e Regiões. Há substituição, inclusive, da expressão "Lei Fundamental" por "Constituição Municipal". Parece-me que, na medida em que estamos procurando fortalecer o Município, teria um efeito psicológico muito grande a inserção no texto da Constituição da expressão "Constituição Municipal", para haver uma sintonia entre as três esferas de Governo: a União com a Constituição Federal, o Estado com a Constituição Estadual e o Município com a sua Constituição Municipal (BRASIL, 1987, p. 63).

Como se sabe, acabou estabelecido que o Município seria regido por Lei Orgânica⁸⁹ e não por Constituição Municipal, mas pela leitura acima se observa como a auto-organização municipal era considerada relevante meio de garantir a autonomia do ente.

Mesmo já tendo havido previsão – em alguma medida – de autonomia financeira nas ordens constitucionais pretéritas mediante a discriminação de rendas próprias do Município e de prestação de determinados serviços públicos relacionados ao interesse municipal, é essa autonomia de auto-organização por meio da edição de suas lei orgânicas que dará o toque diferenciador do Município no regime constitucional atual, aliado, é verdade, à plena eletividade de seus representantes políticos – o que, como visto, oscilou desde os tempos imperiais. Hely Lopes Meirelles, em seu livro *Direito Municipal Brasileiro*, então, divide justamente a autonomia municipal em autonomia financeira, administrativa e política, estando o poder de auto-organização dentro desta última (MEIRELLES, 2013).

Foi enumerada no art. 30⁹⁰ da Constituição um rol de competências municipais, dando-se destaque ao interesse local – em substituição ao peculiar interesse – que aparece tanto como

⁸⁹ **CRFB/1988.**

Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: (...)

⁹⁰ **CRFB/1988.**

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

competência legislativa como competência para a prestação de serviços a ele relacionados. No transcorrer do texto constitucional acham-se disposições diversas sobre as atribuições municipais, como as relativas à segurança pública e viária⁹¹, ao turismo⁹², à seguridade social⁹³, à educação⁹⁴,

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

⁹¹ **CRFB/1988.**

Art. 144 (...)§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei

(...)

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I - compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II - compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

⁹² **CRFB/1988.**

Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico

⁹³ **CRFB/1988.**

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

⁹⁴ **CRFB.1988.**

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

(...)

ao desenvolvimento científico e tecnológico⁹⁵ (essa previsão de inserção mais recente), além das competências concorrentes gerais expostas no art. 23⁹⁶.

Em relação às rendas municipais, dentro do capítulo sobre o sistema tributário nacional há seção própria para tributos da União, dos Estados e Distrito Federal e também seção para os

⁹⁵ **CRFB.1988**

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

⁹⁶ **CRFB.1988**

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

- I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
 - II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
 - III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
 - IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
 - V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;
- inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
- VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
 - VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
 - VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
 - IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
 - X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
 - XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;
 - XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Municípios⁹⁷. Estão ainda discriminadas as receitas municipais⁹⁸, além das destinações obrigatórias da União para os Municípios⁹⁹, ao que se nota como reflexo daquela preocupação externada na Subcomissão de Municípios e Regiões.

⁹⁷ **CRFB/1988.**

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

I - ser progressivo em razão do valor do imóvel; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)

§ 2º O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

II - compete ao Município da situação do bem.

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do caput deste artigo, cabe à lei complementar: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

⁹⁸ **CRFB/1988.**

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;

II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (Regulamento)

III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - 65% (sessenta e cinco por cento), no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)

II - até 35% (trinta e cinco por cento), de acordo com o que dispuser lei estadual, observada, obrigatoriamente, a distribuição de, no mínimo, 10 (dez) pontos percentuais com base em indicadores de melhoria nos resultados de aprendizagem e de aumento da equidade, considerado o nível socioeconômico dos educandos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 108, de 2020)

⁹⁹ **CRFB/1988.**

Art. 159. A União entregará:

Depreende-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 foi toda orientada para no sentido de se conferir ampla autonomia aos municípios como via de se estabelecer o máximo exercício democrático, isto é, para que na esfera local os cidadãos pudessem em maior medida exercer influência nas decisões pertinentes à urbe. Tudo isso na perspectiva de que por meio da descentralização administrativa e política pode-se gerir os serviços e tomar decisões de modo mais adequado às diversas realidades que permeiam o vasto território brasileiro.

Resta saber, porém, se na prática os Municípios hoje são aptos a exercer sem embaraços essa autonomia, e se isso vem sendo satisfatório para a realização da utilidade pública.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: AUTONOMIA MUNICIPAL E CONCENTRAÇÃO DE PODER

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

- a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
- b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
- c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;
- d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)
- e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, c, do referido parágrafo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 44, de 2004)

§ 1º Para efeito de cálculo da entrega a ser efetuada de acordo com o previsto no inciso I, excluir-se-á a parcela da arrecadação do imposto de renda e proventos de qualquer natureza pertencente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do disposto nos arts. 157, I, e 158, I.

§ 2º A nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do montante a que se refere o inciso II, devendo o eventual excedente ser distribuído entre os demais participantes, mantido, em relação a esses, o critério de partilha nele estabelecido.

§ 3º Os Estados entregarão aos respectivos Municípios vinte e cinco por cento dos recursos que receberem nos termos do inciso II, observados os critérios estabelecidos no art. 158, parágrafo único, I e II.

§ 4º Do montante de recursos de que trata o inciso III que cabe a cada Estado, vinte e cinco por cento serão destinados aos seus Municípios, na forma da lei a que se refere o mencionado inciso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

Em 05 de novembro de 2019 – portanto ainda antes dos anos pandêmicos – foi apresentada, no Senado Federal, proposta de Emenda à Constituição versando sobre a organização político-administrativa do Estado e estabelecendo medidas de ajuste fiscal para o custeio da máquina pública. A PEC nº 188/2019 ficou conhecida, dentre outras alcunhas, como PEC da Extinção dos Municípios, uma vez que seu art. 6º propõe inserir o art. 115 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, o qual por sua vez condiciona a permanência da existência dos Municípios de até cinco mil habitantes ao critério de comprovação de sustentabilidade financeira, sendo os não sustentáveis incorporados aos respectivos Municípios limítrofes.

Tal proposta surge sob a justificativa de um pacote de medidas visando dotar o Brasil de segurança fiscal nas esferas federal, estadual e municipal. Especificamente neste último aspecto, é ressaltado haver no país cerca de 5.500 (cinco mil e quinhentos) Municípios, dentre os quais cerca de 1.200 (mil e duzentos) possuem menos de 5.000 (cinco mil) habitantes. Essa configuração provoca a situação em que no bom popular pode ser assim traduzida: a conta não fecha! Diversos Municípios Brasil afora contam com uma estrutura administrativa de Prefeitura e suas Secretarias, Câmara de Vereadores e seus Gabinetes, tendo que prestar serviços públicos de higiene urbana, saúde e educação – citando só os mais elementares – sem ter receita suficiente para tanto, mesmo com a previsão na Constituição Federal de “rendas” próprias do Município.

Se por um lado podemos considerar essa proposta como mais um dos movimentos de centralização de poder político e redução de autonomia municipal (ou até mesmo de total tolhimento desta autonomia em relação aos municípios que seriam atingidos), por outro ela é sintoma do que se observou em toda a história brasileira desde o Império: a autonomia municipal brasileira, por mais que constitucionalmente tutelada, está sempre à mercê dos interesses dos Estados e da União, sendo destes recebida na medida da possibilidade e retirada quando conveniente aos interesses dos entes tradicionais da federação.

Assim, qualquer esforço buscando compreender a medida dos poderes municipais no Brasil, seja o que se encontra positivado no ordenamento jurídico em determinado período, seja o que de fato se permite ao Município exercer, deve ter em mente esses movimentos de centralização e descentralização do poder político e da organização administrativa nacional.

Da breve análise da história normativa dos municípios no Brasil que este artigo se propôs a fazer como meio de compreender sua posição na federação, percebeu-se que atualmente, apesar

de o direito positivo ter buscado conferir ampla autonomia aos municípios, notadamente nos assuntos de interesse local, o que se observa é a existência de normas gerais que devem ser obedecidas por todos os municípios, independentemente da realidade local – com menos de cinco mil habitantes ou com doze milhões – o que dificulta sobremaneira o exercício adequado desta autonomia.

Espera-se que o aqui tratado possa subsidiar e instigar estudos futuros sobre o tema, colocando a compreensão dos poderes municipais dentro de sua estrutura histórica.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A Província**. Estudo sobre a descentralização no Brasil. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Criação de Municípios**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MENDES, Gilmar Ferreira (Coord.). Tratado de Direito Municipal. Belo Horizonte:Fórum, 2018. p. 245-260.

DANTAS, Rodrigo Emanuel de Araújo. **Evolução Política do Município no Brasil: perspectivas no atual modelo federativo**. L&C: Revista de Administração Pública e Política, Brasília, n. 156, p. 04-09, jun. 2011

FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A Evolução do Sistema Eleitoral Brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2001. Coleção Biblioteca Básica Brasileira.

FLEIUS, Max. **História Administrativa do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia Melhoramentos de S. Paulo, 1922

FREIRE, Felisbello. **História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tipografia Moreira, Maximino, Chagas & Cia., 1894, Livro II

FREIRE, Felisbello **História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Tipografia Moreira, Maximino, Chagas & Cia., 1894, Livro III

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Origem e evolução do Município no Brasil**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). Tratado de Direito Municipal. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43-80

LAXE, João Baptista Cortines. **Regimento das Camaras Municipaes**: ou lei de 1º de outubro de 1828. 2. ed. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1885

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto**: o Município e o regime representativo no brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012

LINS, Ivan. **História do positivismo no Brasil**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1964

LOPES, Levindo Ferreira. **Camaras Municipaes**: notas e observações. Rio de Janeiro: Da Livraria Popular de A. A. Cruz Coutinho, 1884.

LUÍS, Washington. **Na capitania de São Vicente**. Vol.24. Brasília: Senado Federal, 2004

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. Vol. I

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PIRES, Maria Coeli Simões. **Autonomia municipal no Estado brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, [s. l], v. 36, n. 142, p. 143-165, jun. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/482>. Acesso em: 13 maio 2021.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **História das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001. Coleção Biblioteca Básica Brasileira.

SOUSA, José Pedro Galvão de. **Introdução à História do Direito Político Brasileiro**. 2.ed. s/d.

SOUSA, Pero Lopes de. **Diário de Navegação de Pero Lopes de Sousa**: de 1530 a 1532. Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, Rio de Janeiro, v. 24

URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. Tomo II

VIANA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Senado Federal, 2019. (EDIÇÕES DO SENADO FEDERAL),

**THE MUNICIPALITY IN THE BRAZILIAN FEDERATION:
A BRIEF NORMATIVE HISTORY OF THE MUNICIPAL POWERS**

ABSTRACT

The Brazilian Constitution of 1988 innovated in the national federalist system by expressly declaring the Municipality to be a federative entity. This change sought to solve the problem of the division of competences. However, the federative system still finds it difficult to establish itself, with questions about the powers of the entities being taken to the Judiciary. Even legislative proposals aimed at correcting distortions on the matter. This article seeks to understand how, throughout the Brazilian normative history of centralization and decentralization of power, the division of competences took place, focusing on the attributions that were given to the municipalities in each period. It was observed that despite having been elevated to the category of federative entity, the municipality appears as a smaller entity, without decentralizing trends necessarily reflecting an increase in its normatively proclaimed autonomy.

Keywords: History of the Brazilian municipality. Municipal normative powers. Federation.

Renan Azevedo Leonessa Ferreira¹⁰⁰

RESUMO

Em outubro de 2019, o STF decidiu, por maioria de votos, que o delatado deve se manifestar posterior e sucessivamente ao delatado, em observância ao contraditório e à ampla defesa. A Corte Suprema optou, contudo, por modular os efeitos de decretação de nulidade quanto aos processos pretéritos que não tenha observado referido procedimento. Nesse contexto, a partir dos métodos dedutivo e dialético de pesquisa, busca-se analisar a teoria das nulidades no direito processual penal, à luz do resguardo ao devido processo penal. Analisa-se, ainda, o instituto de delação premiada e o papel desempenhado pelo delator no desenrolar da marcha processual. Por fim, a partir das conclusões obtidas, busca-se analisar o (des)acerto daquilo decidido pela Corte Suprema, propondo-se, a seguir, uma solução condizente com os valores constitucionais tutelados pelo sistema de nulidades.

Palavras-chave: Delação premiada. Nulidades. Processo penal acusatório.

1 INTRODUÇÃO

Em outubro de 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, em sede do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), que o delatado deve se manifestar posterior e sucessivamente ao delator em todas as fases do processo criminal em que figuram como corréus. O Habeas Corpus impetrado encontra sua origem na Operação Lava Jato, mais precisamente na Ação Penal n.º 5024266-70.2017.4.04.7000 (BRASIL, 2018), que tramitou originariamente na 13ª Vara Federal de Curitiba.

Após impetração sucessiva do remédio constitucional junto ao Tribunal Regional Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, o caso foi apreciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A partir de sessões realizadas nos dias 26 de setembro, 02 e 03 de outubro de 2019, por 6 votos a

¹⁰⁰ Mestrando em Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). Assistente Judiciário do Tribunal de Justiça de São Paulo.

5, foi concedida a segurança para anular todos os atos processuais posteriores ao oferecimento dos memoriais no caso concreto, concedendo-se prazo sucessivo para nova apresentação das alegações finais pelo delatado posteriormente aos corréus delatores. Na ocasião, restou assentada, por maioria de 7 votos a 4, a necessidade de concessão de prazos sucessivos entre delatores e delatados em todos os processos criminais.¹⁰¹

Devido à repercussão do julgamento ora analisado, por maioria de votos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal optaram pela formulação de teses em sede de Habeas Corpus, a fim de uniformizar a aplicação aos demais casos idênticos e análogos. Para tanto, em seu voto, o Ministro Presidente Dias Toffoli propôs as seguintes teses:

- i) Em todos os procedimentos penais, é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o acusado que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, sob pena de nulidade processual, desde que arguido até a fase do art. 403 do CPP ou o equivalente na legislação especial e reiterado nas fases recursais subsequentes;
- ii) Para os processos já sentenciados, é necessária ainda a demonstração do prejuízo, que deverá ser aferido no caso concreto pelas instâncias competentes (BRASIL, 2019).

Disso decorre a opção pelo regime de nulidade relativa, de tendência predominante na Corte. Assim, pode-se destacar nessa posição duas restrições à decretação de nulidade em casos análogos: a alegação oportuna (na fase das alegações finais ou equivalente), reiterada em todos os recursos posteriores, e a comprovação do prejuízo.

2 DISTORÇÃO DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA E FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS LIGADAS AO INSTITUTO DA NULIDADE

O discurso de combate às organizações criminosas tem sido uma prioridade em matéria penal. Com a sofisticação dos mecanismos, aprofundamento da divisão de tarefas e manejo de tecnologias, os lucros auferidos por grupos criminosos têm sido vultosos. Nota-se, com isso, forte tendência legislativa e midiática em busca de punir empresas envolvidas nessas atividades,

¹⁰¹ Referida disparidade se deve ao fato de que a Ministra Carmen Lúcia não reconheceu o efetivo prejuízo na hipótese concreta, denegando o Habeas Corpus apesar de concordar com a tese suscitada.

integrantes de organizações criminosas, além de meios de investigação mais eficazes (SOUZA, 2007, p. 149).

Nesse contexto, a superexposição de investigações criminais causa efeitos deletérios sobre o julgamento. No Brasil, o caso Mensalão consistiu no primeiro exemplo de impacto sobre o papel da mídia, ao expor o maniqueísmo, divulgando a versão acusatória formulada pelos informes policiais e pelo Ministério Público como irretocável.

Assim como no caso do Mensalão, a Operação Lava Jato encontra ampla divulgação midiática. Apesar da publicidade constitucionalmente assegurada, o excesso de divulgação pode influir na própria prática dos atos processuais. Está a se falar do *trial by the media*, ou seja, processo midiático que influi efetivamente no desfecho do processo penal (MATOS, 2018, p. 170). Segundo sustenta Nunes:

De modo muito semelhante ao que ocorreu na Itália, durante a ‘Operação Mãos Limpas’, no Brasil, muitas das operações desenvolvidas pelo Ministério Público violam completamente a Constituição da República, porque: o contraditório não é observado; as testemunhas são ameaçadas com prisões; há um uso abusivo de acordos de delação e escutas telefônicas deferidas por longos períodos de tempo; o Poder Judiciário admite, em muitos casos, o emprego desses mecanismos inconstitucionais (NUNES, 2016, p. 92).

O fomento a megaoperações de combate à corrupção ocorre de forma desenfreada, sem se ponderar, contudo, a eficiência dessas práticas no efetivo combate à corrupção. Fecham-se os olhos às experiências concretas em outros países, nos quais não houve queda da corrupção, mas, em verdade, sofisticação de suas práticas (AMARAL; GLOECKNER, 2017, p. 66-67).¹⁰²

Apesar dessas críticas lançadas sobre as operações concretamente adotadas de combate à corrupção, é inegável que, no ordenamento pátrio, a Lei n.º 12.850/13 trouxe contornos mais claros para os procedimentos, buscando resguardar direitos e garantias fundamentais. Muito embora apresente equívocos e lacunas, parte destas sanadas com o advento da Lei n.º 13.964/19, inegável a necessária regulamentação de determinados conceitos e institutos, a conferir maior segurança jurídica.

O direito premial – entendido como negócio jurídico processual - não foi inaugurado com a Lei n.º 12.850/13 no modelo brasileiro. Há experiências pretéritas com a transação penal,

¹⁰² Surge a ilusão de que a célere punição dos investigados levará a uma resposta estatal efetiva no combate às práticas corruptas. Há, por trás, a questão do expansionismo do direito penal, o qual aparece como meio primário de solução dos conflitos, a fomentar o discurso de eficiência do sistema e celeridade (VASCONCELLOS, 2017, p. 41).

suspensão condicional do processo. Afinal, o Ministério Público deixa de formalizar denúncia ou de prosseguir com o processo, apesar de presentes comprovação da materialidade e indícios de autoria delitiva (SANTOS, 2017, p. 132-133). Com isso, já se denota clara flexibilização dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal. Nessa vertente também se situa o recém-criado instituto do acordo de não persecução penal.

Há, contudo, uma segunda corrente do direito premial, relacionada a um viés punitivo, porquanto diretamente voltada à aplicação da pena (SANTOS, 2017, p. 136). Trata-se do atual manejo instituto da colaboração premiada, que recebeu influência do sistema Common Law norte-americano, com base no *plea bargain*, mas que também encontra correlatos em outros ordenamentos de Civil Law, como na Itália.

Ocorre que, no ordenamento pátrio, não se deve abandonar a dicotomia entre público e privado, reconhecendo-se apenas tênue interpenetração desses sistemas. Assim, os institutos do direito premial, sobretudo a colaboração premiada, apresentam natureza de negócio jurídico processual (MENDONÇA, 2019, p. 62).

Referida realidade, contudo, deve ser ponderada com reservas, por se tratar também de um meio de obtenção de prova (artigo 3º-A da Lei n.º 12.850/13) em sede penal. Segundo Lopes Júnior (2001, p. 12), há uma íntima relação entre direito penal e processo penal: este não possui qualquer realidade concreta externamente ao processo. No processo penal, está a se falar da liberdade, do ser. Isso “significa dizer que ao juiz penal não se pede, como ao juiz civil, algo que nos falta, o tal “bem da vida” como se referem os civilistas. É a própria vida que está em jogo” (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 232).

As garantias penais e processuais penais são, em sua essência, garantias negativas, voltadas a limitar o poder do Estado em defesa das liberdades individuais. Há forte correlação com o direito penal mínimo, ou seja, traçar rígidos limites para a intervenção punitiva. Com relação ao delito, os limites são as garantias penais: legalidade estrita/taxatividade, ofensividade, materialidade e culpabilidade. Quanto ao processo, são as garantias processuais e orgânicas (FERRAJOLI; CARBONELL, 2008, p. 68/69).

Direito, pena e processo penal são complementares – caráter instrumental do processo inserido no monopólio estatal. Por isso, apenas um processo garantista pode conferir à magistratura penal o papel de controle do poder. No Brasil, à contrariedade, a aplicação desenfreada do instituto da colaboração premiada levou a uma tentativa derivada da obtenção mais célere de condenações.

Houve um estímulo à reiteração e multiplicação de acordos, pressionando-os além dos limites legais e constitucionais delineados pelo legislador. Conforme ressalta Zilli:

Quando o sistema está histórica e culturalmente sedimentado em outras bases, o transplante, sem dúvida, será problemático, quando não inviável. Mas, mesmo as traduções/adaptações também não estarão isentas de problemas. Estes decorrem não só das resistências ao que se apresenta como relativamente desconhecido, mas também das tendências expansionistas das fronteiras do novo instituto. No primeiro caso, é o apego à cultura processual do órgão receptor que move a resistência. No segundo, é o desejo de aproximação ao modelo inspirador que alimenta a expansão. Ao menos por ora, a experiência brasileira tem demonstrado inclinações para o último (ZILLI, 2017, p. 6).

Nesse contexto, em um movimento tendencialmente punitivista e indiferente às garantias processuais distintas provenientes dos sistemas processuais privado e público, o regime de nulidades torna-se um dos institutos mais vilipendiados. Em posição adotada inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, o ônus argumentativo para demonstrar o prejuízo incumbe sempre à parte que alegou a nulidade, ainda que absoluta. Trata-se de uma extensão da interpretação do artigo 566, do Código de Processo Penal, a todas as hipóteses de nulidade. Por meio desse dispositivo, o qual exige efetiva influência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, desconsidera-se, ainda, um raciocínio lógico-hipotético, exigindo-se uma *probatio diabolica* acerca da verificação concreta do prejuízo.

O exemplo mais emblemático dessa interpretação aplicada pela Corte Superior reside na Súmula n.º 523: “a falta de defesa constitui nulidade, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo.” Nessa hipótese, a aposição da conjunção “mas” indica reconhecimento de que se trata, de fato, de duas hipóteses de nulidade absoluta (falta e deficiência de defesa) (MORAES, 2006, p. 1). Com efeito, a deficiência de defesa também guarda estreita correlação com a ampla defesa (direito a uma defesa técnica apta), garantia constitucional fundamental.

Ocorre que, ao arrepio da garantia do devido processo legal, o Supremo Tribunal Federal requer expressamente a comprovação do prejuízo pela defesa, desvirtuando o adequado tratamento para o regime de nulidades no processo penal. Nesse contexto de falsa condensação do processo civil e processo penal em uma teoria geral do processo, o elemento mais danoso consiste na indevida e disseminada aplicação do princípio *pas nullité sans grief*. Afinal, no processo penal, em regra, forma é uma garantia constitucional. O sistema acusatório impõe garantias por meio de normas processuais que, se violadas, em regra culminarão com um prejuízo – o desrespeito às próprias garantias fundamentais. Por outro lado, o conceito de prejuízo é indeterminado e genérico.

Assim, flexibilizar a forma torna-se meio de flexibilizar as garantias (LOPES JÚNIOR, 2015, p. 237).

Disso resultam duas grandes falácias jurisprudenciais: a) considerar-se a violação à forma, em regra, como nulidade relativa; b) exigir-se a comprovação de prejuízo mesmo diante de uma nulidade absoluta.

Por conseguinte, a conjugação dos problemas ora expostos (a flexibilização de garantias nas operações de combate à corrupção, aliada a uma aproximação punitivista entre os regimes de direito privado e público, com repercussões marcantes na teoria da nulidade) conduz à relevância do tema ora delineado.

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS E O REGIME DE NULIDADES

Pressuposto de suma relevância para a compreensão do problema tratado é a delimitação do sistema processual vigente no ordenamento. Atualmente, contudo, não há que se falar de sistemas penais puramente inquisitórios ou acusatórios, como eram em sua origem. Conforme expõe Coutinho (2009, p. 109), todos os sistemas atuais são mistos, porém se orientam por princípios unificadores representativos de seu conteúdo nuclear, ao quais se agregam elementos do sistema algeoz.

Para este autor, o sistema brasileiro é primordialmente inquisitivo, porquanto o Código de Processo Penal foi desenvolvido com base no Código Rocco italiano de 1930. Por essa razão, sustenta que o fato de o juiz julgador possuir amplo acesso às provas e determinar diligências – inclusive de ofício – na fase investigatória implicaria confusão entre as funções de acusador e juiz, o que revelaria forte caráter inquisitório.¹⁰³

Por outro lado, conforme expõe Badaró (2016, p. 96), há que se reconhecer que a essência do modelo acusatório tem sido observada, qual seja, a separação entre as funções de acusar (exercida pelo Ministério Público), julgar (atribuída ao juiz) e defender (conferida a advogados e à Defensoria Pública), o que viabiliza o efetivo contraditório. Soma-se a isso o fato de que o

¹⁰³ Nesse sentido converge o entendimento de CHIAPETA e PAULA (2019, p. 71), ao mencionarem poderes do juiz típicos que o afastam do modelo acusatório: a gestão da prova no processo (artigo 156), a possibilidade de decretação de prisão preventiva de ofício (artigo 311), ou mesmo, a viabilidade de se condenar o acusado mesmo diante do pedido de absolvição elaborado pelo órgão acusador (artigo 385).

Constituinte Originário delineou uma série de garantias processuais para o indivíduo, todas atinentes a este sistema processual e essenciais para se afastar da irracionalidade nuclear que permeia o sistema inquisitório.¹⁰⁴

Ademais, as alterações trazidas pela Lei n.º 13.964/19 reforçam as características fundamentais do sistema acusatório, expressamente adotado como modelo no sistema processual penal (artigo 3º-A, da Lei n.º 19.364/19). De fato, houve vedação à decretação da prisão preventiva de ofício pelo juiz (nova redação do artigo 311, do Código de Processo Penal), bem como o arquivamento do inquérito policial tornou-se ato *interna corporis* do Ministério Público, não se facultando ao juiz discordar (nova redação do artigo 28). Por fim, a alteração de maior relevância, a conferir verdadeira imparcialidade ao julgador, consiste na criação da figura do juiz das garantias (artigo 3º-B a 3º-F, da Lei n.º 19.364/19). Com a clara delimitação das funções do juiz julgador da causa, estas circunscritas aos momentos posteriores ao recebimento da denúncia, há uma separação de fato entre a investigação e o processo.

De qualquer modo, conforme sustenta Lopes Júnior (2013, p. 6), deve-se afastar do debate acerca do sistema predominante no sistema processual penal brasileiro (inquisitivo ou acusatório), para se perquirir a verdadeira observância a um sistema democrático e garantido constitucionalmente. Afinal a defesa de cada entendimento não pode ser utilizada como pretexto para se encerrar a discussão de constante aprimoramento do sistema vigente. Nas palavras do autor:

[...] está na hora de partir para uma terceira fase inclusive com o abandono dos termos “acusatório” e “inquisitório”, pois excessivamente “rotulados”, arraigados em visões tradicionais e lutas conceituais infundáveis (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 5).

Uma vez postulado o sistema acusatório como aquele regente do processo penal brasileiro, mostra-se pertinente a delimitação de suas garantias emblemáticas, as quais serão essenciais para o subsequente desenvolvimento da teoria das nulidades.

Segundo Martins (2019, p. 846), o devido processo legal, um princípio processual de ampla difusão, provém originalmente da Magna Carta de 1215, momento no qual o direito anglo-

¹⁰⁴ Trata-se, notadamente, das seguintes garantias: devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV), juiz natural (artigo 5º, inciso XXXVII e LIII), inadmissibilidade de provas ilícitas (artigo 5º, inciso LVI), contraditório e ampla defesa (artigo 5º inciso LV), presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII), manejo de habeas corpus (artigo 5º, inciso LXVII), duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII), bem como publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios, vigorando a livre persuasão racional do juiz (artigo 93, inciso IX).

saxão plasmou o termo “due process of law”. No ordenamento pátrio, encontra abrigo no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.

Seu conceito pode ser subdividido em dois prismas complementares: processual e material. Sob a óptica processual, para Martins (2019, p. 847), trata-se da “somatória de direitos constitucionais aplicados ao processo.” Em consonância com esse entendimento, Badaró (2019, p. 86) define como o desenvolvimento do processo em consonância com os demais princípios processuais: garantia do juiz independente e imparcial, do juiz natural, igualdade de partes, estado de inocência, motivação, publicidade, duplo grau de jurisdição, processo no prazo razoável e proporcionalidade.¹⁰⁵

Nesse contexto, corolário do devido processo legal é o efetivo contraditório, este com enfoque tradicional no aspecto formal: a ciência ou informação dos atos processuais e a possibilidade de reação. O primeiro aspecto consiste na possibilidade de se ter conhecimento dos fatos veiculados no processo, vista de documentos e acesso a quaisquer atos processuais e informações que influam sobre o julgamento. O direito à reação, segundo aspecto, é a faculdade de apresentar argumentos contrários, mediante peças processuais, documentos ou outros meios de prova legais, reforçando-se a estrutura dialética do processo (MACHADO, 2014, p. 70).

Ocorre que, com o advento do Estado de Bem-Estar social, a igualdade formal propalada no prisma da liberdade obtém um incremento mediante a noção de equidade, ou igualdade material. Logo, a busca por uma igualdade substancial também contribui com uma guinada essencial na noção de contraditório, de maneira que a mera possibilidade de reação se converte em verdadeira e efetiva participação das partes em condição de igualdade.

O direito de influir no desfecho do processo tem marcante desdobramento no princípio da cooperação, exigindo-se que as partes e juiz colaborem para a construção do provimento jurisdicional. Essa construção participativa impõe o dever de se considerar todos os argumentos suscitados pelas partes (MACHADO, 2014, p. 72-74).

Intrinsecamente relacionada com o contraditório e, destarte, com o devido processo legal, a ampla defesa também adquire papel de destaque no ordenamento processual penal. Encontra sua previsão no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, potencializada na hipótese do Tribunal

¹⁰⁵ A seu turno, o aspecto material ou substantivo tem por base o princípio da razoabilidade. Sua origem reside na Suprema Corte Americana no século XIX, defendendo-se a invalidade dos atos do poder público que não sejam razoáveis (MARTINS, 2019, p. 405). Segundo sustenta Madeira (2019, p. 123), a razoabilidade restringe a possibilidade de se limitar direitos dos cidadãos com base em simples observância procedimental.

de Júri no inciso XXXVIII, alínea “a” (plenitude de defesa). Sobre a ampla defesa discorre Grinover:

A exigência de um contraditório efetivo e equilibrado impõe que se analise, em certos casos, o próprio conteúdo das alegações ou memoriais oferecidos, sob pena de se transformar a participação nessa fase em mera formalidade inócua, desprovida de qualquer aptidão para influenciar o convencimento do julgador (GRINOVER, 2009, p. 191).

No entendimento de Andrade Segundo (2017, p. 107), a ampla defesa se subdivide em defesa técnica, autodefesa e defesa efetiva. Neste último prisma, de especial relevância para o estudo, um enfoque substancial consiste no direito do réu à última palavra, possibilitando contradizer todas as declarações efetuadas pelo polo acusatório. Por essa razão, para efetiva observância à ampla defesa, o interrogatório do réu deve ocorrer ao final, bem como as alegações finais da acusação devem anteceder as defensivas (GIACOMOLLI, 2014, p. 118).

A tutela da regularidade dos atos processuais obtém guarida exclusivamente no modelo acusatório. Afinal, visa-se a tutelar a efetiva observância ao devido processo legal, sem, contudo, excessivo apego a formalidades.

Em sede de nulidades em sentido estrito, de especial relevância ao tema ora tratado, de se pontuar a subdivisão em relativa e absoluta. Brasileiro de Lima (2019, p. 1626) sustenta que há duas características essenciais das nulidades absolutas. Primeiramente, há prejuízo presumido: o artigo 563, do Código de Processo Penal, estende o princípio do *pas nullité sans grief* a todas as espécies de nulidade, razão pela qual deve se fazer presente inclusive em sede de nulidade absoluta. Por outro lado, por se verificar violação a norma de interesse público – em regra plasmada constitucionalmente –, entende-se que há presunção *iuris tantum* acerca do prejuízo.¹⁰⁶

A segunda característica consiste na arguibilidade a qualquer momento, por não estar a nulidade absoluta sujeita a preclusão. É passível de arguição inclusive via ação rescisória, salvo em se tratando de sentença absolutória própria, por vedação à revisão criminal *pro societate* (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1627).

A seu turno, a nulidade relativa advém da violação de interesses preponderantemente privados. Caso não demonstrado o prejuízo pela parte, após menção oportuna, o ato não será

¹⁰⁶ Logo, há inversão do ônus da prova, em lógica inversa àquela prevista no artigo 156, *caput*, do Código de Processo Penal. Por conseguinte, à parte que suscitou o vício processual não incumbirá provar a efetiva existência do prejuízo. Recairá a seu alzo comprovar a inexistência de dano para que o ato não seja declarado nulo (BADARÓ, 2016, p. 795).

anulado. Em geral, entende-se não ser passível de reconhecimento de ofício, à contrariedade de nulidades absolutas (BADARÓ, 2016, p. 794).¹⁰⁷

Tarefa árdua em sede de nulidades consiste na diferenciação entre as vertentes absoluta e relativa. Deve-se ponderar, em primeiro lugar, que as nulidades absolutas não estão circunscritas às hipóteses do artigo 564, do Código de Processo Penal. A *contrario sensu* da interpretação do artigo 572, daquele Código, entende-se que são consideradas insanáveis – logo, absolutas – todas as nulidades elencadas no artigo 564 e não mencionadas naquele dispositivo (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1628).

Sobretudo no tocante à nulidade absoluta, todavia, é inviável a presunção de completude do sistema, o qual é essencialmente casuístico em razão de sua leitura obrigatória à luz das garantias constitucionais. Logo, “a simbiose é constante e incompatível com uma taxatividade na lei ordinária” (LOPES JÚNIOR, 2016, p. 947).

Por essa razão, em segundo lugar, ainda que ausente previsão expressa no artigo 564, combinado com o 572, ambos do Código de Processo Penal, qualquer violação a norma processual constante da Constituição Federal, bem como de Tratados Internacionais que versem sobre a tutela de direitos humanos (notadamente, Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), deve ser considerada como nulidade absoluta.

Com efeito, ao se situarem em diplomas normativos de proteção aos valores fundamentais dos indivíduos, revelam o cerne do devido processo legal, não sendo passíveis de convalidação. Destacam-se, com isso, todas as garantias constitucionais características do sistema acusatório. Asseguram o correto desempenho da função jurisdicional, além das expectativas das partes, com vistas a um provimento imparcial e justo (GRINOVER, 2009, p. 21-22).

Por fim, também incorre em nulidade absoluta a violação de forma prescrita em lei voltada à tutela de interesses públicos, ou seja, valores implícitos na própria Constituição atrelados a garantias fundamentais.

A seu turno, são hipóteses de nulidades relativas todas aquelas mencionadas no artigo 572, do Código de Processo Penal, tendo em vista o reconhecimento de sua sanabilidade caso não arguidas em tempo oportuno (reconhecendo-se, com isso, sua preclusão). Convém registrar ainda que, mesmo ausente expressa cominação de nulidade, presente prejuízo decorrente da violação a

¹⁰⁷ A forma mais comum de convalidação do ato é a preclusão (GRINOVER, 2009, p. 30/31).

qualquer forma prescrita em lei que vise à tutela de interesse das partes, haverá igualmente nulidade relativa (BRASILEIRO DE LIMA, 2019, p. 1629).

Essa abordagem da teoria das nulidades, à luz do sistema acusatório, é aquela que melhor se compatibiliza com todos os procedimentos adotados na seara processual penal. Deve ser aplicada, por conseguinte, nas hipóteses de delação premiada. Conforme sinalizado, a estrita observância ao procedimento é de especial relevância na seara dos crimes de colarinho branco, porquanto há enorme potencial à violação de direitos individuais, maximizado no atual contexto de combate à corrupção. Discorre Canotilho que:

Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idôneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada (CANOTILHO, 2017, p. 146).

4 ANÁLISE DO HC n.º 166.373/PR, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANTO À CONFIGURAÇÃO DE NULIDADE DIANTE DA VEDAÇÃO À CONCESSÃO DE PRAZO SUCESSIVO AO DELATADO APÓS MANIFESTAÇÃO DO DELATOR

Nesse esteio, qualquer violação ao devido processo legal deve ser tratada com o devido rigor, vedando-se flexibilizações. Nesse contexto insere-se a temática tratada por ocasião do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), qual seja, a ordem de manifestação dos corréus delatores e delatados no mesmo processo, e sua forte correlação com os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Convém registrar que a posição do delator sempre se mostrou de algos com relação ao corréu delatado. Afinal, a condenação com fundamento na delação é pressuposto para o sucesso do acordo e, com isso, obtenção dos benefícios nele pactuados. Ora, muito embora a efetividade do acordo, de fato, não esteja necessariamente condicionada ao provimento da ação penal com relação ao corréu delatado, *a contrario sensu*, a condenação deste importará no reconhecimento de que o delator contribuiu com o desfecho, fazendo jus a seu benefício pactuado. Com efeito, de rara verificação prática a hipótese de improcedência da ação penal com relação ao delatado em que o

acordo pactuado com o delator é efetivamente cumprido. Logo, todos seus esforços serão dirigidos à condenação, por ser este o mecanismo mais seguro para o sucesso de seu acordo.

Ademais, há diversos dispositivos constantes da Lei n.º 12.850/13 que confirmam a posição antagonista do delator e, inclusive, denotam descrença no tocante às alegações do delator. A antiga redação do artigo 4º, § 16, estabelece que não será possível condenar o delatado exclusivamente com base no depoimento do delator. Com efeito, não houvesse seu interesse na obtenção de uma condenação, a oitiva de apenas uma testemunha, caso uníssona no conjunto probatório, seria apta a embasar um juízo condenatório. Disso decorre que, à toda evidência, o legislador buscou mitigar a força probatória do relato do delator.

Em reforço, a Lei n.º 13.964/19 acrescentou ser vedada ainda a decretação de qualquer medida cautelar, ou mesmo, recebimento da denúncia ou queixa-crime, com base exclusiva no depoimento do delatado (atual redação do artigo 4º, § 16).

A regra de corroboração é aplicável a cada agente e a cada fato delitivo, o que respectivamente denota corroboração subjetiva e objetiva. Não deve ser genérica, mas individualizada. Embora haja limitação de meios de prova, ou mesmo, de valores quantitativos para a corroboração, deve ser robusta e atinente a todos os fatos imputados. Podem ser dados acessórios, mas necessariamente próximos ao fato delitivo (MENDONÇA, 2019, p. 361).

No mais, para além de o delator se abster do exercício do direito ao silêncio, tem o dever legal de dizer a verdade. Logo, com a incriminação de terceiro, interrogatório do colaborador, ao menos quanto a seu conteúdo, adquire natureza jurídica de testemunho (BARROS, 2017, p. 31).

Nesse contexto, diante de sua disposição em favor da versão acusatória, cumulado com o dever legal de dizer a verdade, os depoimentos do delator possuem características de depoimentos de testemunha de acusação. Caso o delator não integre o polo passivo no mesmo processo referente ao delatado, a repercussão essencial deve ser apenas sua oitiva junto das testemunhas de acusação, viabilizando-se posteriormente os depoimentos das testemunhas de defesa e o interrogatório do delatado.

Por outro lado, se delator e delatado forem corréus no mesmo processo, a observância ao contraditório impõe a manifestação deste sempre posteriormente. Com efeito, endoprocessualmente, a posição jurídica assumida pelo delatado será simultaneamente de réu (em face das imputações a ele atribuídas) e similar à de assistente da acusação (com relação aos delitos imputados ao corréu delatado), decorrente de seu interesse na prevalência da versão acusatória.

Sendo assim, a observância ao devido processo legal, notadamente, ao contraditório e à ampla defesa, impõe que o corréu delator se manifeste posteriormente ao Ministério Público (porquanto também ostenta a posição de réu), porém previamente ao corréu delatado, a fim de que este possa tomar ciência e se manifestar acerca de todas as teses – de fato e direito – aventadas em seu desfavor.

De fato, conforme se discorreu, a noção substancial de contraditório pressupõe a informação, reação e efetiva influência acerca do desfecho processual. A seu turno, a observância à ampla defesa impõe a faculdade de defesa efetiva do réu de todas as acusações em seu desfavor. Nesse sentido, a manifestação concomitante entre corréus delator e delatado inviabilizaria não apenas a reação adequada deste, como também a possibilidade de efetivamente se defender dos argumentos aventados pelo delator, maculando o desfecho processual.

Especial destaque, ainda, merece a manifestação quando das alegações finais, frequentemente na forma de memoriais em razão da complexidade das causas envolvendo organizações criminosas. Trata-se do momento processual em que se condensam todas as acusações: é a oportunidade de manifestação das partes após o encerramento da instrução, com a juntada de todos os documentos e oitiva de todas as testemunhas capazes de influir no processo. Nesse esteio, nos memoriais haverá condensação e entrelaçamento do conjunto probatório, razão pela qual o corréu delator irá empenhar-se ao máximo não apenas em corroborar com os memoriais ofertados pelo Ministério Público, como também contribuir com novos argumentos para a prevalência da versão acusatória. Nota-se, com isso, ser essencial o oferecimento dos memoriais do corréu delatado após o delator.

Por esses argumentos aventados, aliás, foi acrescido, com a aprovação da Lei n.º 13.964/19, o artigo 4º, § 10-A, de teor inequívoco: “Em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou.”

Nesse contexto, verifica-se que, no tocante à colaboração premiada, a Lei n.º 13.964/19 buscou, em certa medida, corrigir e conter as nocividades do modelo transplantado ao Brasil, o qual apresentava tendência expansionista em detrimento do devido processo legal, de observância obrigatória no sistema acusatório, sobretudo no modelo romano-germânico.

Por essa razão, há de se reconhecer o acerto da opinião predominante em sede do Habeas Corpus n.º 166.373 (BRASIL, 2019), ao reconhecer o direito do réu delator se manifestar posteriormente ao delatado, sobretudo em sede de alegações finais.

O principal argumento para afastar os argumentos favoráveis à tese defensiva, suscitado por todos os Ministros contrários à concessão do habeas corpus, reforçava a ausência de previsão expressa na Lei n.º 12.850/13 ou em qualquer outro diploma normativo. Convém ressaltar, contudo, que o positivismo há muito encontra-se superado no ordenamento pátrio, sobretudo com o advento da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, a observância ao devido processo legal, sobretudo em suas vertentes do contraditório e ampla defesa, não pode estar restrita a simples previsões legais, sob pena de converter o processo em meros procedimentos formais desprovidos de finalidade ulterior. Fruto de inovação legislativa relativamente recente, há de se reconhecer que o instituto da colaboração premiada não encontra plena tutela procedimental expressa, devendo haver esforço hermenêutico para sua devida composição. O que se nota no caso em questão, em verdade, é verdadeira lacuna normativa, a qual deve ser preenchida à luz das garantias constitucionais do acusado.

Ademais, pouco importa que o depoimento do corréu delator, por si só, não possa embasar a condenação, conforme pretendem fazer crer os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin.¹⁰⁸ Afinal, não se cuida de se defender apenas dos relatos ofertados pelo colaborador em audiência, mas em verdade, de refutar todos os argumentos de fato e direito por ele aventados à luz do conjunto probatório. Ora, muito embora a efetividade do acordo, de fato, não esteja necessariamente condicionada ao provimento da ação penal com relação ao corréu delatado – conforme suscitou o Ministro Edson Fachin –, *a contrario sensu*, a condenação deste importará no reconhecimento de que o delator contribuiu com o desfecho, fazendo jus a seu benefício pactuado. Com efeito, de rara verificação prática a hipótese de improcedência da ação penal com relação ao delatado em que o

¹⁰⁸ Os Ministros Marco Aurélio, Fachin e Fux também questionaram a possibilidade de extensão do contraditório caso os réus se delatem mutuamente no curso do processo, ou mesmo, na hipótese de ausência de acordo de colaboração, mas na qual um corréu aponta o envolvimento do outro em práticas delitivas. Ocorre que, como ponderado na ocasião pela Ministra Rosa Weber, trata-se de situações não equiparáveis àquela ora analisada. De fato, existente delação mútua, em observância ao princípio da isonomia, o prazo para manifestação deverá ser concomitante, porquanto ambos os sujeitos ocupam o mesmo status processual: há interesse na condenação de ambos, por serem simultaneamente confessos. Por outro lado, na hipótese de ausência de acordo, mas se tratando de mera imputação ao corréu, não se faz presente o interesse na condenação do algoz, porquanto o acusado não obteria qualquer vantagem. Verifica-se, tão somente, uma das vertentes do direito de defesa/direito a não produzir provas contra si mesmo, o que não guarda correlação com os interesses de um corréu delator na condenação do delatado. Por essa razão, igualmente, o prazo para manifestação deverá ser concomitante.

acordo pactuado com o delator é efetivamente cumprido, sendo igualmente irreal a condenação do delatado sem o conseqüente reconhecimento da contribuição do delator. Logo, todos os esforços deste serão dirigidos à condenação, por ser o mecanismo mais seguro e eficaz para o sucesso de seu acordo.

Por fim, os Ministros Barroso e Marco Aurélio fizeram alusão aos avanços da Operação Lava Jato no combate à corrupção, reforçando os riscos a todas as condenações já efetuadas com a adoção de posicionamento favorável à nulidade. Ocorre que referido discurso apenas ressalta aquilo defendido nesta pesquisa, expondo-se que significativa parcela do Judiciário está disposta a flexibilizar – entenda-se violar – direitos fundamentais em detrimento da obtenção de resultados entendidos como necessários ao combate à corrupção. Abandonam-se os argumentos jurídicos – ou apenas se lhes confere roupagem de plausibilidade – para se privilegiarem os resultados almejados. O devido processo legal, com isso, torna-se obstáculo facilmente transponível pela vontade dos magistrados.

Reconhecido o direito de manifestação do delatado em momento posterior, merece censura a posição dominante da Corte no sentido de que haveria mera configuração de nulidade relativa na hipótese de inobservância desse procedimento.

Há evidente descompasso com a atual sistemática processual penal, conforme ora delineada, empregando-se o instituto da nulidade relativa, quando, na verdade, seria absoluta. Por se tratar da violação aos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente na seara penal, em que está em jogo a liberdade individual – bem mais caro ao ser humano, junto à própria vida e dignidade -, a não concessão de prazo sucessivo para manifestação do corréu delatado após o acusado delator consiste em nulidade absoluta.

Se não bastasse, o reconhecimento de nulidade relativa apresenta imprecisões lógicas, o que limitaria sua incidência. Por um lado, o reconhecimento de preclusão retroativa é uma contradição lógica. Afinal, não se pode exigir que o patrono efetue arguição oportuna de um argumento (apresentação das alegações finais pelo corréu delatado posteriormente ao delator) ainda não expressamente previsto no ordenamento, quer em sede legislativa, quer jurisprudencial. A efetiva aplicação da preclusão deve estar circunscrita a hipóteses claras e previamente determinadas, sob pena de não somente se privilegiarem as defesas de réus mais abastados – tecnicamente superiores, com maior elasticidade e criatividade argumentativa -, como também se multiplicarem nos processos subsequentes quaisquer argumentos que futuramente possam ser

apreciados pela Corte em sede de nulidades – sobrecarregando os processos de arguições preliminares para se resguardar eventual nulidade futura.

Em segundo lugar, a imprecisão do termo “prejuízo” exige a delimitação mais clara de hipóteses – ainda que meramente exemplificativa – de sua exemplificação. Com efeito, apesar de não se filiar à orientação do Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual o prejuízo decorre da simples condenação do corréu delatado, a ausência de critérios claros importará na carência de uniformidade jurisprudencial.¹⁰⁹

Por fim, não subsistem as críticas tecidas sobre a posição minoritária, já manifestada pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e Rosa Weber,¹¹⁰ no sentido de se estar diante de nulidade absoluta. Em sentido técnico, sua incidência pressupõe o reconhecimento de uma omissão legislativa inconstitucional, por ausência de previsão expressa de ordem de manifestação entre corréus delatores e delatados nos diplomas normativos pátrios. São tecidas ressalvas sob o argumento de consistir em verdadeira inovação de rito processual, ao qual não se poderia conferir aplicação retroativa. Ocorre que não se cuida de simples inovação legislativa, mas de verdadeira tutela à garantia do contraditório e da ampla defesa, valores constitucionais que independem de expressa previsão legal para sua eficácia. Assim, o reconhecimento de referida nulidade não deriva propriamente de uma lei infraconstitucional, mas das próprias garantias intrinsecamente ligadas ao devido processo legal previstas na Carta Maior.

Posto isso, haverá presunção *iuris tantum* de prejuízo à defesa do corréu delatado, incumbindo ao Ministério Público o ônus argumentativo de comprovar inexistência de prejuízo. A ausência de dano ao delatado restará demonstrada, sobretudo, caso tenha sido absolvido, se não houver inovação argumentativa nos memoriais do delator acerca de elementos de prova ou teses jurídicas, ou mesmo, quando haja simples reiteração de declarações pretéritas (remissões aos memoriais do Ministério Público e à resposta à acusação). Da mesma forma, caso a defesa do acusado delatado manifeste expressamente a inexistência de prejuízo (a título exemplificativo, se ofereceu memoriais posteriormente ao delatado no curso da fluência do prazo comum), também não subsistirão razões para seu reconhecimento.

¹⁰⁹ De fato, já no Plenário do Supremo Tribunal Federal, os Ministros Fachin, Carmen Lúcia e Barroso sustentaram a inexistência de prejuízo apenas porquanto o corréu delatado teria se manifestado posteriormente, desconsiderando o fato de que referida manifestação não se relacionava às alegações finais dos corréus delatores mas, em verdade, a documentos novos colacionados por corréu delatado. Dessa maneira, verifica-se retórica argumentativa a obstacularizar a efetiva verificação do prejuízo nos casos concretos, caso ausentes balizas claras.

¹¹⁰ Trata-se, ainda, da provável opinião a ser adotada pelo Ministro Gilmar Mendes à luz de seu voto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em termos sintéticos, eis a tese proposta:

- i) Em todos os procedimentos penais, é direito do acusado delatado apresentar as alegações finais após o corrêu que, nos termos da Lei nº 12.850/13, tenha celebrado acordo de colaboração premiada, devidamente homologado, sob pena de nulidade absoluta e, portanto, sendo passível de reconhecimento *ex officio*;
- ii) Para os processos já sentenciados e futuros, haverá presunção *iuris tantum* de prejuízo, incumbindo ao órgão acusador a demonstração de sua inexistência;
- iii) A demonstração de ausência de prejuízo decorrerá: a) da absolvição do acusado delatado; b) da inexistência de inovação argumentativa, fática ou jurídica, ou mesmo de qualquer nova concatenação do conjunto probatório pelo corrêu delator na ocasião das alegações finais, limitando-se a reiterar teses integralmente já suscitadas ou peças previamente apresentadas; c) da expressa manifestação pela defesa no sentido de que não houve prejuízo.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A delação nos sistemas punitivos contemporâneos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 128, p. 65-89, fev. 2017.

ANDRADE SEGUNDO, Arnaldo Pereira de. A garantia da ampla defesa na colaboração premiada: requisitos mínimos. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 14, n. 79, p. 98-115, ago./set. 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROS, Caio Sérgio Paz de. Delação e o devido processo penal, mediante ampla defesa, após o contraditório indisponível. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 18, n. 106, p. 28-85, out./nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 166.373, relator para o acórdão Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF. **DJe de 17 de outubro de 2019**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5607116>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASIL. 13ª Vara Federal de Curitiba. Ação Penal n.º 5024266-70.2017.4.04.7000, Juiz Sérgio Moro. Curitiba, PR. **DJe de 06 de fevereiro de 2018**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba/acoes/processo-penal-64/sentenca/arquivo>. Acesso em: 29 fev. 2020.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2019.

CHIAPETA, Ana Paula Pessoa Brandão; PAULA, José Geraldo Gonçalves de. A gestão da prova pelo juiz no sistema penal acusatório. **Revista Síntese de direito penal e processual penal**, Porto Alegre, v. 19, n. 114, p. 64-78, fev./mar. 2019.

FERRAJOLI, Luigi; CARBONELL, Miguel. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014. 406 p.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. O fundamento culturalista das dez medidas contra a corrupção: o caso do "ajuste" das nulidades. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 16, n. 65, p. 127-155., abr./jun. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 300 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista do processo penal. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 11-33, jan./abr. 2001.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

LOPES JÚNIOR, Aury. (Re)pensando os sistemas processuais em democracia: a estafa do tradicional problema inquisitório x acusatório. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 21, n. 251, p. 5-6, out. 2013.

LOPES JÚNIOR, Aury. Quando Cinderela terá suas próprias roupas? A necessária recusa à teoria geral do processo. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 1, 9 p., 2015.

MACHADO, Daniel Carneiro. A visão tridimensional do contraditório e sua repercussão no dever de fundamentação das decisões judiciais no processo democrático. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 69-84, dez. 2014.

MADEIRA, Guilherme. **Curso de Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: **A prova do enfrentamento à macrocriminalidade**. Organização de Daniel de Resende SALGADO, Ronaldo Pinheiro de QUEIROZ. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MORAES, Vinicius Borges de. A Súmula 523 do STF e a deficiência de defesa: nulidade absoluta ou relativa?, 2006. **A Súmula 523 do STF e a deficiência de defesa: nulidade absoluta ou relativa?**. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=140824. Acesso em: 29 fev. 2020.

NUNES, Leandro Gornicki. Constituição, contraditório e linguagem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 24, n. 119, p. 75-101, mar./abr. 2016.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. Colaboração unilateral premiada como consectário lógico das balizas constitucionais do devido processo legal brasileiro. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 131-166, 2017.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2007.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 288 p.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017.

THE INSTITUTE OF NULLITIES IN PLEA AGREEMENTS CONCERNING THE ORDER OF MANIFESTATION OF THE INFORMANT AND THE INFORMED PERSON

ABSTRACT

In October 2019, the Supreme Court decided, by majority of votes, that the informant must manifest later and successively to the informed person, in compliance with the adversary system and the due process. The Supreme Court chose, however, to modulate the effects of this nullity decree regarding past proceedings that did not observe the referred procedure. In this context, based on the deductive and dialectical methods of research, one seeks to analyze the theory of nullities in criminal procedural law, in order to safeguard due criminal proceedings. It also analyzes the institute of plea agreement and the role played by the informer in the course of the procedural march. Finally, based on the conclusions obtained, one aims to analyze the (in) correctness of what was decided by the Supreme Court,

proposing, then, a compatible solution with the constitutional values protected by the nullity system.

Keywords: Plea agreement. Nullity. Accusatory system.

*Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva*¹¹¹

*Juliana Trindade Ribeiro Pessoa Pordeus*¹¹²

RESUMO

A atividade exercida pela polícia no âmbito dos primeiros contatos de mulheres vítimas de violência doméstica com o poder público até a conclusão do inquérito policial possui um caráter pré-jurisdicional. Contudo, é durante esse processo de acolhimento, escuta das vítimas e investigações que podem ocorrer situações de revitimização e, conseqüentemente, violações de direitos humanos. Assim, a presente pesquisa realizou uma revisão bibliográfica para compreender o contexto histórico-social que favorece à uma pretensa, mas não efetiva, tutela dos direitos da mulher pela atividade policial. A pesquisa debruça-se sobre alguns casos analisados no âmbito da Vara de Violência Doméstica da Comarca de Santa Rita, na Paraíba, compreendendo a partir do estudo fático o fenômeno da revitimização. A partir disso, depreende-se que o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público é um caminho para coibir possíveis violações de direitos humanos no âmbito da atividade pré-jurisdicional exercida pelas autoridades policiais.

Palavras-chave: Controle externo. Direitos humanos. Gênero. Violência. Polícia.

1 INTRODUÇÃO

O caminho percorrido desde um ato de violência sofrido por uma mulher até uma efetiva proteção institucional pode perpassar por novos atos de violência moral. Ocorre que, em algumas

¹¹¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, com ênfase em Fundamentos Teóricos e Filosóficos dos Direitos Humanos. Assessor Jurídico junto à Promotoria de Justiça da Tutela Coletiva do Sistema Prisional e Direitos Humanos do Ministério Público da Paraíba. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: antoniotrigueirosilva@gmail.com.

¹¹² Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa. Integrante do Grupo de Pesquisa Política Criminal, Sistema Penitenciário e Direitos Humanos (GPOC – UFPB) junto ao CNPq. Integrante do Grupo de Pesquisa Sistema Penal, Democracia e Direitos Humanos junto ao CNPq. Advogada. Membro da Comissão de Combate à Violência e Impunidade contra à Mulher da OAB – PB. E-mail: julianatrpordeus@gmail.com.

ocasiões, o preconceito estrutural, que compõe a sociedade brasileira, ou a falta de capacitação adequada de profissionais pode promover o que se compreende por revitimização.

Diante desse contexto, contempla-se que a proteção dos direitos humanos exercida tanto pela sociedade em geral, como pelas diversas entidades estatais de controle social, necessita de um longo processo de construção instrumentalizado por meio de diálogos, políticas públicas e cursos de qualificação para agentes que irão lidar no cotidiano com graves situações.

Uma das principais formas de revitimização ocorre exatamente nos primeiros contatos das vítimas com o poder público, ao buscarem ajuda. O atendimento prestado às vítimas necessita de um olhar especializado, tendo por objetivo o acolhimento e a escuta ativa, buscando compreender o contexto no qual elas estão inseridas. Porém, a depender da forma como o papel pré-jurisdicional é exercido, é possível ocorrer atos de revitimização dessas mulheres, de modo a aumentar o contexto de violação de direitos humanos, ainda que isto se dê no processo de acesso à justiça?

A partir disso, o presente trabalho objetiva analisar o comportamento pré-jurisdicional exercido pela atividade policial no processo de combate à violência doméstica contra a mulher. Para tanto, foi realizada uma revisão bibliográfica sobre a temática, contemplando a possível presença de uma narrativa retórica em torno de uma pretensa proteção dos direitos humanos pelo poder público, que acaba promovendo atos de revitimização no contexto da violência contra a mulher.

Em seguida, a pesquisa realiza a análise de depoimentos de vítimas de violência doméstica prestados no âmbito das audiências de instrução realizadas na de uma vara mista da Comarca de Santa Rita, município do Estado da Paraíba, tendo por base uma análise descritiva, por meio da técnica de observação, para demonstrar a hipótese sobredita, realizando um levantamento das características que compõem o processo de revitimização das mulheres pelo poder público.

Observa-se que a relevância desta pesquisa está na constatação do papel vitimizador exercido pelas autoridades exatamente no contexto em que aquelas deveriam garantir e ampliar a proteção às mulheres que se dirigem à justiça buscando nesta o alento para as violências estruturais, físicas e morais que sofrem cotidianamente. Para além das dificuldades na implementação das políticas públicas em todo o extenso território nacional, a rede de proteção às mulheres necessita abarcar também a fiscalização das atividades que estão sendo exercidas na cadeia de mecanismos de combate à violência doméstica contra a mulher.

Nesse contexto, far-se-á uma análise acerca da possibilidade do controle externo da atividade policial, exercido precipuamente pelo Ministério Público, dirigir uma atenção especializada, dentre as atividades fiscalizatórias realizadas por tal entidade, por meio de ações conjuntas que promovam um olhar específico no que tange à proteção dos direitos da mulher, aprimorando e exigindo das instituições policiais um tratamento adequado nos processos de acolhimento e escuta ativa das mulheres que buscam, desde o primeiro contato com as autoridades estatais, a proteção necessária para terem seus direitos preservados.

2 O CONTEXTO FALACIOSO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER POR MEIO DA ATIVIDADE PRÉ-JURISDICIONAL DA POLÍCIA

A partir da análise em torno do papel da polícia no contexto pré-jurisdicional, faz-se necessário compreender como a rede de proteção à mulher ainda é revestida de um contexto histórico-cultural e estrutural que favorece a revitimização e violação de direitos humanos. O uso de discursos retóricos empreendidos por autoridades policiais, supostamente voltados para a preservação dos direitos das mulheres no combate à violência doméstica, por vezes, pode favorecer um cenário de novas distorções e violências.

Estas, por sua vez, conforme Misse (2016, p.9) compreende que o processo de pacificação depende do exercício de uma violência contra outra, estando o debate em torno da legitimidade destas ações violentas, ou seja, comete-se um ato violento legítimo para coibir um ato de violência ilegítimo. O autor ainda evidencia que, no contexto brasileiro, há uma noção de acúmulo social de violências, no qual se observa a violência estatal, a violência interpessoal e a coercitividade da estrutura social. Zaluar (1999, p.11) evidencia que a violência “como qualquer outro instrumento, pode, portanto, ser empregada racional ou irracionalmente, pode ser considerada boa ou má, justificada ou abominada”.

Desse modo, a violência desenha então um panorama no qual os atos que poderiam justamente coibi-la são, na verdade, gestos violentos legitimados. Contudo, em alguns contextos, estes podem deter um caráter arbitrário ou que ultrapassam o limite da legitimação e, são nesses momentos, que ocorrem atos de revitimização, promovidos pela violência estatal e, até mesmo, pela estrutura social.

Ávila (2017, p.109-110) evidencia que os principais atos de revitimização são: a desvalorização da gravidade dos fatores; questionamento da veracidade das declarações da vítima; no caso de lesões recíprocas, dá-se maior credibilidade às versões dos agressores; recriminação moral pela continuidade da relação, culpabilizando as vítimas; e ainda o grave quadro de discriminação institucional, que faz aflorar situações macrossociais. O autor contempla ainda que “esses problemas de revitimização no âmbito policial comprometem a efetividade de toda intervenção estatal, pois criam uma deslegitimidade para os demais serviços da rede pública” (ibid, p.114)

Chai, Santos e Chaves (2017, p.651) atentam para o fato de a violência institucional ser revestida, muitas vezes, por sutilezas e gestos que são oriundos de relações de poder assimétricas, imbuídas de banalizações, desqualificações das vítimas e ausência de práticas humanizadas por parte das autoridades.

Outras problemáticas constatadas pelos autores dão conta de atividades desarticuladas entre as instituições, dificuldade no cumprimento das medidas protetivas e elevado número de demandas que favorecem a um atendimento pouco especializado e humanizado (ibid, p.662). Meza e Franca (2017, p.12) ampliam o debate, compreendendo que há pontos de dificuldade na aplicação da Lei Maria da Penha, tais como: a questão cultural, o excesso jurídico utilizado na linguagem das sentenças para justificar absolvições e falta da capacitação das autoridades.

Carvalho e Silva (2018, p.17-19) a partir de pesquisa realizada sobre o atendimento policial no município de Palmas/TO, identificaram que a atividade desempenhada pela polícia militar local - no âmbito do primeiro contato com os atos de violência - não apresentou coerência com as diretrizes dos pactos, tratados e acordos internacionais e nacionais sobre direitos humanos.

Além disso, questões relativas às instruções às vítimas sobre os seus direitos, principalmente sobre as redes de proteção às vítimas de violência doméstica, evidenciando problemas na capacitação e práticas profissionais dos policiais. Outros fatores constatados foram o desinteresse, a indiferença e o preconceito nos atendimentos prestados pelos policiais, e que, em quase metade das entrevistas realizadas com as vítimas, houve uma desmotivação para levar o caso à delegacia. Como possíveis atos para melhoria destas problemáticas, os autores compreendem que é necessária uma reestruturação interna das instituições responsáveis pelo enfrentamento da violência contra a mulher, melhorando a capacitação das autoridades (ibid, p.21).

Desse modo, além das problemáticas inerentes a revitimização das mulheres, a deficiência na atuação policial pode levar a situações de descrédito pela sociedade do papel exercido por tais entidades. Ávila (2017, p.19) esclarece que a ocorrência de determinadas situações em que as estratégias de investigação são negligentes com os casos de violência doméstica favorecem, então, a um considerável incremento no risco de absolvição por insuficiência de provas. Para o autor, a atuação policial “deve ser, necessariamente, centrada nas necessidades da vítima (...) avaliação de risco e administração dos fatores de risco (planos de segurança) são estratégias centrais das políticas de prevenção criminal em contexto de violência doméstica.” (ibid, p.21).

Nesse contexto, a Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (CIDH, 1994), em seu artigo 8º identifica, dentre outros pontos, que os Estados-partes devem adotar medidas progressivas para modificar os padrões sociais e culturais de condutas de homens e mulheres - alínea b -, bem como “promover a educação e treinamento de todo o pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei” - alínea c (ibid).

Desse modo, evidencia-se, portanto, o contexto falacioso da proteção dos direitos da mulher no Estado Brasileiro. A elaboração de leis, bem como a participação em tratados internacionais são essenciais para o reconhecimento de uma luta por direitos e para a instituição de novos órgãos de proteção às mulheres. Inegáveis são as suas relevâncias, porém, evidenciam um comportamento assimétrico e vertical da implementação das políticas de proteção aos direitos humanos no país.

Marsillac (2020, p.56) contempla que é necessário suprimir comportamentos arbitrários ou abusivos, criando um ambiente dialógico para implementação de direitos, sob pena de estes serem cada vez mais rejeitados, gerando mais atos de violência e desrespeito às normas, sendo necessário observar ainda que a linguagem e a comunicação são essenciais na ponderação dos discursos (ibid, p. 336).

Panikkar (2004, p. 232), por sua vez, compreende que os direitos humanos não podem ser considerados instrumentos absolutos e distantes das realidades, devendo observar as necessidades regionais. Rebouças (2015, p.59) compreende ainda que os direitos humanos não podem surgir apenas nos contextos pós-violatórios, devendo ser exatamente um instrumento transformador e preventivo.

Assim, observando as narrativas em torno da proteção dos direitos da mulher e a necessidade de uma atividade pré-jurisdicional eficiente, tem-se que é fundamental que as polícias desempenhem um papel acolhedor e humanizado, mas, além disso, essas as autoridades, ao

exercerem seus papéis, precisam atingir um status de atuação objetiva, que tenha por base a valorização dos discursos das vítimas. Não é o delegado ou o policial a autoridade julgadora que irá determinar a sentença que punirá o agressor ou não, ainda que haja o livre convencimento da autoridade policial em proceder com indiciamento dos supostos agressores. A atuação policial, portanto, precisa partir de pressupostos objetivos diferentes e especializados¹¹³, nos casos de violência contra a mulher, privilegiando o acolhimento das vítimas e de suas narrativas.

É notório um esforço descentralizado e não homogêneo entre as diversas instituições que visam combater a violência doméstica contra a mulher. Isso ocasiona uma dificuldade na prevenção e na proteção efetiva, descredibilizando a atuação dessas entidades, representando esforços que acabam por remar em direções contrárias, mesmo possuindo objetivos comuns.

A porta de entrada dos casos ora aqui discutidos é, exatamente, a polícia. Entre 2003 e 2013, a quantidade de Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher mais que dobrou, passando de 248 para 500, em todo o país (ENGEL, 2019). Desse modo, a atuação conjunta da polícia com os demais órgãos da rede de proteção, bem como com os Ministérios Públicos, Defensorias Públicas e Tribunais de Justiça do país, deve privilegiar e proporcionar suas atuações em políticas horizontais e simétricas, que caminhem em uma só direção, com um só discurso.

Nesse contexto, a atividade pré-jurisdicional bem executada pode mitigar a narrativa popular de que os atos de proteção aos direitos humanos são falaciosos. Isso se dá em razão de que a inserção da temática no seio social se deu de forma impositiva, não proporcionando uma dialogicidade entre as instituições e a sociedade. E, além disso, é importante ressaltar que as instituições são compostas por membros dessa mesma sociedade, estando notoriamente imbuídos por seus preconceitos, visões distorcidas e discriminações.

Assim, o discurso dos direitos humanos também precisa dialogar com a sociedade, fazendo com que seja compreendido por esta, devendo haver uma noção comum de que a cidadania e a política são construídas ao lado desses direitos e que estes precisam ser preservados por todos, como um bem-comum.

¹¹³ Tais pressupostos objetivos poderiam seguir a perspectiva rawlsiana de estabelecimento dos princípios de justiça num Estado Democrático. Nesta perspectiva, insere-se uma atuação na qual os agentes, nos processos decisórios, devem afastar suas convicções pessoais para buscar atuar de forma justa e equitativa dentre os cidadãos daquela sociedade, sempre postulando um bem comunitário. Em: RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

A tutela dos direitos humanos, e, especificamente no que diz respeito ao combate à violência contra a mulher, perpassa obviamente por uma longa modificação das estruturas de poder, mas isto não pode ser um elemento impeditivo para implementação de políticas institucionais não paliativas, que tenham como principal objetivo a quebra dos padrões que colocam as mulheres num contexto de submissão aos homens, tampouco uma narrativa retórica opressora, que privilegia a perpetuação de violações de direitos.

Diante de todo esse aporte teórico e percebendo que o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher aproxima-se mais do conceito de direitos humanos do que, propriamente, do rompimento de integridades, como nos propõe a legislação penal brasileira, faz mister adentrarmos na prática vivenciada na Vara de Violência Doméstica para compreendermos que o conflito não paira apenas nas doutrinas, mas está nelas pela preocupação que existe em torno da questão.

3 DA TEORIA À PRÁTICA: UMA ANÁLISE DO PAPEL PRÉ-JURISDICIONAL DA POLÍCIA NA TRATATIVA DOS CONFLITOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

É por isso que eu não tenho pena de mulher que apanha de homem. É por isso que acontece feminicídio. Tem muita mulher que morre, porque tem muita mulher safada que fica protegendo o acusado, como você! Frase de uma delegada de polícia coagindo uma suposta vítima a depor contra o seu companheiro (suposto agressor).

A frase acima foi presenciada, na ocasião em que se desenvolvia uma pesquisa de campo para fins de dissertação do mestrado. O estudo está sendo realizado junto à uma Vara Mista da Comarca de Santa Rita, município do Estado da Paraíba, e tem por finalidade averiguar a eficácia do Judiciário na resolução dos conflitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher. Logo, utilizar-se-á parte da pesquisa para tecer algumas considerações sobre o papel pré-jurisdicional da polícia na tratativa de tais conflitos, bem como a repercussão das suas ações no desfecho dos casos.

Nada obstante, a princípio, é importante aludir que a pesquisa empírica realizada analisa processos e audiências públicas. A vista disso, como não houve realização de entrevistas, nem a identificação das pessoas integrantes da relação processual, torna-se desnecessária a aprovação da presente pesquisa pelo Comitê de Ética em Pesquisa.

No dia 13 de maio de 2021 a vítima H. esteve na audiência de instrução para prestar esclarecimentos sobre uma suposta agressão que sofreu do seu ex-companheiro. Logo, foi dada a palavra a Promotora de Justiça que começou a indagar-lhe sobre os fatos, momento em que ela contou-lhe que tentou explicar para a delegada o que tinha se passado, isto é, afirmou que a briga aconteceu, contudo, que não foi o acusado quem a machucou, mas ela que tropeçou e caiu por cima de um espelho.

Em continuação ela afirmou que a autoridade policial, não acreditando na sua versão, chamou-a de cachorra e disse: “É por isso que eu não tenho pena de mulher que apanha de homem. É por isso que acontecem feminicídios. Tem muita mulher que morre, porque tem muita mulher safada que fica protegendo o acusado, como você!” – frase que inicia o presente estudo. A vítima relatou também que foi coagida pela delegada a ir ao IML, sob pena de responder pelo crime de desacato à autoridade, de forma que a ela foi conduzida na viatura da polícia.

Com relação a todos esses fatos, sempre que os narrava, pedia para que perguntassem para a testemunha que estava com ela na delegacia, pois ela ouvira tudo e com certeza confirmaria o que ela estava dizendo. *A posteriori* e por fim foi ouvida a testemunha referida e, quando indagada sobre quem chamou a polícia, ela afirmou que não sabia, pois “sempre que tem gritaria na rua todo mundo liga para a polícia”, mas nada lhe foi perguntado no sentido dos relatos da vítima sobre os constrangimentos provocados pela delegada.

Diante desse caso, observa-se claramente a dupla função da polícia, quais sejam: o papel de controladora dos conflitos informais e a sua incumbência pré-jurisdicional, isto é, de dar início a uma investigação criminal que, supostamente, desaguará em um processo. Portanto, precisa é a expressão usada por Sherman e Robert Percival (1981) quando classificam o papel exercido pela polícia como “os porões da justiça criminal”, pois é a partir dessa postura precursora que dependem os rumos dos conflitos que aparecem no Judiciário.

É a capilaridade policial, isto é, a sua capacidade de movimentar-se dos conflitos privados aos públicos que tornou os policiais aliados do povo em qualquer tipo de disputa (BRETAS, 1996, p. 215). Sendo assim, não é estranho ouvir a testemunha dizer que qualquer grito que se escuta na rua, chamam logo a polícia.

Dessa forma, a relação polícia-sociedade mistura-se entre a confiança e o medo, porque ao mesmo tempo que é ela que chega aos que a solicitam, também é ela que, ao seu crivo e, algumas vezes, por cima da lei, confunde autoridade com autoritarismo e dá destinos que prejudicam muito

mais as vítimas, colocando-as como culpadas por estarem acobertando seus companheiros, por serem “fracas” em não deixarem a relação e assim por diante, do que propriamente zelam pelos seus direitos como pessoas humanas.

Como visto no caso apontado, ao mesmo tempo em que as instituições zelam formalmente pelos direitos das mulheres, na prática, o que acontece é o descrédito das suas palavras. A vítima H. não teve o seu depoimento respeitado quando prestado para uma delegada, que ao invés de tentar entender a complexidade do conflito, já que lida diuturnamente com esse tipo de questão, preferiu apontar-lhe o dedo chamando-a de “cachorra”. Em seguida, ao chegar no Judiciário, nada foi feito no sentido de averiguar o que foi relatado pela vítima - nem sequer perguntaram à testemunha se ela ouviu falar dos maus tratos.

Com isso, essa mulher que, saindo de um conflito dentro da sua casa (aqui não se julga se a agressão foi feita pelo seu ex-companheiro ou não, mas referindo-se a discussão entre ela e o marido, que foi confirmada), depara-se com o menosprezo de uma instituição que deveria importar-se e acolhê-la, logo é compreensível caso ela ou outras mulheres não queiram passar pelas mesmas humilhações, mesmo que esteja diante de um novo caso de violência.

Todavia não foi só a vítima H. que sofreu esse tipo de tratamento na delegacia, ainda fazendo menção ao estudo realizado em uma Vara Mista da Comarca de Santa Rita – PB, no dia 26 de maio de 2021, a vítima Y, em sede de audiência preliminar, relata para a juíza que, ao chegar à delegacia, contou para a delegada que o marido pegou-lhe pelo pescoço e disse que lhe mataria, porém, mesmo diante desse relato, a autoridade policial falou: “a senhora não está com nenhuma marca no pescoço, então vá para a UPA e tome um remedinho que passa”. Em continuação a vítima disse à delegada: “é por isso que muitas mulheres não veem a delegacia, porque são tratadas dessa forma e sentem-se constrangidas”. Sem mais, a delegada cumpriu os protocolos burocráticos, tanto é que o processo chegou ao judiciário.

Nessa conjuntura a juíza declarou a sua preocupação diante desses relatos, mas logo o promotor de justiça disse que seria melhor, antes de qualquer medida, confirmar quem era a delegada para não incorrerem em erros. Certamente essas ponderações não são feitas quando muitas vítimas, não só as dos casos aqui relatados, chegam às polícias e até mesmo ao judiciário acabam por serem subjugadas por suas falas e revitimizadas por não saírem do ciclo da violência.

Apesar disso, um terceiro caso presenciado na Vara Mista em apreço traz um pouco de esperança quando se depara com um olhar analítico do Ministério Público para as instituições.

Nesse terceiro fato, relatado em audiência, no dia 31 de maio de 2021, ocorreu da seguinte forma: a vítima W, em suas declarações, contou que o seu ex-namorado, privou-lhe a liberdade, mantendo-a em cárcere privado por três dias e, mediante ameaça de morte, manteve relações sexuais com o mesmo, bem como sofreu agressões físicas e psicológicas.

Ato contínuo, quando ouvida uma testemunha ministerial, que era tia da vítima, esta contou que, ao descobrir onde sua sobrinha supostamente estaria, ligou para a polícia contando o caso e chamando a viatura para acompanhá-la até o local, ocasião em que os policiais ficaram indagando-lhe: “Será que ela não está lá porque quer?”. Segundo a testemunha eles não estavam querendo atender a ocorrência, por isso ela parou uma viatura que estava passando na rua e contou toda a história para os policiais, e estes foram até a casa que ela imaginava que a vítima estaria.

Ao final da audiência, dada a palavra à promotora de justiça para requerimento de diligências, esta solicita à juíza que pergunte a testemunha supramencionada se ela autoriza que o seu depoimento seja utilizado para fins da investigação no que tange a inércia da polícia militar no caso relatado. A representante ministerial mostrou-se bastante preocupada com tamanha desídia, tendo em vista a gravidade dos casos e imaginando qual o desfecho que teria caso não tivesse ocorrido uma intervenção naquele dia.

Louvável é a postura ministerial que, nesse último caso, acreditando na palavra da testemunha, adotou providências iniciais para uma posterior investigação em torno da desídia da polícia diante de um fato tão sério. Contudo, essa atitude deve ser tomada mesmo em casos que não saltem tanto aos olhos, porque o que está ponderando-se aqui não é a gravidade do caso, mas o papel de uma instituição que tem tanto uma função pré-jurisdicional investigatória, como também de acolhimento e orientação para pessoas que vêm de uma situação de vulnerabilidade.

Atribui-se tal conjuntura, de um lado, à falta de conhecimento da complexidade do conflito por parte dos membros das instituições e, de outra banda, à força conferida ao institucionalismo, em que sequer é questionado, mesmo quando delatado. Prefere-se relevar erros e descredibilizar o que é dito pelas partes do que investigar e apurar o relatado. Desse modo, conclui-se que há uma deficiência no controle externo das polícias, pois os atos promovidos por tais instituições não devem ser compreendidos como verdades inquestionáveis.

4 O CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NO CONTEXTO DA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS E COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Segundo dados do Sistema de Informação de Agravos e Notificação, analisados pelo portal Gênero e Número (2020), em 2017, em torno de 67% dos casos de agressão física registrados no Brasil tiveram por vítimas mulheres. Em 2020, segundo dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, foram recebidas mais de 105 mil denúncias, nos canais apropriados para tanto, de violência contra a mulher (BRASIL, 2021).

Em alguns Estados, como no caso do Rio Grande do Norte, há, contudo, apenas cinco Delegacias Especializadas em Atendimento às Mulheres, e somente em 2019 é que foi criado um órgão especializado do Poder Executivo voltado às políticas de gênero (COTRIM et al, 2021), demonstrando que muito ainda precisa ser feito para cobrir todos os municípios do país. Além disso, entre 2014 e 2019, o número de DEAMs regrediu no Brasil, caindo de 441 para 417, representando uma cobertura de apenas 7% do território nacional (AMOROZO; MAZA; BUONO; 2020).

Além disso, conforme inicialmente discutido nesta pesquisa, ainda são necessárias uma ampla fiscalização e capacitação da atividade policial especializada no atendimento à mulher. Isso porque a atuação de órgãos especializados em controle detém uma primariedade na fiscalização das atividades desempenhadas pela polícia, principalmente no que diz respeito ao combate às arbitrariedades, excessos e irregularidades que podem vir a ser cometidas pelas autoridades policiais.

Ademais, o distanciamento desses órgãos garante a eles legitimidade perante a sociedade, principalmente no que diz respeito à promoção de investigações contra autoridades policiais que cometam infrações durante o exercício de suas atividades. Sírío (2011) evidencia que o controle pode se dar de forma interna - por meio dos poderes hierárquicos e disciplinar - externa - por órgãos não pertencentes à polícia - e também por meio do controle exercido por toda sociedade.

Nesse contexto, cumpre ressaltar que todos os órgãos que detêm a atribuição de controle da atividade policial possuem também a responsabilidade social de garantir a tutela dos grupos socialmente vulneráveis (e mais especificamente sobre o objeto de estudo deste trabalho, os direitos especializados das mulheres), devendo compreender as necessidades específicas conforme cada realidade enfrentada.

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, o controle externo da atividade policial deve ser realizado pelo Ministério Público (art. 129, inciso VII). Tais atividades podem acontecer de forma difusa ou concentrada: a primeira diz respeito à possibilidade de requisitar diligências para investigação e a instauração de inquérito policial, voltada para fiscalização da atividade policial; e a segunda diz respeito à atividade correcional da atividade-fim das polícias, por meio de visitas periódicas aos estabelecimentos policiais e análise de documentos (CARUNCHO e GLITZ, 2019).

Nesse contexto, o Ministério Público possui a prerrogativa de não só exercer a fiscalização, mas também acompanhar o funcionamento das unidades policiais e propor, inclusive, ações civis públicas na tutela dos direitos difusos, para buscar melhorias, junto ao Poder Judiciário, para os órgãos que têm por função exercer e garantir a segurança pública.

Caruncho e Glitz (2019) indicam que é uma possibilidade de atuação diferenciada dos Ministérios Públicos aquelas que têm por objetivo privilegiar um maior controle da liberdade da polícia na seleção daquilo que é investigado e dos inquéritos que são instaurados; que prezam pelo acesso direto aos sistemas de informação que gerenciam as ocorrências policiais nos territórios e que realizam controle antecipado, sugerindo recomendações genéricas na indicação de diligências.

Em oposição a esse raciocínio, aponta-se uma possível interferência exacerbada dos *Parquets*, que pode proporcionar a mitigação da liberdade profissional dos policiais. Contudo, dada a força exercida pela polícia perante a sociedade, ao partir-se de um pressuposto no qual a segurança policial exsurge como uma manifestação do poder estatal sobre os indivíduos, é especialmente necessária uma atuação de controle sobre tal atividade para evitar arbitrariedades, revitimizações e violações de direitos humanos.

Nesse contexto, Ávila (2014) evidencia que o Ministério Público deve desempenhar uma atuação também voltada para os hipossuficientes, tendo em vista que “o controle do desvio policial torna-se especialmente relevante (...), pois os fenômenos de violência e corrupção policial normalmente acabam por atingir as classes mais baixas e desfavorecidas”.

Diante disso, os Ministérios Públicos detêm a prerrogativa legal de orientar, recomendar e realizar audiências públicas junto aos atores que desempenham a atividade policial, no sentido de acompanhar, fiscalizar e garantir que não aconteçam comportamentos que fomentem novas violações às mulheres que buscam socorro junto aos órgãos responsáveis, realizando também,

quando necessário, apurações e indiciamentos de autoridades que venham a extrapolar seus deveres funcionais.

Outro papel primordial que deve ser exercido diz respeito a uma atuação conjunta entre os núcleos de controle externo dos MPs e as promotorias/procuradorias especializadas em defesa da mulher. A fiscalização exercida por aqueles núcleos, muitas vezes, não contempla uma atenção específica voltada para a violência contra a mulher, haja vista as inúmeras atividades fiscalizatórias que já desempenham em relação a todos os órgãos de atividade policial.

Contudo, é possível que haja uma atuação pontual pelos promotores/procuradores especializados em defesa da mulher, acompanhando as inspeções já feitas pelos membros dos núcleos de controle externo junto aos órgãos policiais, bem como também é possível a expedição de recomendações conjuntas, orientando a condução das atividades policiais na proteção dos direitos da mulher.

Agra (2019) compreende que a constatação dos problemas estruturais e de gestão das polícias tem por função orientar a atuação do Ministério Público na tutela do direito difuso à segurança, para exigir do Poder Público a prestação de serviços policiais eficientes, por meio de “técnicas extraprocessuais de tutela coletiva” ou, se não for possível uma solução negociada, ações repressivas por meio do ajuizamento de ação civil pública ou de mandado de segurança coletivo (AGRA, 2019, p. 148).

Assim, depreende-se que o controle externo reveste-se de uma atuação primordial na garantia e preservação dos direitos da mulher em todo o território nacional. As dificuldades no desempenho desse papel evidenciam a precariedade da fiscalização e o quanto isso impacta negativamente no diálogo entre as vítimas e as instituições policiais.

Por mais que os órgãos voltados para a segurança pública possuam políticas de capacitação e controle interno, a presença ativa de um órgão externo que fiscalize e realize recomendações, afastando possíveis corporativismos, possibilita um diálogo interinstitucional e especializado, aumentando a efetividade das redes de proteção às mulheres.

Cumprе ressaltar que o objeto dessa pesquisa evidencia a gravidade de casos de revitimização ocasionados pelas instituições e, desse modo, tem o Ministério Público o dever institucional de investir e ampliar sua atuação especializada, haja vista que é um órgão primordial no combate à violência contra a mulher por meio dos diversos instrumentos legais que possui para atuar.

Recentemente, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 14.149/2021, que tem por objetivo instituir o Formulário Nacional de Avaliação do Risco, voltado para atuação da polícia civil nos Estados, no momento do registro das ocorrências de violência doméstica, como também a ser utilizado pelo Ministério Público ou pelo Poder Judiciário.

Tal instrumento visa compreender os elementos que indicam o risco das mulheres serem vítimas de violência doméstica para subsidiar ações integradas da rede de proteção, sendo considerado um importante instrumento principalmente estatístico para implementação de políticas públicas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto restou clarividente o papel falacioso das polícias no que diz respeito à proteção dos direitos humanos das mulheres, visto que esse ainda é um conceito pouco explorado e que carrega muitos preconceitos construídos ao longo da história social. Portanto, o que se observou neste trabalho é que o processo de pacificação do exercício de uma violência ainda gira em torno da legitimidade de ações violentas. O que se distingue, nesse caso, é quem está no poder, ou seja, aquele que o detém possui sua violência legitimada (nesse caso, as polícias). Contudo, quem está à margem dos que ditam as regras, têm suas violências incriminadas.

Portanto, como foi visto no primeiro tópico deste estudo, a violência pode ser, nas palavras de Zaluar (1999, p.11), boa ou má, justificada ou abominada, dependendo de quem a exerce. Com isso, nos conflitos de violência doméstica e familiar contra as mulheres, em que a polícia tem o papel pré-jurisdicional de recepcionar o conflito e tomar as devidas providências, não é incomum que se cometa um ato de violência “legítimo” para coibir um ato de violência ilegítimo.

Essa foi a conjuntura trazida nos dois casos concretos apresentados. Nas conjunturas presenciadas junto a uma Vara Mista da Comarca de Santa Rita, município de João Pessoa, o que se constatou é que as vítimas sofreram uma segunda violência, de acordo com as palavras das mesmas, diante da postura da delegada, que, nos dois casos, descredibilizou-as e, apenas no conflito da vítima H., agrediu-a verbalmente, bem como ameaçou-a de um crime que sequer poderia cometer, pois não tinha nenhuma obrigação de ir ao Instituto Médico Legal.

Essas circunstâncias evidenciam que o contexto das instituições brasileiras revelam uma forte noção de acúmulo social de violências, no qual pode-se observar a violência estatal, em que autoridade, muitas vezes, converte-se em autoritarismo para fazer valer a vontade estatal às custas da revitimização e descredibilidade das vítimas (no teor das violências domésticas e familiares contra as mulheres); a violência interpessoal, aquela entre pessoas, por exemplo, no caso concreto, a violência entre marido e mulher, resultou em uma violência da delegada com a vítima e por fim, a violenta coercitividade da estrutura social, ou seja, as instituições, que detêm o poder, coagem a estrutura social da sociedade para atingir um suposto cumprimento de deveres, que, eventualmente, geraria direitos. Contudo, isso se aproxima mais de uma falácia.

Sendo assim, para lidar com toda essa situação de violência legítima sugere-se no terceiro tópico o controle externo da atividade pré-jurisdicional da polícia nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher por uma Promotoria especializada. Apesar de reconhecer que uma possível interferência exacerbada dos Ministérios Públicos proporciona a mitigação da liberdade profissional dos policiais, acredita-se que não é isso que se defende, mas uma postura ministerial que vise orientar, recomendar e realizar audiências públicas com as autoridades policiais visando fiscalizar, acompanhar e garantir comportamentos legítimos por parte das polícias, com o fulcro de evitar as violações contra as mulheres que procuram ajuda junto aos órgãos responsáveis.

Ante esse cenário, essa pesquisa não tem o intuito de apresentar uma solução para a questão que foi proposta, afinal, como afirma H. L. Mencken “para todo problema complexo existe uma solução sempre, elegante e completamente errada”.

Contudo objetivou-se evidenciar a gravidade da má postura das instituições em questões tão complexas e sensíveis, desse modo, tendo o Ministério Público o dever institucional de zelar pelo bem comum, propõe-se que amplie a sua atuação, de forma especializada, para investigar atitudes pré-jurisdicionais da polícia no que diz respeito aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

As palavras das vítimas não devem ser descredibilizadas para legitimar, às cegas, um pretenso institucionalismo, que, há tempos, esconde-se por trás da cortina de fumaça da legalidade. Diga-se de passagem, uma legalidade tendenciosa.

REFERÊNCIAS

AGRA, Wendell Beethoven Ribeiro. O controle das políticas de segurança pública e da eficiência da atividade policial. p. 133/150. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial. Conselho Nacional do Ministério Público - Vol.2** – Brasília: CNMP, 2019.

AMOROZO, M.; MAZZA, L.; BUONO, R. No Brasil, só 7% das cidades têm delegacias de atendimento à mulher. **Revista Piauí**: notícia veiculada em 30 dez. 2020. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/no-brasil-so-7-das-cidades-tem-delegacias-de-atendimento-mulher/>. Acesso em: 20 maio 2021.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. **Controle Externo Da Atividade Policial Pelo Ministério Público**. 1327 f. Tese de Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais. Universidade de Lisboa, 2014. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj6-MjO7p7xAhVOrpUCHeS4APgQFjACegQIBBAE&url=https%3A%2F%2Frepositorio.ul.pt%2Fbitstream%2F10451%2F17696%2F1%2Fulsd070111_td_Thiago_Avila.pdf&usq=A0vVaw3d1YnrLtBsIA0xxjIV8ZKI. Acesso em: 20 maio 2021.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. Violência contra a mulher: consequências da perspectiva de gênero para as políticas de segurança pública. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Biblioteca Digital de Periódicos, Curitiba, v.62, n°3, set/dez. 2017, p.103-132, 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/51841/34342>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 14.149, de 05 de maio de 2021. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. **Diário Oficial da União**: Brasília, publicado em 06 de maio de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-14.149-de-5-de-maio-de-2021-318198245>. Acesso em 02 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 mai. 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **LEI Nº 14.149, DE 5 DE MAIO DE 2021**. Institui o Formulário Nacional de Avaliação de Risco, a ser aplicado à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Brasília-DF: Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.149-de-5-de-maio-de-2021-318198245>. Acesso em: 22 maio 2021.

BRASIL. **Portal do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Canais registram mais de 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020. Notícia veiculada em 08 mar. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/03/canais-registram-mais-de-105-mil-denuncias-de-violencia-contra-mulher-em-2020>. Acesso em: 20 maio 2021.

BRETAS, Marcos Luiz. O informal no formal: a justiça nas delegacias cariocas da República Velha. **Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade**, 1 (2): 213- 222. Rio de Janeiro, Instituto Carioca de Criminologia, 1996.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, Cesar. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REBOUÇAS, Gabriela Maia. O avesso do sujeito: provocações de Foucault para pensar os direitos humanos. **Revista Opinião Jurídica**, Medellín, Vol. 14, n° 28, jul-dec. 2015, pp. 45-62., 2015.

SÍRIO, Antônio Iran Coelho. O Controle Externo da Atividade Policial. **Revista do Movimento do Ministério Público Democrático - Dialógico**, Fortaleza, ano VII, n° 32, p.30-31, 2011.

Disponível em: <http://tmp.mpce.mp.br/orgaos/CAOCRIM/Publicacoes/Dialogico32.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

ZALUAR, Alba. UM DEBATE DISPERSO - violência e crime no Brasil da redemocratização.

Revista São Paulo em perspectiva, São Paulo, vol. 13, n° 3, 1999. Disponível em:

<https://www.seade.gov.br/wp-content/uploads/2014/07/v13n3.pdf>. Acesso em: 15 maio 2021.

AN ANALYSIS ON THE REVITIMIZATION AND VIOLATION OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS EXERCISED BY THE POLICE IN THE PRE-JURISDITIONAL ACTIVITY

ABSTRACT

The activity carried out by the police in the context of the first contacts of women victims of domestic violence with the government until the conclusion of the police investigation has a pre-jurisdictional character. However, it is during this process of reception, listening to victims and investigations that situations of revictimization and, consequently, human rights violations can occur. Thus, this research carried out a literature review to understand the historical-social context that favors an alleged, but not effective, protection of women's rights through police activity. The research focuses on some cases analyzed in the scope of the Domestic Violence Court of the District of Santa Rita, Paraíba, understanding, from the factual study, the phenomenon of revictimization. From this, it can be inferred that the external control of police activity exercised by the Public Ministry is a way to curb possible human rights violations within the scope of pre-jurisdictional activity carried out by police authorities.

Keywords: External control. Human rights. Gender. Violence. Police.

Carine Volz Zaiosc¹¹⁴

Adriane Medianeira Toaldo¹¹⁵

RESUMO

O envelhecimento da população é um fenômeno contemporâneo decorrente da melhor qualidade de vida, do desenvolvimento científico e de uma menor taxa de fecundidade. A sociedade e o poder público ainda não possuem a real dimensão do problema, mas há o consenso de que o idoso deve ter uma proteção especial, como prediz a legislação nacional e internacional. Um dos aspectos mais preocupantes, objeto deste artigo, é a violência contra os idosos, principalmente as mulheres, e a necessidade de se encontrar soluções para minimizar o problema. O trabalho aqui apresentado constitui uma pesquisa de natureza bibliográfica, elaborada através do método monográfico e pela abordagem dedutiva. Concluiu-se que a proteção às idosas, em todos os aspectos, deve ocorrer por meio de políticas públicas de amparo e proteção a esta camada da população, em sua maioria vulnerável.

Palavras-chave: Mulheres idosas. Violência. Proteção. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, o envelhecimento da população é algo que acomete o mundo inteiro e, no Brasil, não é diferente, pois grande parcela da população brasileira é considerada idosa. Para que essa camada de cidadãos tenha seus direitos garantidos, foi criado o Estatuto do Idoso, oriundo da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (BRASIL, 2003).

Os direitos humanos oriundos, principalmente, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, são direitos básicos que deveriam ser garantidos a todo e qualquer cidadão sem

¹¹⁴ Bacharela em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus Santa Maria, RS. Pós-Graduada em Direito Civil e Processo Civil pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Pós-Graduada em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Integrante do Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil (NEAPRO) da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Advogada. E-mail: carinezaiosc@gmail.com.

¹¹⁵ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta da Universidade Luterana do Brasil, Campus Santa Maria, RS. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com.

nenhuma distinção, mas são em circunstâncias como essa, da violência contra pessoas idosas, é que se percebe como isso, de fato, não ocorre, e o quanto são e estão fragilizados esses direitos.

Sabe-se que as pessoas idosas são mais vulneráveis e necessitam de uma maior proteção e amparo e, é por isso, que é de extrema importância que sejam respeitados os mandamentos provenientes deste Estatuto para que todos possam chegar até a “melhor idade” mais ativos e saudáveis.

Porém, o tema da violência contra os idosos no contexto dos lares brasileiros, apesar de pouco discutido não é assunto recente. Pesquisas mostram que essa violência velada na maioria das vezes é praticada pelos próprios familiares ou amigos, podendo ser de natureza física, psicológica, sexual, financeira e, inclusive, praticada através de negligência. Além do mais, essa violência independe de nível socioeconômico, de raça, de cor e de gênero; porém, são as mulheres que mais sofrem agressões com o avanço da idade.

Com o avanço no número dos idosos, percebeu-se o quão o Estado não estava preparado para as mudanças necessárias, surgindo problemas de ordem social, econômica e previdenciária, dentre outros.

Com o intuito de atender essas novas demandas, em 4 de janeiro de 1994, por meio da Lei nº 8.842, foi criada a Política Nacional do Idoso (PNI) (BRASIL, 1994), a qual tem por objeto assegurar os direitos sociais do idoso, promovendo conquistas já disciplinadas na Constituição Federal de 1988. Em 1º de Outubro de 2003, a Lei nº 10.741, criou o Estatuto do Idoso, a fim de salvaguardar os direitos às pessoas com idade igual ou maior que 60 (sessenta) anos (artigo 1º).

Em 2006, foi criada a Rede Nacional de Proteção e Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa (RENADI), como resultado da I Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa Idosa. Este evento também foi importante para se definir uma Política Nacional do Idoso e a criação dos Conselhos dos Direitos da Pessoa Idosa, em âmbito federal, estadual, municipal e distrital, cuja missão consiste em supervisionar e avaliar esta Política Nacional do Idoso (DE MARCO, 2006).

À vista disso, é de salutar relevância a discussão e o enfrentamento acerca do tema da violência contra a pessoa idosa e, principalmente, contra a mulher idosa, a fim de que lhe seja oportunizada a garantia dos direitos já elencados em legislação específica, bem como dos direitos humanos e fundamentais, a fim de que eles sejam realmente efetivados.

Como metodologia foi utilizado o método indutivo, com base no embasamento teórico, devido ao enfrentamento das discussões sobre a relativização dos direitos humanos frente à

violência praticada contra as pessoas idosas e, em especial, no tocante às mulheres idosas, que se tornam ainda mais vulneráveis. A técnica de pesquisa empregada consiste na documentação indireta, cuja forma toma por base a pesquisa bibliográfica. Portanto, tendo como parâmetros a legislação e a doutrina, realiza-se um aprofundamento no estudo da legislação acerca dos direitos humanos, bem como das normas atinentes à salvaguarda dos direitos dos idosos que venham a sofrer algum tipo de violência, como esse fenômeno cresce cada vez mais e, principalmente em relação às mulheres idosas.

Para melhor entendimento do tema proposto, dividiu-se o estudo em três pontos específicos. O primeiro tópico analisa as premissas gerais sobre a relação entre violência e os direitos humanos. Já o segundo ponto trata especificadamente sobre o papel das legislações e do estatuto do idoso na prevenção da violência sofrida por idosos na sociedade brasileira. Por fim, a terceira parte deste trabalho faz uma análise sobre a violência praticada contra idosos por sua condição de mulher.

2 PREMISSAS GERAIS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE A VIOLÊNCIA E OS DIREITOS HUMANOS

A violência familiar, hodiernamente, é considerada problema de saúde pública, haja vista que são várias as formas de violência, sejam elas por meio de agressões físicas, emocionais, sexuais ou financeiras, e que ocorrem na maioria das vezes contra crianças, mulheres e idosos, dentro de seus próprios lares às escondidas dos olhos, mas não dos ouvidos da sociedade.

No sentido de tentar amparar e salvaguardar os mais vulneráveis, foram criados os direitos humanos, que como assevera Norberto Bobbio (1988), estes não nascem necessariamente todos de uma vez e muito menos de uma vez por todas. Dessa maneira, os direitos humanos nascem, mas estão sempre em constante evolução, em conformidade com a formação da sociedade e de acordo com a necessidade humana.

Para Flávia Piovesan (2006), os direitos humanos compõem um construto indispensável à sociedade moderna, que valoriza o presente e o passado e denota a ação social humana. Assim, evidencia-se que a construção dos direitos humanos é sistematizada através de uma luta histórica, com ações sociais que garantam direitos básicos de todos os cidadãos e a inclusão.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos destacou a concepção contemporânea dos direitos, sendo a grande precursora dos direitos humanos no mundo (ONU, 1948). Não há uma concepção definida sobre do que se tratam especificadamente os direitos humanos, devido a sua variabilidade histórica e do seu próprio fundamento, o ser humano, que está sempre em constante evolução. Como o direito é uma criação humana, seu valor e suas proposições derivam justamente daquele que o criaram. Visto desta forma, o fundamento do direito é o próprio homem, aqui considerado em sua dignidade substancial como pessoa, sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias a este primeiro paradigma (COMPARATO, 1997).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em seu artigo 1º, dispõe que todos nascem livres e com igualdade em dignidade e direitos, tendo como principais características a universalidade e a indivisibilidade dos direitos nela existentes, assim os direitos humanos compõem um conjunto unitário e indivisível de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2006).

O artigo 2º da Declaração de 1948 estabelece sobre a capacidade de gozo dos direitos e liberdades, sem que haja distinção de qualquer espécie, seja a sua raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza ou ainda sua origem nacional, social, riqueza ou nascimento. Da mesma forma, também não se fará distinção da condição política, jurídica ou internacional da pessoa em sua jurisdição, nem a qualquer outro limite de soberania (ONU, 1948).

Por sua vez, o artigo 25, estabelece que, entre tantas condições inerentes à condição humana, deveria haver uma velhice com qualidade de vida. Um passo mais concreto para a questão foi dado com a I Conferência Mundial do Envelhecimento, quando se ressaltou a necessidade de os idosos terem saúde, habitação, educação, bem-estar social, e o emprego. Foi neste encontro que se elaborou o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento. Em 1989, o artigo 17 do Protocolo de San Salvador garantiu a proteção às pessoas idosas, ao estabelecer que todos os seres humanos devem ter direito a uma proteção especial quando chegarem à condição de idosos (ONU, 2020).

Na sequência, em 1991, a Conferência Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) preconizou princípios de garantia de dignidade, participação, independência, cuidado e satisfação para as pessoas idosas. Em 2002, ocorreu a II Assembleia Mundial da Organização das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, que sistematizou postulados em três áreas importantes: desenvolvimento, saúde e ambiente (ONU, 2020). No Brasil, em 2007, ocorreu a II Conferência

Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento na América Latina e no Caribe, evento que consagrou para a região os direitos e garantias dos idosos. Percebe-se um longo percurso dos organismos internacionais em proteger esta camada da população (CEPAL, 2020).

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 também trouxe como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, isto já em seu artigo 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Dessa maneira, levando-se em consideração a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira não poderá/deverá haver qualquer distinção política, jurídica ou internacional do país ou território, além de nenhuma diferenciação no que diz respeito à raça, cor, sexo, religião, pautada na prevalência da dignidade humana.

Ocorre que, apesar de garantidos, os direitos humanos nem sempre prevalecem, prova disso é que a cada dia aumentam os índices concernentes ao fenômeno da violência no Brasil.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2002, o Brasil possuía uma população de idosos em torno de 8,6% em relação ao total. O Instituto também afirma que houve um aumento da expectativa de vida de 9,1 anos no período aproximado de duas décadas e que, em 2004, a expectativa de vida era de 71,7 anos. Atualmente, o brasileiro vive, em média, 78 anos. (IBGE, 2018).

Ainda, segundo o IBGE, em 2017, o número de brasileiros com idade acima dos 60 (sessenta) anos superou os 30 milhões. As mulheres representam a maioria nesse grupo, 16,9 milhões (56%), enquanto os homens idosos somam 44% — 13,3 milhões. Também, informam às pesquisas que, em 2031, a quantidade de idosos vai ultrapassar a de crianças e adolescentes de até 14 anos. (IBGE, 2018).

Os estudos apontam, consoante se observa, que o grupo dos idosos irá crescer em um patamar constante, exigindo da sociedade e do poder público respostas efetivas para lidar com esta nova realidade, no sentido de garantir ao grupo da terceira idade os diversos itens que compõem o conjunto de sua qualidade de vida, incluindo, aqui, como prioridade a segurança.

O envelhecimento é um processo irreversível que afeta o setor econômico, o mercado de trabalho, os sistemas e serviços de saúde, demandando novas soluções para os problemas que advirão, principalmente para países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil (MIRANDA; MENDES; SILVA, 2016). O aumento da expectativa de vida vem acompanhado de muitos desafios. Os idosos esperam que ela tenha dignidade, respeito e condições favoráveis para garantir

seu bem-estar e qualidade de vida. Cabe à sociedade e ao poder público garantir estas condições (BORN, 2008).

Especificamente em relação à proteção do Idoso, o artigo 43 e seguintes da Lei nº. 10.471 (Estatuto do Idoso) preconiza que medidas deverão ser sempre aplicadas quando os direitos à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, aos alimentos, à saúde, à educação, ao lazer, ao trabalho, à habitação, ao transporte e à seguridade social forem violados por ação ou omissão da sociedade ou do próprio Estado, ainda, por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento e, também, em razão de sua condição pessoal.

A violência é um problema social e histórico, como já dito é questão de saúde pública, que está presente tanto nas ruas, quanto no contexto dos lares brasileiros, tratando-se de fenômeno biopsicossocial, sendo caracterizada principalmente por um constrangimento físico e emocional. Para Santos (2001, p. 107-108), a violência é “a relação social de excesso de poder que impede o reconhecimento do outro – pessoa, classe, gênero ou raça -, mediante o uso de força ou da coerção, provocando algum tipo de dano”, em que configura “o oposto das possibilidades da sociedade democrática contemporânea”.

A violência praticada contra a pessoa idosa é muito mais comum do que se imagina, e no lugar onde mais elas deveriam estar amparadas, que é dentro de seus lares, por pessoas da própria família ou amigos, ou seja, em seu ambiente doméstico e familiar.

Em 2017, segundo dados do Ministério dos Direitos Humanos, o Disque 100, que é um serviço da Secretaria de Direitos Humanos, que atende quaisquer denúncias relativas a violações a Direitos Humanos, recebeu 33.133 denúncias e 68.870 violações contra direitos de idosos. Nas denúncias de violações, 76,84% envolvem negligência, 56,47%, violência psicológica, e 42,82%, abuso financeiro e econômico. Ainda, de acordo com os estudos, a maioria dos casos, 76,3%, acontece na residência da própria vítima. Estes números totalizam apenas aqueles casos que foram denunciados, mas estima-se que boa parcela dos mesmos deixe de chegar ao conhecimento das autoridades por fatores como medo, falta de conhecimento e proximidade com o agressor (BRASIL, 2020).

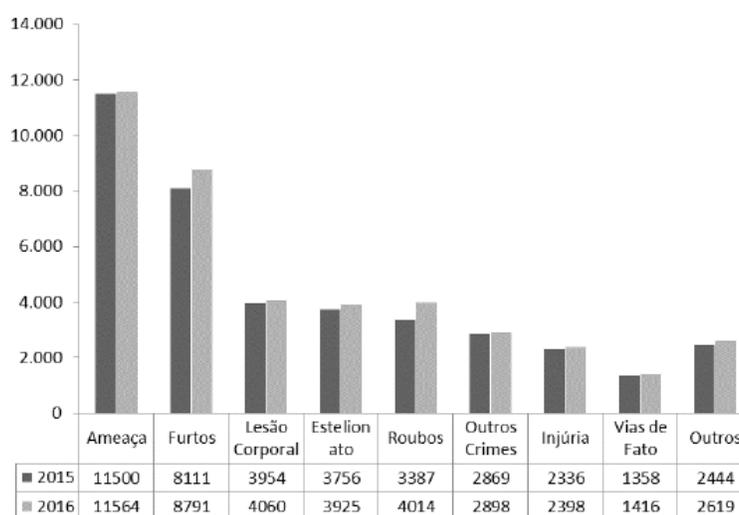
Dados de violência contra os idosos nos anos de 2011 a 2017, segundo informações do Disque 100, obtidas por meio do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), mostram que, com exceção de homicídios, os crimes contra

os idosos têm aumentado, creditando-se o fato à vulnerabilidade dos mesmos, pois constituem um grupo de pessoas cujo poder de reação é menor.

Somente no Estado do Rio de Janeiro, de acordo com o Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro (2019), em 2018 houve um aumento de 17,22% por cento nos golpes contra os idosos, sendo que as mulheres lideram o grupo de vítimas com 57,35% e os homens com 42,63%. A pesquisa identificou que os crimes com maior incidência são o estelionato, a ameaça e a lesão corporal, cujas vítimas, em sua maioria, são as mulheres. Os agressores são pessoas conhecidas e os crimes ocorrem na maior parte dos casos nas residências. Porém, referiu o estudo, que alguns golpes ocorrem por telefone ou Internet (INSTITUTO DE SEGURANÇA PÚBLICA RIO DE JANEIRO, 2019)

O Rio Grande do Sul, também, apresenta um grande número de crimes contra a população idosa, conforme revela os dados a seguir, que mediu a incidência de crimes entre os anos de 2010 a 2017. Em 2010, havia cerca de 400 crimes por mês no Estado e em 2017 chegaram a 1.604 por mês. Os números acima mostram que há uma escalada da violência contra os idosos no período analisado, chegando a dobrar de um ano para outro, o que indica que o problema se torna cada vez mais sério. Para elucidar melhor a questão, procurou-se apresentar, na sequência, quais os crimes mais comuns contra a população idosa e a sua devida quantificação em dois anos seguidos (2015 e 2016), evidenciando o seu crescimento.

Gráfico 06 - Número de pessoas idosas vítimas de fatos consumados - Rio Grande do Sul (2015-16)



Fonte: Brasil (2018)

No Rio Grande do Sul, conforme noticia o acima, houve um aumento da criminalidade de toda natureza contra os idosos, com destaque para os três primeiros lugares (ameaça, furtos e lesão corporal), o que revela que as pessoas com mais de 60 (sessenta) anos estão sujeitas à violência física em razão de sua vulnerabilidade.

Com o passar dos anos, através do desenvolvimento social, a população idosa se apresenta em grande crescimento no mundo todo, além de estar mais longínqua, ou seja, tem-se um número maior de idosos e que passaram a viver por mais tempo. Sua vitimização, como grupo social, não surgiu com seu crescimento, advindo desde as mais antigas civilizações. O que difere, atualmente, é que com o maior número de idosos, há uma maior disseminação destas agressões e maior nível de informações sobre como essa onda de violência acontece, tornando-se uma prioridade nas pautas sociais (MYNAIO, 2017).

A sociedade não está preparada para a inversão de pirâmide no tocante às idades, surgindo problemas de ordem social, econômica, previdenciária, dentre outras, porém os idosos não podem ser considerados como um problema social. Normalmente são os países subdesenvolvidos ou os em desenvolvimento que têm mais problemas, haja vista a falta de organização, má distribuição de renda, infraestrutura precária, e isso faz com que a população idosa fique desamparada e desprotegida.

São os países com menor capacidade de desenvolvimento que possuem instituições públicas e estatais mais frágeis e enfraquecidas, bem como graves problemas sociais, como maior desigualdade na distribuição de renda e uma infraestrutura ineficiente, causando sérios problemas sociais. O aumento do número de idosos constitui mais um desafio nestas regiões, gerando uma população desamparada e desprotegida (ALONSO, 2005).

Assim, é de extrema importância o estudo do tema, bem como a propagação de meios para coibir que qualquer tipo de violência continue assombrando os lares brasileiros e fazendo parte da vida dessas pessoas que já estão numa fase tão vulnerável da vida.

3 O PAPEL DA LEGISLAÇÃO NA PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA SOFRIDA POR IDOSOS NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Entre os segmentos que mais sofrem com a violência no Brasil tem-se as crianças, as mulheres e os idosos. Isso se deve ao fato de que estes grupos são mais vulneráveis, seja por hipossuficiência financeira, social e até mesmo física.

O que mais choca é que a maior parte dessa violência é cometida dentro dos lares, no contexto das próprias famílias e, muitas vezes, por quem tem o dever de amparar e salvaguardar os direitos e, principalmente, a dignidade dessa parcela da população.

E ainda, apesar dos números, sabe-se que muitos casos acabam não chegando nos devidos órgãos de proteção, seja porque ocorrem dentro do âmbito familiar, seja porque quem sofre a violência não possui condições de denunciar tais atos. As notificações dos sistemas de saúde e dos órgãos de segurança não correspondem à realidade, ao conjunto dos maus-tratos físicos e psicológicos, que não chegam a público. Sua identificação é problemática, pois apresentam aspectos amplos, complexos e difícil captação (SANTOS et al., 2019).

A importância de se atentar para essa parcela da população é ímpar, haja vista que ainda é muito difícil de serem captados os casos de violência contra os idosos, principalmente porque a suas vulnerabilidades vão crescendo com o passar do tempo, com o processo de envelhecimento, pelo qual vão sendo reduzidas suas capacidades cognitivas.

Em 1994, fora criada a Política Nacional do Idoso (PNI), por meio da Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994, a qual já objetiva assegurar os direitos sociais do idoso, promovendo os direitos já disciplinados na Constituição Federal de 1988.

A Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 criou o Estatuto do Idoso, a fim de salvaguardar os direitos às pessoas com idade igual ou maior que 60 (sessenta) anos (artigo 1º).

No referido Estatuto, já em seu artigo 2º, os idosos ganham ampla proteção, sendo-lhes garantida a preservação de sua saúde física e mental, gozando de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo de sua proteção integral, asseverando que, por meio da lei ou outros dispositivos, deverão ser providenciadas todas as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental, além de seu contínuo aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, nas condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

Além do mais, cumpre a toda sociedade, além da família, da comunidade e do Poder Público efetivar os direitos fundamentais e sociais concernentes aos idosos, que inclusive terão prioridades.

No que diz respeito à violência, o Estatuto do Idoso também se manifestou, considerando crime qualquer ação ou omissão provocada contra pessoa idosa, conforme dispõe em seu artigo 4º

e parágrafos. Assim, nenhuma pessoa nesta faixa etária será objeto de negligências, discriminação, violência, crueldade ou opressão e tudo aquilo que for atentado contra seus direitos, por ação ou omissão, deverá ser punido na forma da lei (BRASIL, 2003).

É dever de todos os cidadãos informar às autoridades competentes qualquer violação ao Estatuto, mesmo que não tenha presenciado a situação, sob pena de omissão.

Importante frisar que, a violência nem sempre tem a ver com uma ação, mas também é considerada nos casos de negligência, que acontece quando não são providos os cuidados necessários e adequados aos idosos, como por exemplo, deixar de dar algum medicamento, alimentação, dentre outros. De acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS, 2002), a violência contra a pessoa idosa é definida como um “ato de acometimento ou omissão, que pode ser tanto intencional como involuntário”.

Nesse contexto, o “abuso pode ser de natureza física ou psicológica ou pode envolver maus-tratos de ordem financeira ou material”. Para a OMS, “qualquer que seja o tipo de abuso, certamente resultará em sofrimento desnecessário, lesão ou dor, perda ou violação dos direitos humanos e uma redução na qualidade de vida do idoso”.

No Brasil, uma pesquisa realizada na Delegacia Especializada de Proteção ao Idoso em Belo Horizonte, comprovou que é dentro dos lares que os idosos mais sofrem maus tratos e negligências, praticada por filhos, cônjuges ou companheiros e pelos vizinhos, acentuando a necessidade de as pesquisas centrarem foco na violência intrafamiliar (SANTOS et al., 2019).

Dessa maneira, a violência cometida no seio familiar, no ambiente doméstico, contra a pessoa idosa prejudica a integridade física e psicológica, além de muitas vezes estar relacionada ao lado financeiro, onde o idoso “serve” apenas quando tem algum retorno financeiro, sendo usado até seu dinheiro ser extorquido.

Como já mencionado, em seu art. 19, o Estatuto do Idoso assevera que, quando houver qualquer suspeita de violência contra a pessoa idosa, tais fatos devem ser imediatamente comunicados às autoridades públicas, sob pena de omissão, devendo ser objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos ou privados à autoridade correspondente, que também deverão comunicar seus superiores ou órgãos equivalentes. O artigo preconiza que devem ser informadas as seguintes autoridades e órgãos: autoridade policial, Ministério Público, Conselho Municipal do Idoso, Conselho Estadual do Idoso e Conselho Nacional do Idoso (BRASIL, 2003).

A legislação protege e dá amparo para a população idosa, porém não impede que as situações de violência aconteçam dentro dos lares, sendo de extrema importância que qualquer tipo de sinal seja percebido, denunciado, e que o agente agressor seja punido.

Diante do exposto, percebe-se a fragilidade dos idosos, e como essa parcela da população apesar de estar protegida pela legislação, ainda se encontra tão vulnerável, pois fica exposta a violência que vem do seu próprio ambiente familiar e doméstico.

4 A VIOLÊNCIA PRATICADA CONTRA IDOSAS POR SUA CONDIÇÃO DE MULHER

As mulheres historicamente já lutam por direitos iguais, como grupo minoritário e desprivilegiado, que há muito buscam melhores condições de educação, trabalho, salário e principalmente respeito.

Nesse viés, tratando mais especificadamente das mulheres idosas, tem-se vários preconceitos, que geram inúmeros desafios, que vão desde dificuldades de as mesmas conseguirem se manter no mercado de trabalho, ou seja, na maioria das vezes são elas que dependem economicamente dos maridos e/ou filhos, mas também, a sua maior fragilidade no estado físico em decorrência do envelhecimento.

A mulher pelo simples fato de ser mulher já sofre por diversos fatores, e estando em uma condição mais vulnerável ainda, fica muito mais propícia a sofrer algum tipo de violência, principalmente com o passar do tempo (PERROT, 2007).

Pesquisas demonstram que a maioria dos agressores, como já mencionado, são da própria família dos idosos ou seus conhecidos, mas o que mais chama a atenção é que em maior parte são filhos das vítimas e são do sexo masculino.

Assim, destaca-se a forte influência da violência de gênero, devido ao elevado número de vítimas serem do sexo feminino, bem como seus agressores integrarem o sexo masculino, e se aproveitarem da condição mais vulnerável da mulher, demonstrando que o gênero interfere sim, e o pior está presente na sociedade em vários níveis, classes e faixas etárias, inclusive com as mulheres idosas (SCOTT, 1995).

A violência contra a mulher é algo que permeia séculos, devido as ideologias patriarcais históricas, sempre elevando o poder masculino sobre os direitos da mulher, que sempre foram subordinadas aos homens.

Outrossim, há fatores que podem piorar mais a condição de mulher, pois a categoria de gênero não existe de forma abstrata, ela ainda se soma com a questão da classe, raça ou etnia e idade.

Dessa forma, a mulher (gênero) idosa (idade) pobre (social) e negra (raça) por exemplo, está numa condição altamente vulnerável à todas as formas de violência, e apesar de tudo isso, não é só nas ruas que elas estão sujeitas a isso, mas também dentro de suas casas, com a violência doméstica. “Embora a violência de gênero contra idosas, seja indubitavelmente um fenômeno que ocorre no seio da família, no Brasil ainda não existem estatísticas sobre este tipo de violência, por conta do não reconhecimento social do fenômeno” (SANTOS, 2019, p. 123).

É importante que o tema seja pesquisado, pois esta violência é ainda velada pela sociedade, onde nem mesmo o Estatuto do Idoso menciona qualquer distinção entre gêneros.

A violência pode ser física, psicológica, negligencial, mas também financeira/patrimonial, e no caso dos idosos esta última tem bastante notoriedade, haja vista que pessoas se locupletam indevidamente de seus bens através do uso da violência, mas que na maioria das vezes tem a permissão dos próprios idosos, pois os mesmos tem medo de ficarem sozinhos e/ou serem mandados para asilos.

Aspecto relevante, é o fato de que a figura do neto tem se destacado como agressor, configurando que histórico de violência familiar pode ir passando de geração em geração, assim: “[...] se o idoso foi uma pessoa agressiva nas relações com seus familiares, pode ser vítima de violência, na medida em que seus descendentes põem em prática oportunamente o que aprenderam e viveram” (SANTOS et al., 2019, p.123).

Dessa maneira, é notório que se está diante de um problema de saúde pública, e que as mulheres idosas é que ocupam a posição mais vulnerável. Outro fator que impede até mesmo as denúncias e assim para que não sejam evidenciados os números reais é o medo, a insegurança e a fragilidade com que os idosos se encontram. Muitos deles temem represálias ainda maiores por parte dos familiares ou até mesmo sua transferência para instituições caso apresentem denúncias. Além disso, muitos apresentam dificuldades de locomoção e de acesso a serviços de segurança especializados (SANTOS et al., 2019).

Trata-se de questão muito complexa, que depende de comprometimento de toda sociedade, pois a maioria chegará a velhice e poderá sofrer dos mesmos problemas se não tratar desse ciclo vicioso, senão punir o agressor e ter até mesmo mais respeito e educação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos sobre os temas relacionados aos direitos dos idosos são de extrema relevância para a sociedade de hoje, principalmente devido ao crescimento dessa parcela da população nas últimas décadas, chegando-se à inversão da pirâmide.

O fenômeno da violência também é tema recorrente, e atinge principalmente os mais vulneráveis, sejam estes as mulheres, as crianças e os idosos. A violência familiar é problema de saúde pública, haja vista que são várias as suas formas, sejam elas por meio de agressões físicas, emocionais, sexuais ou financeiras, e acontecem dentro do ambiente onde deveriam ser mais protegidos, o ambiente doméstico e familiar.

Os direitos humanos foram e são criados através de uma luta histórica para salvaguardar um mínimo de garantias para quem mais precisa, ou seja, as minorias e os mais vulneráveis, assim a Declaração Universal de Direitos Humanos, veio para sacramentar a importância desses direitos.

Ocorre que a violência faz um caminho que bate de frente ao dos direitos humanos, principalmente a que é cometida no contexto dos lares, longe dos olhos da sociedade, pois fere todo e qualquer direito.

A violência contra os idosos, na maioria das vezes, é silenciosa, ocorre dentro de suas residências e é praticada por seus próprios familiares ou amigos. Para a proteção dos idosos foi criada, em 1994, a Política Nacional do Idoso (PNI), por meio da Lei nº 8.842, após em 2003, foi instituída a Lei nº 10.741, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso, ambas com o fim de proteger e dar amparo a pessoa idosa.

A criação de legislações é de extrema importância para a população idosa, porém não impede que as situações de violência aconteçam dentro dos lares, sendo necessário que qualquer tipo de sinal seja percebido, denunciado, e que o agente agressor seja punido.

Mas, há ainda outro fator que nenhuma legislação sedimentou, que é a violência contra a pessoa idosa, mas em função do gênero, ou seja, já se faz parte de um grupo vulnerável em detrimento da idade e que ainda se torna pior pela condição de ser mulher.

As mulheres durante toda a história já lutam por direitos iguais, como grupo minoritário e desprivilegiado, que há muito tempo buscam por respeito e igualdade, porém quando se trata de violência contra mulheres idosas o assunto é ainda mais grave.

Várias pesquisas evidenciam que os agressores, na sua grande maioria, são da própria família das idosas ou seus amigos, mas o que mais impressiona é que em maior parte são filhos das vítimas e do sexo masculino.

Resta cristalino, portanto, que há uma forte influência da violência em relação ao gênero, ao ser praticada aproveitando-se da condição mais vulnerável da mulher, demonstrando que o gênero interfere sim, e o pior está presente em toda sociedade e em vários níveis sociais.

Assim, é necessário que sejam desenvolvidas políticas de proteção às pessoas idosas, notadamente as mulheres, no sentido de estimular as denúncias e de criar mecanismos de assistência social para aquelas que precisarem de apoio econômico, psicológico e amparo legal, utilizando-se as ferramentas do Estado e as estratégias desenvolvidas por entidades da sociedade civil para fortalecer esta Rede Nacional de Proteção e Apoio aos Idosos, para que o país possa sair da lista de países que possuem estas tristes estatísticas.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Fábio Roberto Bárbolo. O idoso ontem, hoje e amanhã. **Revista Kairós Gerontologia**. São Paulo: Educ/NEPE/PUC-SP, p. 37-50, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Balanco – Disque 100**. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/balanco-disque-100>>. Acesso em: 15.jan.2020.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Uma obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 10. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18842.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**: dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Governo do Estado do Rio Grande do Sul. **Diagnóstico da situação da pessoa idosa no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 2018.

CENTRO DE ESTUDOS, RESPOSTAS E TRATAMENTOS DE INCIDENTES DE SEGURANÇA NO BRASIL (CERT). **Estatísticas**. Disponível em: <http://ww.cert.br>. Acesso em: 15 jan. 2020

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Conferência Regional Intergovernamental sobre Envelhecimento e Direitos dos Idosos na América Latina e no Caribe**. Disponível em: <https://www.cepal.org/pt-br/orgaos-subsidiarios/conferencia-regional-intergovernamental-envelhecimento-direitos-idosos-america>. Acesso em: 17 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos direitos humanos**: cultura dos direitos humanos. São Paulo: LTR, 1998.

DE MARCO, Patrícia Souza. Construindo a rede Nacional de Proteção e Defesa da pessoa idosa. In: BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação. **Cadernos de Estudos Desenvolvimento Social em Debate**, n. 3, suplemento 2. Brasília-DF, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FBSP); INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência**. Brasília; Rio de Janeiro; São Paulo, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Projeção da população 2018**: número de habitantes do país deverá parar de crescer em 2047. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. Acesso em: 18 jun. 2020.

MIRANDA, G. M. D.; MENDES, A. C. G.; SILVA, A. L. A. O envelhecimento populacional brasileiro: desafios e consequências sociais atuais e futuras. **Rev. Bras. Geriatr. Gerontol.**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 507-519, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbgg/v19n3/pt_1809-9823-rbgg-19-03-00507.pdf. Acesso em: 17 jun. 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Violência contra idosos**. 2017. Disponível em: http://www.observatorionacionaldoidoso.fiocruz.br/biblioteca/_manual/4.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios da ordem internacional contemporânea. **Direitos Humanos**, v. 1, p. 15-37, 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 18 jun. 2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Genebra: OMS, 2002.

PERROT, M. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2007.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. A violência na escola: conflitualidade social e ações civilizatórias. **Educação e Pesquisa**, v. 27, n. 1, p. 105-122, 2001.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e realidade**, v. 20, n. 2, 1995.

SANTOS, Ana Carla Petersen de Oliveira; SILVA, Cátia Andrade da; CARVALHO, Lucimeire Santos et al. A construção da violência contra idosos. **Revista brasileira de geriatria e gerontologia**, v. 10, p. 115-128, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbagg/a/9z3BgfHGDcNpcGnN5WR3Cvg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 17 jun. 2021.

DOMESTIC VIOLENCE AGAINST ELDERLY WOMEN: A LOOK FROM THE CONTEXT OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

The aging of the population is a contemporary phenomenon resulting from better quality of life, scientific development and a lower fertility rate. Society and the public authorities do not yet have the real dimension of the problem, but there is a consensus that the elderly should have special protection, as predicted by national and international legislation. One of the most worrying aspects, the object of this article, is violence against the elderly, especially women, and the need to find solutions to minimize the problem. The work presented here constitutes a bibliographical research, elaborated through the monographic method and the deductive approach. It was concluded that the protection of the elderly, in all aspects, should occur through public policies to support and protect this layer of the population, mostly vulnerable.

Keywords: Old women. violence. protection. Public policy.