

10 ANOS DO PPGD

ROBISON TRAMONTINA (ORG.)

DIREITOS FUNDAMENTAIS:
experiências, perspectivas
teóricas e possibilidades
futuras



fapesc

Fundação de Amparo à
Pesquisa e Inovação do
Estado de Santa Catarina

**editora
unoesc**

© 2023 Editora Unoesc
Direitos desta edição reservados à Editora Unoesc
É proibida a reprodução desta obra, de toda ou em parte, sob quaisquer formas ou por quaisquer meios, sem a permissão expressa da editora.
Fone: (49) 3551-2000 - Fax: (49) 3551-2004 - www.unoesc.edu.br - editora@unoesc.edu.br

Editora Unoesc

Coordenação
Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro
Revisão linguística metodológica: Paula Stechenski Zaccaron
Projeto gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes
Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E82 Direitos fundamentais: experiências, perspectivas teóricas e possibilidades futuras / organizador: Robison Tramontina. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2023.
136 p. ; 23 cm

ISBN: 978-85-98084-65-7
ISBN e-book: 978-85-98084-64-0
Inclui bibliografias

1. Direitos fundamentais – Estudo e ensino. 2. Direitos humanos. 3. Seguridade social. I. Tramontina, Robison, (org.).

Dóris 341.27

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Ricardo Antonio De Marco

Vice-reitores de Campi
Campus de Chapecó
Carlos Eduardo Carvalho
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Carla Fabiana Cazella
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitora de Ensino
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-Graduação,
Extensão e Inovação
Kurt Schneider

Diretor Executivo
Jarlei Sartori

Conselho Editorial

Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 5

**CELEBRANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS 10 ANOS DO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC 9**

Robison Tramontina

**RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DAS EMPRESAS EM CADEIAS
DE VALOR: A INTERPRETAÇÃO DA APLICAÇÃO VOLUNTÁRIA
DAS DIRETRIZES DO DECRETO Nº 9.571, DE 2018 FACE À ORDEM
JURÍDICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 15**

Beatriz Cardoso Montanhana

**A SEGURANÇA SOCIAL NO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS E EM
20 REGIMES CONSTITUCIONAIS 35**

Carlos Luiz Strapazon

**A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À MORADIA E À
PERSONALIDADE: MORADIA ADEQUADA COMO REQUISITO PARA O
LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE (E VICE-VERSA)..... 93**

Cristhian Magnus De Marco, Gabriela Samrsla Möller

**SÃO OS DIREITOS COMO TRUNFOS DISPONÍVEIS?REFLEXÕES À LUZ DA
TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN 123**

Letícia de Campos Velho Martel

**O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
E AS CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA EM TRÊS MEDIDAS
NÃO FARMACOLÓGICAS ADOTADAS PELO BRASIL NO
ENFRENTAMENTO DA COVID-19 153**

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, Luís Henrique Kohl Camargo

**A LÓGICA DE UMA TENSÃO: JUSTIÇA, PODER E EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DEBATE KELSEN E ALEXY 199**

Matheus Felipe de Castro

O RECONHECIMENTO DOS CONTRATOS CONEXOS NO CASO CONCRETO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	223
--	------------

Paulo Junior Trindade dos Santos, Arnaldo Rizzardo Filho

AUTONOMIA DECISÓRIA E DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NOS PROCESSOS DE SUBJETIVAÇÃO CONTEMPORÂNEOS: OS REFLEXOS DA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA DECISÓRIA NAS DECISÕES PESSOAIS SOBRE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA	251
---	------------

Riva Sobrado de Freitas

O ENFOQUE DAS CAPACIDADES COMO UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PROPOSTA A PARTIR DE MARTHA NUSSBAUM	279
---	------------

Robison Tramontina

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO, LEITURA E LETRAMENTO EM CONTEXTO BRASILEIRO	307
---	------------

Thaís Janaina Wenczenovicz, Émelyn Linhares, Marlei Angela Ribeiro dos Santos

O INGRESSO MÍNIMO VITAL NA ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL DA ESPANHA APÓS A PANDEMIA DE COVID-19.....	329
--	------------

Thiago Santos Rocha

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL. O FENÔMENO DAS <i>FAKE NEWS</i> E O “<i>MARKETPLACE OF IDEAS</i>”, DE OLIVER HOLMES JR.	367
---	------------

Vinicius Almada Mozetic, José Luis Bolzan de Moraes, Adriana Martins Ferreira Festugatto

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA, ESTADO LAICO E SACRIFÍCIO DE ANIMAIS: ESTUDO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 494.601	397
--	------------

Wilson Antônio Steinmetz

APRESENTAÇÃO

A presente obra, em homenagem e comemoração dos 10 anos do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), reúne artigos que demonstram a capacidade e a produção científica do seu corpo docente. Por meio da contribuição de cada professor e professora que atualmente integra o PPGD, e em linha com os objetivos regimentais deste Programa, não há melhor forma de marcar esta década do que propiciar à comunidade leitora um material relevante para o desenvolvimento local, regional e nacional.

A locomotiva que puxa os demais capítulos, demonstrando a unidade de conhecimento em que se inserem, fica a cargo do coordenador do PPGD, **Professor Robison Tramontina**, tratando de um breve histórico dos momentos mais relevantes do férreo caminho construído e percorrido até aqui, com vistas à sólida continuidade no compromisso com as dimensões materiais e eficaciais dos direitos fundamentais.

Na sequência, a **Professora Beatriz Cardoso Montanhana**, com vistas a alcançar parâmetros hermenêuticos que promovam um alicerce para a responsabilização trabalhista das empresas em cadeias de abastecimento, propõe um debate sobre a voluntariedade e a interpretação dos dispositivos do Decreto n. 9.571, de 21 de novembro de 2018.

Já o **Professor Carlos Luiz Strapazzon**, no capítulo de sua autoria, explora os contornos jurídicos do direito humano à segurança social, percorrendo o sistema internacional de direitos humanos e o direito constitucional de 20 países. Em sua construção investigativa, analisa modelos de realização da segurança social e diferentes regimes de direito constitucional para esse tema, bem como confronta informações sobre regimes constitucionais e resultados de desenvolvimento humano nos países analisados.

No capítulo seguinte, o **Professor Cristhian Magnus De Marco**, em parceria com a doutoranda Gabriela Samrsla Möller, busca demonstrar que o direito à moradia adequada e o direito à personalidade não podem ser vistos separados um do outro, sob risco de ambos terem sua efetividade comprometida. Para tanto, dedica-se a desmistificar os principais preconceitos ideológicos levantados contra a efetivação dos direitos sociais, que também conduzem a uma limitada abordagem dos direitos civis.

Por sua vez, a **Professora Letícia de Campos Velho Martel**, após a delimitação do conceito de disposição de direitos e do apreço do conceito de “direito como trunfo”, discute se é possível considerar os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis, tendo em vista as concepções dworkinianas de liberdade, integridade e igual respeito e consideração.

Na sequência, o **Professor Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz**, em parceria com o Mestre Luís Henrique Kohl Camargo, propõe a análise de três medidas não farmacológicas adotadas pelo Poder Público brasileiro para o enfrentamento da Covid-19 que levantam questionamentos sobre a afetação e a possível violação do direito à proteção de dados pessoais.

Já o **Professor Matheus Felipe de Castro**, a partir do referencial teórico da filosofia da práxis, propõe-se a discutir as relações tensas entre o poder e a justiça na efetivação dos direitos fundamentais, realizando um confronto entre as concepções teóricas de Hans Kelsen e Robert Alexy, comparando os pensamentos desses dois autores, ressaltando o papel central que o poder possui na concepção jurídica do primeiro, em contraponto com a teoria da justiça que anima as concepções jurídicas do segundo.

No capítulo que segue, o **Professor Paulo Junior Trindade dos Santos**, ao lado do coautor Arnaldo Rizzardo Filho, analisa os contratos conexos em sentido estrito e os contratos em rede, ambos englobados pela categoria dos contratos conexos em sentido amplo, com vistas a apontar as implicações jurídicas mais comuns no que tange a tais contratos.

Por sua vez, o capítulo da **Professora Riva Sobrado de Freitas** se propõe a promover uma abordagem acerca de alguns desafios contemporâneos na formulação das lutas por emancipação social no século XXI, com vistas à construção de mecanismos para a superação de seus impasses, tendo por enfoque os movimentos sociais que emergiram na última década do século XX.

Na sequência, o **Professor Robison Tramontina** se dedica a demonstrar que, embora Martha Nussbaum não tenha desenvolvido uma Teoria Geral dos Direitos Humanos, é possível afirmar que a sua proposta de Enfoque das Capacidades possui elementos que permitem sua identificação como abordagem teórica desse tipo, e não só como uma teoria da justiça social.

Por sua vez, a **Professora Thaís Janaina Wenczenovicz**, em parceria com as doutorandas Émelyn Linhares e Marlei Angela Ribeiro dos Santos, propõe um diálogo sobre o direito à educação e sua historicidade em relação ao ato da leitura, uma reflexão sobre o processo educativo, a leitura e a construção da cidadania e a abordagem da atividade social da leitura e os meios de efetivação.

Já o **Professor Thiago Santos Rocha**, à luz da Constituição Espanhola de 1978, apresenta a análise dos principais aspectos jurídicos da Lei 19/2021, que introduziu na estrutura de proteção social espanhola o Ingresso Mínimo Vital, política destinada a garantir uma renda mínima à população em situação de vulnerabilidade econômica, comparando-o com a alternativa de uma política de Renda Básica Universal.

No capítulo seguinte, o **Professor Vinicius Almada Mozetic**, em colaboração com o Professor José Luis Bolzan de Moraes e a doutoranda Adriana Martins Ferreira Festugatto, apresenta uma análise do fenômeno *fake news*, frente à teoria do *marketplace of ideas*, formulada por Oliver Holmes, em 1919, a qual preconiza o livre fluxo de ideias como o melhor caminho na busca da verdade.

O capítulo de encerramento fica sob a responsabilidade do **Professor Wilson Antônio Steinmetz**, que propõe a análise e a crítica da decisão, bem como dos principais fundamentos normativos e não normativos expostos pela maioria vencedora dos ministros, naquele que ficou conhecido como o “caso do sacrifício de animais” (Recurso Extraordinário 494.601).

Há de se registrar, a título de agradecimento, o contínuo apoio da Fundação Universidade do Oeste de Santa Catarina (Funoesc), bem como da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina (Fapesc), ao estabelecimento, à consolidação e, principalmente, à continuidade deste PPGD. Uma demonstração do compromisso de tais instituições com a pesquisa científica e com a transformação social de seu entorno.

É neste ambiente de celebração e gratidão que o PPGD da Unoesc espera que este material, tão denso e complexo quanto os problemas a que se propõe enfrentar, seja de interesse do público. Ademais, deseja a todos, em especial às novas gerações que venham a se unir na discussão dos problemas que circundam a efetividade dos direitos fundamentais, uma boa leitura.

Chapecó, SC, primavera de 2023.

CELEBRANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS 10 ANOS DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNOESC

Robison Tramontina¹

I

Contar uma história é uma prática ancestral que transcende o simples ato de narrar eventos; é um poderoso instrumento de conexão humana, ensino, revisão e preservação daquilo que é relevante, partilhado e integra a memória afetiva e social dos envolvidos. Através das histórias, compartilhamos experiências, valores, realizações, erros e acertos. É uma forma de construir um elo entre o passado (imutável), o presente (móvel) e o futuro (moldável).

Assim como as pessoas, instituições têm histórias e comemoram datas importantes. Uma delas é quando a Instituição completa 10 anos. Alcançar uma década de existência é um testemunho da estabilidade e sustentabilidade. É um indicativo de que ela superou os desafios iniciais e se estabeleceu como uma entidade confiável e duradoura. Além disso, uma década oferece um período significativo para avaliar os avanços, refletir sobre as conquistas e os desafios enfrentados. Isso permite à Instituição avaliar seu impacto e sua eficácia e fazer ajustes para melhorar. E por fim, é também um momento para agradecer e reconhecer todos aqueles que contribuíram para o sucesso dela, do corpo administrativo ao corpo diretivo.

A celebração do décimo aniversário de um Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) é um marco significativo que reflete uma trajetória de excelência acadêmica e contribuições importantes para os Direitos Fundamentais. Uma década de existência não apenas representa a

¹ Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: robison.tramontina@unoesc.edu.br

maturidade e a estabilização do Programa, mas também simboliza o impacto duradouro que ela tem na formação de juristas, acadêmicos e profissionais do Direito. Um decênio permite a consolidação de redes de pesquisas, a formação de um contingente de egressos e a construção de uma reputação sólida no meio acadêmico e profissional. Além disso, 10 anos de um PPGD evidenciam a sua capacidade de adaptação para atender às mudanças e aos desafios contemporâneos do Direito, garantindo que o ensino e a pesquisa permaneçam relevantes e inovadores. Portanto, essa comemoração não é apenas um momento de reflexão sobre as realizações passadas, mas também uma oportunidade para planejar o futuro desejado.

Nesse sentido, comemorar os 10 anos do PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc) é extremamente importante.

Celebrar, e narrar, o décimo aniversário do PPGD da Unoesc é reconhecer uma trajetória de excelência acadêmica formativa, de produção acadêmica-científica relevante e de contribuição significativa para a comunidade regional. A comemoração é, portanto, um marco não apenas para celebrar sucessos, mas também para renovar o compromisso com a formação qualificada, a pesquisa jurídica impactante e a inovação no campo do Direito.

Portanto, comemorar datas expressivas é mais do que um ato simbólico; é uma forma estratégica de fomentar o crescimento e o aprimoramento contínuo, essenciais para o dinamismo e a relevância de qualquer Programa de Pós-graduação.

A jornada do PPGD da Unoesc teve seu início em fevereiro de 2011. Ela foi marcada por encontros iniciais focados na organização e no planejamento estratégico e na preparação e submissão da Avaliação de Propostas de Cursos Novos (APCN) em nível de Mestrado. Essa etapa inicial foi fundamental para estabelecer as bases sólidas do futuro do Programa.

Em outubro de 2012, com a aprovação da APCN, vieram o reconhecimento e a autorização oficial para o funcionamento do Curso de Mestrado. Essa conquista foi seguida pelo início das aulas da primeira turma em março de 2013, um passo importante no estabelecimento do PPGD como um agente de formação acadêmica e pesquisa jurídica na região Oeste de Santa Catarina e no Sistema de Pós-graduação.

Fechado o primeiro ciclo avaliativo, o quadriênio 2013-2016, em setembro de 2017, o PPGD recebeu a nota 4 da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), um indicativo da qualidade e do impacto alcançados em poucos anos. Em razão da avaliação da CAPES e autoavaliação realizada internamente, várias reformas e ajustes foram executados. Entre elas, a mais impactante, a introdução da nova estrutura curricular do Mestrado, implementada a partir de março de 2019.

O crescimento e a evolução do Programa continuaram, e em maio de 2019, o PPGD alcançou outro marco significativo com a autorização da CAPES para a oferta do Curso de Doutorado, representando um avanço significativo na capacidade de contribuição científica e acadêmica da Instituição. A aula inaugural do Curso de Doutorado ocorreu em setembro de 2019, principiando uma nova fase no desenvolvimento do Programa.

No segundo ciclo, quadriênio 2017-2020, o PPGD manteve a nota 4 da CAPES. A avaliação feita pela Área do Direito foi positiva e indicou que as escolhas e mudanças realizadas durante o quadriênio, mudança na estrutura curricular no Mestrado, institucionalização dos Grupos de Estudos e Pesquisa (GEPs), foram decisivas na sugestão destacada na ficha avaliativa de que o Programa tem condições, em termos de nota, de avançar nos próximos anos.

Em março de 2023, no décimo ano de existência, o PPGD deu início às aulas da quinta turma do Curso de Doutorado e da 11ª turma do Curso de Mestrado, demonstrando o sucesso e a sustentabilidade do Programa ao longo dos anos.

E para comemorar a data, realizou-se, entre os dias 08 e 10 de março de 2023, o “V Seminário Internacional sobre Desenvolvimento Sustentável e Direitos Fundamentais: 10 anos do PPGD da Unoesc”². O Evento contou com a presença de Pesquisadores das Universidades nacionais: Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e Universidade de Fortaleza (UNIFOR); e internacionais: Universidade de Talca e Universidade de Granada, parceiras do Programa. Foram três dias dedicados para pensar e discutir as profundas e intensas interconexões entre os Direitos Fundamentais e o Desenvolvimento Sustentável³.

II

A história exitosa do PPGD, marcada por muitas conquistas e muitos desafios, foi construída por muitas mãos e pelas contribuições de todas as pessoas que integraram e integram o corpo administrativo, corpo discente, corpo docente e corpo diretivo durante esse decênio. Nesse momento, agradecer é de suma importância.

Ao corpo administrativo, pela dedicação incansável e pelo suporte constante que fizeram e fazem a engrenagem do Programa funcionar de maneira tão eficaz. Vocês são a espinha dorsal que sustenta nossas atividades acadêmicas e administrativas.

Aos discentes, pela escolha de trilhar seus caminhos acadêmicos conosco. Sua paixão, curiosidade e seu empenho não apenas enriqueceram e enriquecem nosso ambiente de aprendizagem, mas também nos inspiraram e inspiram a buscar constantemente o aprimoramento do nosso PPGD.

² O Evento contou com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação de Santa Catarina (Fapesc) via EDITAL DE CHAMADA PÚBLICA FAPESC N. 23/2022 PROEVENTOS 2023 - Fase I - Termo de Outorga N.: 2022TR001968.

³ Os textos que dão corpo a esta coletânea foram apresentados ou serviram de base para as discussões ocorridas no V Seminário.

Aos docentes, que integraram e integram o PPGD, o profundo respeito e reconhecimento pela dedicação e pelo compromisso com a formação acadêmica-científica de nossos discentes. Seus conhecimentos e suas pesquisas foram e são fundamentais para o sucesso e prestígio que nosso Programa alcançou ao longo desses anos.

Por fim, nosso agradecimento aos Dirigentes da Unoesc por seu apoio contínuo e sua visão estratégica, que têm sido cruciais para o crescimento e a sustentabilidade do PPGD.

Que esta comemoração dos 10 anos seja um marco de reflexão sobre nossas conquistas e um ponto de partida para novos desafios e sucessos. Juntos, continuaremos a escrever capítulos brilhantes na história do nosso PPGD e no campo dos Direitos Fundamentais.

Chapecó, SC, primavera de 2023.

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DAS EMPRESAS EM CADEIAS DE VALOR: A INTERPRETAÇÃO DA APLICAÇÃO VOLUNTÁRIA DAS DIRETRIZES DO DECRETO Nº 9.571, DE 2018 FACE À ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

LABOR RESPONSIBILITY IN VALUE CHAINS: THE INTERPRETATION OF THE VOLUNTARY APPLICATION OF THE GUIDELINES OF DECREE Nº 9.571/2018 ACCORDING TO THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS UNDER BRAZILIAN LABOR LAW SYSTEM

Beatriz Cardoso Montanhana¹

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento juslaboral brasileiro, nos termos do *caput* do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, considera-se como empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Assim, empregador é a empresa, que – como visto – pode ter a forma monossocietária ou de um grupo de empresas ou plurissocietária (Antunes, 2005).

A formação de grupos de empresas (ou econômica) não deve servir como artifício para descumprimento de normas de proteção ao trabalho. É possível que, em nome da redução de gastos ou otimização de gestão, um grupo econômico seja formado por uma dominante (controladora), para a qual todo o esforço de mão de obra das demais do grupo (controladas ou subordinadas) seja revertido. Caracterizada qualquer forma de precarização do trabalho, devem ser identificados os beneficiários pela exploração da mão de obra, para além do vínculo formalmente estabelecido, lembrando que a

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc; <https://orcid.org/0000-0003-0845-3816>; beatriz.cardoso@unoesc.edu.br.

responsabilidade pelas obrigações é solidária, nos termos da CLT (§ 3º do art. 2º).

Quando há previsão legal expressa sobre a responsabilidade, como do grupo econômico, o esforço concentra-se na identificação dos responsáveis. A discussão centra-se na ausência de norma cogente ou expressa, que atribua a responsabilidade pelo cumprimento de direitos fundamentais dos trabalhadores a quem se beneficia da mão de obra, como em cadeias de abastecimento. A exploração de atividade econômica em cadeias de abastecimento (de bens, de serviços etc.) decorre da racionalidade inerente ao sistema econômico, porém, o seccionamento da atividade empresarial em várias empresas, com aproveitamento comum da mão de obra, representa um fator de risco de submissão do trabalhador a condições precárias ou degradantes. No Brasil, foi promulgado o Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, abrangendo as médias e grandes empresas, incluídas as multinacionais com atividades no país (art. 1º, *caput*), prevê o referido Decreto que a aplicação das diretrizes é voluntária (art. 1º, § 2º). E é esse Decreto, o instrumento normativo nacional que expressamente dispõe sobre o dever de monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva, vinculada à empresa e o dever de cuidado (*due diligence*).

Interpretar a aplicação das medidas de proteção como faculdade é assumir que as obrigações fixadas pelo Decreto, que versam sobre Direitos Humanos, incluindo a proteção da saúde e segurança do trabalhador, seriam facultativas. Busca-se descrever esse fenômeno, partindo do método dedutivo com análise qualitativa de dados bibliográficos e documentais. Propõe-se delinear um estudo hermenêutico para reforçar a existência de um arcabouço jurídico para a responsabilização trabalhista das empresas em cadeias de abastecimento, e que se contraponha à retórica normativa de voluntariedade

do dever de cuidado (*due diligence*) de médias e grandes empresas e de multinacionais em atividade no território brasileiro.

2 O DESAFIO DO SISTEMA JURÍDICO FRENTE À VOLATILIDADE DA DINÂMICA SOCIOECONÔMICA: A CONTRATAÇÃO DE TRABALHO EM CADEIAS DE ABASTECIMENTO

O Direito do Trabalho é um conjunto de regras e princípios que disciplina a contratação da força de trabalho humana, subordinada por quem explora determinada atividade econômica. Ontologicamente, portanto, o Direito do Trabalho é um direito de contratos: individuais e coletivos. Os princípios que inspiram, orientam e regem os contratos, em geral, aplicam-se aos contratos de trabalho, e estão presentes na legislação específica. A partir deles, estabelecem-se os deveres e responsabilidades decorrentes da relação trabalhista.

O maior desafio, em muitas sociedades democráticas, é contemplar, no ordenamento jurídico interno, mecanismos jurídicos que garantam a efetividade dos valores sociais, econômicos e ambientais, entre eles os que envolvem as relações de trabalho.

A questão que se impõe, portanto, é o alcance da legislação vigente para disciplinar a utilização de mão de obra em cadeias de valor ou de abastecimento.

2.1 A “CLÁUSULA IMPLÍCITA” DA MÃO DE OBRA EM CONTRATOS DE NATUREZA CIVIL OU COMERCIAL

Entende-se que, ao se utilizar da mão de obra, as empresas vinculadas por contratos de natureza civil, comercial ou empresarial assumem a

responsabilidade pela observância das normas de proteção ao trabalho. Estudos das cadeias de valor ou de abastecimento e das relações trabalhistas superam os limites materiais das normas que disciplinam a relação de emprego, porque a mão de obra utilizada nessas cadeias é objeto de contratação de natureza civil, comercial ou empresarial, e não decorrentes, necessariamente, de contratos de terceirização, ou ainda, de utilização de mão de obra em grupos econômicos. Ocorre que a configuração das cadeias de abastecimento não depende da contribuição individual com esforços ou recursos, para lograr fins comuns e a participação de lucros e prejuízos entre as empresas (Comparato, 1976), como ocorre nos grupos econômicos. O que caracteriza as cadeias, em linhas gerais, é a reunião de empresas com firme vocação para participar da exploração de determinada atividade econômica, com vistas a um resultado também econômico, em benefício de uma ou mais empresas que concentram o resultado do valor agregado nessa cadeia produtiva.

Esse é um dos desafios, pois, nessas hipóteses, a geração de valor não é necessariamente compartilhada nas diversas fases dessa produção, em favor de todos os participantes do processo. E, dado que o objetivo é a maximização de resultado por meio de contratos comerciais, a disciplina da mão de obra fica à margem dessas contratações celebradas em empresas organizadas em cadeias. Ou seja, há a mitigação da aplicação de direitos trabalhistas, dissolvidos em contratos de natureza civil, comercial, empresarial, em razão de a contratação não ser objetivada na exploração de mão de obra, e sim, na produção de um valor. Por isso, é necessário analisar o alcance da exploração da mão de obra em cadeias, face a outras formas de exploração de mão de obra, a exemplo da terceirização e do grupo econômico.

A sistemática da exploração da atividade econômica em cadeia de abastecimento pode-se valer desses institutos trabalhistas já conhecidos, como contratação de prestadoras de serviço (terceirização), formação de

grupos econômicos, “contratos de fornecimento” etc. Em caso de terceirização e grupos econômicos, há disciplina jurídica, lembrando que as formas de organização da atividade econômica são dinâmicas e desafiam a aplicação dos princípios e regras de Direito do Trabalho. A terceirização da mão de obra está prevista na Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.429, de 19 de julho de 2017. A definição de grupos econômicos foi objeto de nova redação dada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou o § 2º e incluiu o § 3º do art. 2º da Consolidação das Leis de Trabalho (CLT). O problema repousa na utilização de institutos jurídicos não laborais – a exemplo do contrato de fornecimento –, com subordinação de empresas – as empregadoras da mão de obra –, para exploração de atividade econômica por outra dominante. No caso de contratos de fornecimento, “o vendedor se compromete a fazer entrega de mercadorias em partidas sucessivas e em prazo determinado, por preço ajustado antecipadamente ou simultaneamente com cada remessa, e pagamento na forma ajustada” (Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 1996).

Assim, a empresa, que se beneficia do resultado da mão de obra, não exerce o poder diretivo sobre os trabalhadores de forma direta, mas exerce esse poder sob uma nova roupagem, ao submeter a seu controle gerencial e ao manter sob dependência técnica e econômica as empresas contratadas. Entende-se que, nesse caso, o exercício da condição de empregador é da empresa contratante da mão de obra que gerencia e subordina as contratadas, segundo o paradigma imposto pela contratante.

Se os contratantes detêm o dever de informação quando praticam atos empresariais, e têm o dever de vigilância em relação a esses atos, eles agem com culpa ao se beneficiar da prática e/ou dos resultados de prática ilícita perpetrada na execução de contrato e no curso da exploração do seu negócio, cujo conhecimento da atividade ele possui. O contratante sabe do que precisa para realizar o seu negócio. A cadeia de abastecimento é uma

forma de maximização da organização do negócio, e as fases e os meios da produção de valor são de conhecimento e mapeados pelos contratantes, do contrário não haveria como avaliar a competência do contratado e sua capacidade de entregar o produto. Logo a culpa – negligência – é aferida quando o contratante de empresa não se ocupa em avaliar se as condições de trabalho por essa oferta atendem às normas de proteção, da mesma forma que ele avalia se a empresa contratada tem as condições de que ele precisa para produzir o bem, ou seja, tem o cuidado de se certificar do que é necessário para a consecução da atividade. Da mesma forma que se aplicam os modelos de garantia de cumprimento das obrigações, também são impostos os custos de transação dos efeitos decorrentes do avençado entre particulares em face de terceiros envolvidos na negociação, a exemplo dos trabalhadores.

3 O DEVER DE CUIDADO

O dever de cuidado ou de vigilância surge com a constituição da empresa, a qual deve se ocupar com o cumprimento e a proteção das normas na contratação e no curso do contrato, dentre elas, as trabalhistas. Na dinâmica dos contratos, são as empresas, em especial as que possuem maior capacidade econômica, que detêm informação suficiente para que essas normas sejam garantidas. Não se pode alegar o desconhecimento da necessidade de cumprimento dessas normas, ou que, por se encontrar no curso de uma cadeia de valor, e pela condição de não ser o empregador direto, não tem a responsabilidade pelo ato de terceiros, quando a utilização da mão de obra, na verdade, faz parte do negócio com que a empresa controladora das operações se ocupa.

Se há necessidade de mão de obra para a realização de suas atividades, para geração do valor perseguido, inevitavelmente o cumprimento das obrigações trabalhistas passa a ser objeto de atenção de todos os

contratantes envolvidos na consecução do negócio. Dessa forma, no meio empresarial, admite-se a responsabilidade pelo dever de diligência de terceiros. Uma vez sabedores da sua responsabilidade, do seu dever de vigiar o cumprimento legal do contrato, seja ele trabalhista, civil, comercial, empresarial, os contratantes têm o dever de garantir a licitude e a execução daquele contrato. E a responsabilidade pelos atos que terceiros praticarem em prejuízo dos direitos trabalhistas também faz parte do objeto do contrato. Isto é, o dever de diligência envolve as atividades dos terceiros contratados.

3.1 DEVER DE CUIDADO COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

A proteção dos direitos fundamentais do trabalhador visa à garantia do patamar mínimo civilizatório (Miraglia, 2009), e é dever de todos os que estão vinculados, verificar a observância ou fazer cumprir as normas de proteção ao trabalho. O dever decorre de uma relação jurídica, no caso em tela, um ato jurídico que tenha por objeto a utilização da mão de obra humana, mediante subordinação a regras definidas por quem a contrata. Os princípios gerais do contrato devem ser observados, dentre eles a supremacia do interesse público, a boa-fé objetiva e a função social do contrato (Tepedino; Schreiber, 2003). Na cadeia de abastecimento, todas as empresas vinculadas por meio de contratos comerciais, empresariais ou civis, e que envolvam o fornecimento de mão de obra, devem observar se há o cumprimento das normas de proteção ao trabalho, exercendo a devida diligência ou dever de vigilância.

No Brasil, os órgãos de controle, como a Auditoria-Fiscal do Trabalho, têm o dever de verificar o cumprimento das normas, conforme disposto no art. 628, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho. Para isso, estabelecem-se mecanismos de coerção direta e indireta para o pleno exercício do poder de polícia administrativa.

Na esfera privada, as organizações, em especial as grandes empresas, podem manter programas de *compliance* para verificar o cumprimento de direitos fundamentais, ou mesmo, criar estruturas de governança para assegurar a implementação efetiva dos compromissos e das políticas relativas à promoção desses direitos. Nessas organizações, a elaboração de códigos de ética e conduta constitui uma importante medida. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em maio de 2018, publicou o Guia de Orientação sobre Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável. O foco foi dar apoio prático às empresas, especialmente as multinacionais e, também, promover um entendimento comum entre órgãos governamentais e interessados no tema. Os princípios orientadores das Nações Unidas em Negócios e Direitos Humanos (United Nations, 2011) e a Declaração Tripartite de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Políticas Sociais (Organização Internacional do Trabalho, 2002) também contêm recomendações. O Guia da OCDE pode ajudar as empresas a implementar tais recomendações.

Contudo, há, na esfera internacional, recomendações para atuação, e não há mecanismos efetivos de responsabilização por não atendimento aos danos provocados pela falta da devida diligência ou dever de vigilância. Porém, no âmbito do direito nacional, há como identificar, no ordenamento jurídico, a cota de responsabilidade dos contratantes pela violação de direitos fundamentais dos trabalhadores.

3.2 COTA DE RESPONSABILIDADE (*SUUM CUIQUE TRIBUERE*)

O poder econômico, abusivamente explorado, gera danos absorvidos pela coletividade. É tarefa do aplicador do Direito que, em posse de mecanismos de proteção aos direitos sociais, interpretar a realidade e

subsumi-la às normas já existentes para estimular comportamentos eficazes e de cooperação entre as partes. Nos termos do art. 927, *caput*, e parágrafo único do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. O abuso de direito por meio de contrato trabalhista, civil, comercial ou empresarial constitui ato ilícito, como já analisado (art. 187 do Código Civil). A responsabilização civil e trabalhista é mecanismo de desestímulo e otimização de resultados, com garantia de direito à reparação pelo dano causado pelo contratante empregador ou mediante utilização de mão de obra subordinada a regras e modelos para atender ao resultado pretendido pelos contratantes, em uma cadeia de abastecimento. A responsabilidade é identificada pela comunhão de interesses entre as partes na exploração de determinada atividade econômica, por meio de contratos relacionados entre si, dentre eles de fornecimento de mão de obra, em uma cadeia de abastecimento. O dever de diligência ou de vigilância determina que as partes reconheçam e avaliem os custos com a mão de obra e, também, mecanismos para conter os riscos de violação a direitos fundamentais, sob pena de cometimento de ato ilícito.

A responsabilidade administrativa também é identificada. Inicialmente, destaca-se que, para fins de apuração de infração trabalhista, se aplica o princípio da intranscendência ou da pessoalidade. É sujeito passivo de auto de infração quem efetivamente tinha o dever e descumpriu a norma, praticando o ilícito. Como as violações têm por fato gerador contratos trabalhistas, civis, comerciais ou empresariais, os agentes de ilícitos são as pessoas que, por exercício da devida diligência ou dever de vigilância, deveriam garantir os direitos fundamentais dos trabalhadores. Se for constatada violação nos direitos decorrentes da contratação de mão de obra, autua-se quem detinha o dever de diligência ou vigilância, no exercício da boa-fé objetiva e com

observância da supremacia do interesse público, ou seja, com atendimento aos princípios gerais dos contratos.

Quanto ao aspecto penal, responde penalmente quem pratica ato que frustra, mediante fraude, direito assegurado pela legislação do trabalho. É o que prevê o art. 203 do Código Penal. O bem jurídico protegido são os direitos tutelados na legislação trabalhista, sendo que o crime recai sobre a pessoa que tem direitos trabalhistas frustrados. Trata-se de crime comissivo, instantâneo, unissubjetivo embora admita coautoria ou a participação e plurissubsistente. Em regra, o sujeito ativo pode ser o empregador. Mas podem figurar como sujeito passivo: preposto, empregado em conluio com o empregador ou ainda terceiro (por exemplo, empresa de grupo econômico), que teria como garantia os direitos tutelados pela legislação trabalhista. Nessas hipóteses, caracteriza-se o concurso de pessoas. Para caracterizar a fraude, é necessária a comprovação de dolo, com dano provocado a terceiro, com penas, cumulativamente, de detenção, de um a dois anos, e multa. O dolo, nesse caso, pode ser o eventual, em que o sujeito ativo, embora não deseje diretamente o resultado, assume, com sua conduta, o risco de lesionar direito do trabalhador.

A responsabilização pelos danos causados em contratos de fornecimento de mão de obra em cadeias de abastecimento depende da atuação de órgãos de controle estatais e da ação das empresas.

4 DECRETO Nº 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018 E AS DIRETRIZES “VOLUNTÁRIAS” DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

A ordem jurídica interna contemplou no Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, o impacto da formação de grupos econômicos, nas

chamadas “cadeias de fornecimento”, que, sob o amparo de contratos civis, comerciais, empresariais, gera possíveis riscos pela utilização de práticas abusivas do poder econômico, a exemplo de concorrência desleal e corrupção empresarial. E o trabalho, como fator de produção, não fica imune a essas práticas, sendo uma delas o *dumping social*, representado na exploração de mão de obra em condições degradantes, ou mesmo, sob a forma de escravidão, que resulta em redução de custos, com desequilíbrio concorrencial e, acima de tudo, social. Dessa breve análise, resulta que a contratação qualquer que seja seu objeto, seja ela de natureza civil, comercial ou empresarial, deverá observar os princípios gerais dos contratos e obrigações, e o dever de vigilância ou devida diligência contra impactos adversos.

4.1 O EXEMPLO DO MODELO DE RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DE GRUPOS ECONÔMICOS

Quando o objeto do contrato firmado pelos particulares envolver a exploração de mão de obra mediante subordinação, aplicam-se os princípios gerais, e que foram abarcados pela legislação específica laboral. Em caso de violação a direitos fundamentais – tais como trabalho exposto a condições degradantes –, a responsabilidade pelo descumprimento é de todas as partes que convencionaram a utilização da mão de obra, seja por força de um contrato individual de trabalho (contrato entre empregador e pessoa física), seja por força de um contrato civil, comercial ou empresarial, em que as condições de fornecimento da mão de obra humana, como um dos fatores de produção, foi objeto de transação (contrato entre empresas). E esses contratos podem ser nacionais ou internacionais, a depender das partes envolvidas serem ou não de diferentes países.

Exigida em toda contratação, a devida diligência ou dever de vigilância impõe-se a todos os contratantes, mediante a avaliação dos efeitos e dos

riscos extracontratuais. Essa exigência contratual demanda maior atenção nos casos que envolvem contratações em cadeias de abastecimento, ou seja, quando empresas se vinculam por meio de contratos ligados entre si, em uma rede de transações. As cadeias de abastecimento existem por meio de redes de empresa, ou seja, conglomerados de empresas que constituem, seja por acordos ou faticamente, espécie de grupos econômicos, ou assumem outras formas de interrelação. No que tange aos grupos econômicos, há disciplina jurídica no ordenamento interno. Da redação da Lei nº 13.467/2017, conclui-se que o efeito imediato da configuração do grupo econômico é a atribuição de responsabilidade solidária passiva pelas obrigações decorrentes da relação de emprego, de que o grupo obviamente se beneficiou. A responsabilidade solidária passiva é o custo da transação a ser suportado pelo grupo econômico, uma vez que os valores envolvidos na contratação de trabalho ultrapassam os interesses individuais; o trabalho é um valor social.

Os grupos econômicos podem constituir cadeias de abastecimento, face à interdependência entre as organizações empresariais. A necessidade de coordenação e de troca de informações torna-se essencial para a eficiência dos contratos. O modelo de responsabilidade civil deve vedar a absorção das externalidades negativas. Assim, o abuso do direito não é incentivado quando há proposição de mecanismos de devida diligência. A eficácia horizontal dos direitos humanos permite a atribuição da responsabilidade pela observância de normas de proteção ao trabalho a quem se beneficia de mão de obra, mediante a contratação direta ou por meio de contrato de fornecimento, para exploração de atividade econômica, assumindo os riscos advindos dessa atividade. Isso porque, como acima exposto, os danos originados com o descumprimento de direitos fundamentais atingem a coletividade, e não apenas as partes contratantes.

Aliás, esse é o motivo pelo qual, mesmo contratos de natureza civil – em que, em princípio, haveria ampla autonomia da vontade dos particulares

– recebem proteção especial, dada sua relevância para a garantia da ordem pública e do interesse social envolvido. É o caso do reconhecimento dos interesses difusos e coletivos nas relações civis de consumo, protegidas no ordenamento jurídico pelo Código de Defesa do Consumidor. Embora a contratação seja individual – compra e venda de produtos e serviços –, os efeitos de práticas lesivas e abusivas são suportados por toda coletividade. Frisa-se: em uma sociedade de consumo, os danos provocados por condutas contrárias à saúde e à segurança dos consumidores ultrapassam as partes contratantes, pois o direito do consumidor é reconhecido como um direito fundamental. O mesmo se observa sobre o direito fundamental ao ambiente e, também, em relação ao direito fundamental ao trabalho digno.

A responsabilidade trabalhista não tem como pressuposto tão somente os danos provocados pelo descumprimento da norma no âmbito da contratação individual; os efeitos da inobservância da norma trabalhista são extracontratuais, pois geram custos a toda coletividade, notadamente custos suportados pela Previdência Social e na manutenção e necessidade de ampliação do sistema judiciário, seja ele especializado ou não, como nas ações envolvendo acidentes de trabalho que tramitam em Varas Comuns Estaduais. Ou seja, a violação aos direitos fundamentais do trabalhador não atende ao paradigma econômico. A degradação de condições de trabalho configura abuso do poder econômico. Reduzem-se custos individuais, mediante o descumprimento de normas a direitos fundamentais, com gastos vultosos a serem suportados por toda a sociedade.

Dessa forma, provoca dano e incorre no ilícito administrativo, o sujeito que, sendo a pessoa, física ou jurídica, mantém a relação de natureza econômica e técnica com o evento que constitui o respectivo fato gerador, no caso em tela a utilização da mão de obra para a consecução de atividade econômica explorada, seja diretamente ou mediante prévio contrato de fornecimento. Por isso, o responsável pode não ter necessariamente

vinculação direta com o fato gerador, mas é obrigado pelo cumprimento das normas e pelo pagamento dos débitos oriundos da relação jurídica.

No âmbito da reforma trabalhista, a responsabilidade atribuída às empresas integrantes do grupo econômico depende dos requisitos que o legislador indicou como exigíveis para identificar a sua configuração: a demonstração do interesse integrado; a efetiva comunhão de interesses; e a atuação conjunta das empresas dele integrantes. E, de acordo com o art. 5º-A, § 3º, da Lei nº 13.429/2017, a contratante da mão de obra é responsável por garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato.

Assim, mesmo que o vínculo empregatício tenha sido estabelecido com determinado prestador de serviços, se a atividade econômica explorada pelo contratante depende da mão de obra, estabelece-se uma relação triangular, em que ambos assumem os riscos do exercício da atividade econômica do prestador, ou seja, potencializa os riscos já existentes. Isso porque se atribui a uma outra pessoa, que supostamente tem autonomia e que precifica seu produto, a responsabilidade pela existência de trabalho decente naquela relação contratual: valor pago pelos serviços prestados; não extrapolação de jornada; correta anotação das horas extras; e adicional noturno praticado, condições de segurança e saúde do trabalho.

É relevante para os efeitos imediatos de responsabilização das empresas, o rastreamento dos vínculos jurídico-econômicos que formam a cadeia de abastecimento. São sujeitos da proteção legal os terceiros, cujos efeitos ou riscos das transações empresariais deveriam ter sido previamente avaliados pelos contratantes. Os trabalhadores, cuja mão de obra foi objeto de transação comercial, são sujeitos de direitos que podem ser violados por abusos praticados pelos contratantes. O Código Civil, como já exposto, corrigiu a falha do anterior e inseriu expressamente em seu corpo normativo,

a previsão do abuso de direito ao preceituar que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (art. 187), de tal sorte que, na sistemática atual, a norma civil condena, expressamente, o exercício abusivo de qualquer direito subjetivo.

No que tange ao abuso de direito, a aplicação do art. 187 do Código Civil é ferramenta de efeito imediato para desestimular práticas de violação aos direitos fundamentais, dentre eles o da livre concorrência. Dessa maneira, a cadeia de abastecimento forma, entre os contratantes, uma rede de responsabilidade civil e trabalhista. A violação a direitos fundamentais do trabalhador – isto é, os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos – caracteriza o ilícito e gera a obrigação de reparação pelos contratantes vinculados à cadeia. A cadeia de abastecimento somente existe por conta dos contratos firmados entre pessoas voltadas à exploração de atividade econômica, de sorte que esses contratos, por elas celebrados, devem obedecer aos princípios gerais e específicos aplicáveis a todos os contratos em geral, dentre eles a sua função social. Vida, segurança, saúde, respeito à dignidade são bens tutelados pela ordem constitucional e estabelecem um patamar civilizatório mínimo.

4.2 DECRETO Nº 9.571, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2018: UMA PROPOSTA HERMENÊUTICA

A responsabilização pelos danos causados em contratos de fornecimento de mão de obra em cadeias de valor, depende da atuação de órgãos de controle estatais e da ação das empresas.

O Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, que estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, há de se interpretar o “voluntariamente”, considerando a matéria a que se refere o Decreto. Se interpretar

como faculdade, estar-se-ia assumindo que todas as obrigações fixadas pelo Decreto, que versam sobre Direitos Humanos, incluindo responsabilidade pela proteção da saúde e segurança do trabalhador, seriam facultativas.

Voluntariamente, as empresas adotarão as medidas, que serão monitoradas por comitê, sem retirar a carga obrigatória de cumprimento dos direitos fundamentais. Logo, há a obrigação de respeito aos direitos fundamentais (por exemplo, com criação de mecanismos de enfrentamento das denúncias), mas não há sanção, daí a voluntariedade na implementação das diretrizes. Ou seja, não haveria mecanismos de coerção para a implementação das diretrizes de direitos fundamentais nas médias e grandes empresas.

São mecanismos de proteção, previstos no referido Decreto, entre outros: disponibilizar mecanismos para o monitoramento e a solução de controvérsias de impactos e violações decorrentes de suas atividades ou suas operações, por meio de canais de denúncia à disposição das pessoas e comunidades afetadas; e reparar, de modo integral, as pessoas e as comunidades atingidas (art. 14, incisos I e IV).

Na prática, se é certo que não há sanção para o descumprimento da obrigação de manter canais de comunicação para recebimento de denúncias de violação a direitos fundamentais, por conta do abuso de direito em contratação de fornecimento de mão de obra, por exemplo, há toda uma legislação que estabelece medidas coercitivas pelo fato de as empresas não terem observado a função social do contrato, a boa-fé objetiva e outros princípios gerais e específicos.

O “voluntariamente”, portanto, foi utilizado pelo legislador não no sentido de “faculdade”, e sim, de prescrição sem sanção. Se as empresas voluntariamente não adotarem as medidas previstas no Decreto, assumem o risco de não observar parâmetros legais e razoáveis, ainda que voluntários, de devida diligência ou dever de vigilância em seus contratos, violando princípios e dispositivos do Código Civil.

A questão do caráter voluntário do Decreto, contudo, pode ser superada. Foi proposto o Projeto de Lei nº 572, de 2022, de autoria do Deputado Federal Helder Salomão (PT-ES), para a criação de um marco nacional sobre Direitos Humanos e Empresas e estabelece diretrizes para a promoção de políticas públicas no tema. Segundo a proposta, além da promoção de políticas públicas, o marco nacional terá por objetivo estabelecer diretrizes para a aplicação de normas nacionais e internacionais de proteção dos Direitos Humanos (art. 1º do PL nº 572/2022). Esse projeto atende à tendência internacional de ampliar a responsabilidade das empresas pela garantia da dignidade, coibindo práticas empresariais adotadas sem o devido cuidado (“*due diligence*”), com os riscos de impactos adversos e possíveis externalidades negativas. Não é demais lembrar a vigência, desde 1º de janeiro de 2023, da Lei Alemã de Cadeias de Valor (“*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*” ou LkSG), cujo objetivo é regular a responsabilidade das empresas alemãs para respeitarem os direitos humanos nas cadeias globais de fornecimentos, com vistas à proteção contra o trabalho infantil, direito à igualdade salarial, proteção ambiental, dentre outros direitos que envolvem, não apenas as empresas e seus contratantes, e sim, toda a comunidade (German Federal Ministry of Labour and Social Affairs, 2023).

Enfim, não há negação ao direito à liberdade econômica ou à liberdade para contratar, mas o exercício desses direitos deve atender a princípios e normas gerais e específicas, entre elas a que reconhece a função social do trabalho e dos próprios contratos.

5 CONCLUSÃO

A opção pela não contratação da mão de obra diretamente pela empresa dominante, não deve refletir na fragilização da observância de normas de proteção ao trabalho, por exemplo, com o descumprimento do devido cuidado com a proteção da saúde e do trabalhador. Trata-se de proteção aos direitos fundamentais.

Assim, as empresas, ao firmarem contratos que versem sobre utilização de mão de obra, estão obrigadas pelo cumprimento das normas de ordem pública vigentes, por uma questão de princípios e regras jurídicas, ainda que façam parte de um contrato comercial ou empresarial amplo, que não seja exclusivamente de fornecimento de mão de obra.

As diretrizes do Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018, como normas primárias, acabam por reconhecer a responsabilidade das empresas pelo cumprimento dos direitos fundamentais, ainda que o Decreto não tenha natureza de norma secundária (sancionatória). Porém, ao se debruçar sobre o capítulo sobre a responsabilidade das empresas, que envolve o compromisso com o respeito aos direitos humanos, há a previsão de que caberá às empresas o respeito aos direitos humanos protegidos nos tratados internacionais, dos quais o seu Estado de incorporação ou de controle sejam signatários, incluindo o monitoramento do respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva vinculada à empresa (art. 5º, inciso I). Não se trata de uma faculdade. É uma obrigação, assim como a implementação das diretrizes.

Esse parâmetro hermenêutico é o que se coaduna com os fundamentos, princípios e direitos constitucionalmente reconhecidos no Estado brasileiro. Daí a imperiosa necessidade de vislumbrar a devida diligência ou dever de cuidado como instituto garantidor dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Para tanto, o Estado brasileiro deve proteger os trabalhadores dos impactos diretamente gerados pelas empresas e os impactos indiretamente gerados pela cadeia de fornecimento, nos termos do art. 3º, inciso VI, alínea “a”, do Decreto nº 9.571, de 2018.

REFERÊNCIAS

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

ANTUNES, J. E. Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório. **Revista Direito GV**, v. 1, n. 2, p. 29-68, jun./dez. 2005.

COMPARATO, F. K. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 20 ago. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 572, de 14 de março de 2002**. Cria a lei marco nacional sobre Direitos Humanos e Empresas e estabelece diretrizes para a promoção de políticas públicas no tema. 2002. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2317904>. Acesso em: 25 set. 2023.

GERMAN FEDERAL MINISTRY OF LABOUR AND SOCIAL AFFAIRS. **Supply Chain Act**. 2023. Disponível em: <https://www.bmas.de/EN/Europe-and-the-World/International/Supply-Chain-Act/supply-chain-act.html#:~:text=The%20law%20regulates%20the%20responsibility,and%20consumers%20benefit%20from%20this>. Acesso em: 25 set. 2023.

MIRAGLIA, L. M. M. O Direito do Trabalho como instrumento de efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, v. 49, n. 79, p. 149-162, jan./jun. 2009. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/livia_mendes_moreira_miraglia.pdf. Acesso em: 30 jul. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração tripartite de princípios sobre empresas multinacionais e políticas sociais**. 2002. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_227046/lang-pt/index.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável**. 2018. Disponível em: <http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde-de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2020.

TEPEDINO, G.; SCHREIBER, A. Os efeitos da constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 139-151, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_139.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

UNITED NATIONS. **Guiding principles on business and human rights – implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” framework**. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

A SEGURANÇA SOCIAL NO SISTEMA DE DIREITOS HUMANOS E EM 20 REGIMES CONSTITUCIONAIS¹

SOCIAL SECURITY IN THE HUMAN RIGHTS SYSTEM AND IN 20 CONSTITUTIONAL REGIMES

Carlos Luiz Strapazzon²

1 INTRODUÇÃO

No sistema internacional de direitos humanos, reconhecemos há várias décadas, o direito humano à segurança social. No Brasil, o direito à segurança social ainda é invisível. Assume a forma de um arranjo institucional de seguridade social, para assegurar a realização de três direitos: a saúde; o seguro social; e a assistência social.

Dessa maneira, quando analisamos as práticas de países desenvolvidos e em desenvolvimento, vemos muitos modelos de realização do direito à segurança social. E vemos, também, que a literatura especializada oferece vários critérios de classificação de modelos. Se adotarmos os critérios de Esping-Andersen (2012), como pretendemos fazer aqui, então as vias interpretativas dos modelos se reduzem a três arranjos institucionais e ao diferente protagonismo assumido pelo Estado, pelo mercado e pelas famílias. Com esse critério de análise, podemos explorar os nossos modelos da segurança social: o liberal; o corporativo-conservador; e, por fim, o social-democrático. A partir desses modelos, vamos discutir, progressivamente, o regime constitucional desse tema em 20 países selecionados e analisar correlações entre densidade de regulação em nível constitucional e desenvolvimento humano. Com esse quadro, vamos, também, discutir o caso brasileiro.

¹ A primeira versão deste estudo foi publicada na Revista Brasileira de Direito Previdenciário, v. 34, p. 68-100, 2016. Outra versão, atualizada, foi publicada no livro *Direitos Humanos e Fundamentais na perspectiva da Democracia Interamericana*, Cesar Landa Arroyo et al. (org.). Curitiba: Instituto Memória, 2018. Esta versão foi, completamente, revista e atualizada em 2023.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesco. Contato: strapazzon.carlos.l Luiz@gmail.com.

Tendo em vista que o direito humano à segurança social está formalmente reconhecido pelo sistema de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário, adotaremos a linguagem e a abordagem dos direitos humanos para: a) marcar claramente a existência desse direito à segurança social; b) fazer a discussão de seu âmbito de proteção; e c) apresentar quatro regimes de regulação constitucional da segurança social em 20 países com nível muito alto, alto e médio de desenvolvimento humano.

2 O DIREITO HUMANO À SEGURANÇA SOCIAL

Política social não é, necessariamente, um mecanismo gerador de igualdade. Pode ser, ao contrário, um mecanismo que aumenta ou cristaliza desigualdades. Tudo depende do desenho específico das instituições, das condições materiais de acesso e das bases normativas que reconhecem direitos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, tem dois dispositivos particularmente relevantes sobre o direito humano à segurança social.

Art. 22. Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.
2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social.

Ao tempo em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi escrita, três outros documentos sobre o assunto já eram conhecidos. O primeiro é de 1941. Trata-se da “Carta do Atlântico”, assinada por Franklin Delano Roosevelt e por Winston Churchill. Apesar de enunciar oito princípios, é no sexto que se encontra o mais importante pilar político do programa da segurança social: o dever de todas as nações reconhecerem o direito de todos os seres humanos, de todos os lugares do planeta, de viverem em liberdade do medo e da necessidade. A Declaração sustenta princípios que davam esperanças aos dois países signatários do acordo, porém, a ambição da Carta era que tais princípios também fossem reconhecidos pelo resto do mundo. A Carta do Atlântico também enuncia outros princípios de segurança: de fronteiras; de autogoverno; econômica; dos povos afetados pela violência nazista; nos mares; e, também, e sobretudo, de segurança de renda, pela realização de melhores condições de trabalho e segurança social.

Os dois outros documentos foram estabelecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT): um é a Recomendação 67 (R67); e o outro é a Recomendação 69 (R69), ambos de 1944. A primeira, trata do direito à segurança de renda, por mecanismos de seguro *social* compulsório e de assistência social universal para quem não tem meios de pagar pelo seguro *social*. A segunda, trata do direito a cuidados médicos universais.

Contudo, um dos mais relevantes documentos internacionais para o tema da segurança social é posterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos: trata-se da Convenção nº 102/1952, da OIT, que reúne os direitos mínimos da segurança social e estabelece padrões básicos para a organização de sistemas nacionais de segurança social. O Brasil é membro fundador da OIT e das 98 Convenções que ratificou até agosto de 2023. Destas, 67 estão em vigor, 18 foram denunciadas; nove instrumentos foram revogados e as diretrizes dessa Convenção 102, versão mínima da segurança social, foi adotada pelo direito constitucional do Brasil, com o nome de seguridade social.

A Convenção nº 102 foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, no ano de 1952 e entrou em vigor no plano internacional em 27 de abril de 1955. No Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 269, de 19 de setembro de 2008, do Congresso Nacional e ratificada em 15 de junho de 2009. Apesar de ter sido devidamente depositada na secretaria da OIT, até agosto de 2023 o referendo do Congresso Nacional não foi publicado por Decreto Presidencial, procedimento formal essencial da ordem jurídica brasileira para a internalização de normativas internacionais. Assim, podemos dizer que por um vício procedimental *interno*, o Brasil ainda não aderiu *perfeitamente* (no sentido jurídico) a essa Convenção.

O texto da Convenção nº 102 trata de disposições gerais e vai a detalhes quanto a prestações que os Estados signatários devem se comprometer. Sendo assim, permite ver o âmbito de proteção mínimo do direito à segurança social.

A Parte II da C102 estabelece prestações de serviços médicos de caráter preventivo ou curativo (art. 7º). As outras partes tratam de pagamentos de benefícios. Na Parte III, benefícios a pessoas com incapacidade para o trabalho, decorrentes de um estado de doença ou acidente que acarrete a suspensão de ganhos; Parte IV, benefícios para o caso de desemprego; Parte V, benefícios de aposentadoria decorrente de idade avançada; Parte VI, benefícios de acidente de trabalho e doenças profissionais; Parte VII, benefícios à família dos responsáveis pela manutenção de crianças; Parte VIII, benefícios de maternidade; Parte IX, benefícios de aposentadoria por invalidez; na Parte X, benefícios a dependentes por morte; na Parte XI, regula padrões de cálculo de benefícios; e na Parte XII, vemos regras gerais de não discriminação e de tratamento igualitário para os residentes estrangeiros. O art. 71³, das Disposições Gerais, apresenta elementos que norteiam o sistema

³ Art. 71 – 1. O custo das prestações concedidas em consequência da aplicação da presente convenção e os gastos de administração dessas prestações devem ser financiados coletivamente, por meio de contribuições ou de impostos ou pelos dois meios conjuntamente, de acordo com modalidades que evitem que as pessoas, de poucos recursos, tenham de

de custeio das prestações e determina que as contribuições e impostos deverão ser arrecadados pelo Estado membro.

Dezoito anos depois de publicar a Declaração Universal, e quatorze anos depois da Convenção 152, a ONU aprovou mais um documento muito relevante para o tema do direito à segurança social, a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que só entrou em vigor em 1976. Essa Convenção, de natureza vinculante para signatários, trouxe um relevantíssimo art. 9º, com o seguinte teor: *“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à segurança social, inclusive ao seguro social”*⁴. Desse ponto em diante, não restam mais dúvidas: o direito à segurança social e seu conteúdo mínimo estarão assentados no direito internacional dos direitos humanos.

Além disso, o consenso obtido a partir de discussões em três Conferências Internacionais do Trabalho, nos anos de 2001, 2011 e 2012 resultou na Recomendação nº 202 da OIT, que introduziu o conceito de *“Pisos Mínimos de Proteção Social”*. Esse é um conceito que dá um novo significado programático e executivo ao direito humano à segurança social. Surgiu de uma ampla coalizão de interesses internacionais de 189 países e foi elaborado para harmonizar direitos humanos, disponibilidade de recursos de cada país e as relações entre proteção social e desenvolvimento.

suportar encargos, por demais pesados, e levem em consideração a situação econômica do Membro e das categorias de pessoas amparadas.

⁴ É particularmente importante anotar que o Decreto Presidencial nº 591, 06.07.1992 tem um erro grosseiro de tradução para esse art. 9º. No Decreto ficou assim: *“Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social”*. A tradução simplesmente se equivoca ao traduzir *“segurança social”* por *“previdência social”*, e depois comete novo erro ao supor que *“previdência”* e *“seguro social”* sejam coisas diferentes. A tradução correta, portanto, é: *“[...] direito à segurança social, inclusive seguro social”*. Esse mesmo erro grosseiro, a propósito, já havia sido cometido pelo Dec. nº 99.710, de 21.11.1990, que traduziu a Declaração Universal dos Direitos da Criança, art. 26, 1 – 1, onde se lê que: *Os Estados Partes reconhecerão a todas as crianças o direito de usufruir da previdência social, inclusive do seguro social, e adotarão as medidas necessárias para lograr a plena consecução desse direito, em conformidade com sua legislação nacional.*

Segundo o novo entendimento, um piso de proteção social acessível pode ser introduzido, complementado ou mantido em todos os lugares, de acordo com as circunstâncias de cada país. Essa visão aponta para o objetivo de assegurar cobertura universal, ainda que em níveis diferentes, em cada região. Entretanto, o piso mínimo de proteção social deve ser composto de, ao menos, quatro garantias básicas: a) cuidados essenciais de saúde, que devem incluir cuidados especiais com maternidade; b) segurança de renda mínima para crianças, com um patamar mínimo válido em todo o território nacional, que garanta nutrição, educação e cuidados essenciais; c) segurança de renda mínima para pessoas em idade ativa, mas impossibilitadas de obter renda por causa de doença, desemprego, maternidade ou deficiência; e d) segurança de renda mínima, num patamar nacional, para pessoas idosas.

Mais recentemente, ainda no âmbito das Nações Unidas, e em razão do encontro da Cúpula para o Desenvolvimento Sustentável (setembro de 2015), surgiu um outro documento extremamente relevante, com natureza de Acordo, que elegeu 17 Objetivos programáticos para o Desenvolvimento Sustentável e 169 metas, a serem realizadas até 2030. Em relação à segurança social, destacamos os objetivos: (1) erradicação da pobreza multidimensional; (2) erradicação da fome; (3) proteção da saúde; (6) gestão do saneamento básico; e (8) trabalho decente. O que é particularmente inovador, no caso desse novo acordo, é a conexão entre direitos humanos e desenvolvimento sustentável, introduzindo conexões entre a dimensão social, econômica e ambiental do desenvolvimento.

Tomadas essas diretrizes acima como um sistema normativo conexo e complementar, notamos que o direito à segurança social não é apenas reconhecido, nem é visto apenas como direito humano. Além disso, esse direito já é parte de um programa de desenvolvimento sustentável que envolve a dimensão econômica, social e ambiental.

Diante desse panorama normativo, podemos dizer que o *status* internacional desse tema é o de direito humano fundamental. Esse panorama normativo traz outras certezas: seu conteúdo mínimo é formado por direitos relativos à segurança de renda, de saúde e de cuidados pessoais com pessoas dependentes. Embora a segurança de renda seja o mecanismo mínimo e indispensável, cada Estado tem liberdade para realizar esses direitos por todos os meios disponíveis, inclusive pela prestação direta de renda, bens e serviços, ou em parcerias com a sociedade civil e agentes econômicos. O direito à segurança social articula vários direitos econômicos e sociais revelando a força da interrelação entre eles, a ponto de podermos reconhecer que o direito à segurança de renda, à segurança de saúde e de cuidados pessoais compõem apenas o núcleo básico da segurança social.

Para além do sistema normativo da OIT e da ONU conferindo-lhe *status* de direito humano, notamos que muitas nações também fizeram importante mobilização de esforços políticos e jurídicos para internalizar a segurança social no sistema doméstico de instituições de Estado e da sociedade, tanto pela criação de leis e instituições especializadas nessas formas de segurança, quanto por via do direito constitucional. É essa natureza constitucional que permite constatar a elevada importância dada ao tema da segurança social pela grande maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. É o que vamos analisar a seguir.

3 POR QUE ANALISAR MODELOS?

É reconhecida a dificuldade de formar consensos quanto ao significado preciso de segurança social, políticas sociais e bem-estar social (*welfare state*). Em geral, esses termos aparecem relacionados e geram dúvidas. Todavia, o modo pelo qual um complementa o outro é muito variável, tanto na literatura, quanto nas práticas internacionais. O certo é que não se deve

tomá-los como sinônimos, pois políticas sociais nem sempre geram mais *welfare* (Esping-Andersen, 2012), ou seja, igualdade, coesão social, proteção universal da renda e da saúde, desenvolvimento humano e resiliência das comunidades. Basta lembrar que tanto a África do Sul no regime do *Apartheid*, quanto o Brasil durante os anos de modernização conservadora e autoritarismo militar, já foram estudados como modelos dessa inversão perversa (Titmuss, 2008,). Na Inglaterra, durante o século XIX até os anos 40 do século XX – período em que estava em vigor a famosa *Poor Law* e a criminalização do desemprego – também pode se enquadrar nesse modelo de política social perversa (Titmuss, 1965).

Assim, é importante examinar os modelos nacionais de realização do direito à segurança social, pois a implementação das políticas sociais pode, muitas vezes, divergir dos objetivos do direito à segurança social. Dessa maneira, descrever o regime de segurança social adotado em determinado Estado não é empreendimento simples. Não pelo trabalho de coletar e organizar informações, mas porque há diferentes modos de fazer isso. Este texto não tem a pretensão de oferecer um mapeamento inovador de todos os modelos nacionais de segurança social que serão analisados. No presente texto adotamos a metodologia do clássico trabalho de Gosta Esping-Andersen (2012), que divide os modelos de *welfare* em *liberal*, *corporativo-conservador* e *social-democrático*. Ao lado disso, proporemos uma ampliação de informações, com base no estudo do regime constitucional dos direitos sociais e com base na atuação dos Bancos Centrais de países do modelo liberal.

Vamos, então, analisar mais detidamente a caracterização dos três modelos de Andersen e depois explorar o modo como, atualmente, o direito constitucional de 20 países protege o direito humano à segurança social, e de como os Bancos Centrais, por meio de política monetária, podem participar do arranjo institucional de garantia da segurança social. Esperamos, com

isso, fornecer uma contribuição ao debate jurídico e político sobre modelos nacionais de proteção do direito humano à segurança social.

3.1 O MODELO LIBERAL

Gosta Esping-Andersen (2012) denominou de liberal, o modelo de *welfare state* adotado nos Estados Unidos, Canadá e Austrália. Essa escolha se deve ao fato de que o mercado é o principal ator desse modelo. A segurança social, nesses países, apoia-se fortemente em políticas de subsídio estatal para estimular a atuação de agentes econômicos e sociais (empresas, institutos, ONGs), na prestação direta de serviços de saúde, seguros e fornecimento de bens. Por isso, são países que, junto com incentivos fiscais para agentes econômicos atuarem na prestação de serviços de saúde, de seguros e de cuidados pessoais, adotam, também, políticas econômicas que visam reduzir o desemprego e, por essa via, gerar segurança de renda pelo mecanismo do mercado de trabalho.

Chama a atenção o fato de Esping-Andersen não ter mencionado o modo como os Bancos Centrais desses países atuam para dinamizar a segurança de renda, por via do mercado de trabalho. No entanto, essa informação é relevante para compreender as instituições desse modelo. A opção por adotar um modelo *liberal de bem-estar* não corresponde a anular a atuação do Estado na realização desse objetivo, nem significa optar pela atuação apenas passiva do Estado, ou concentrando sua atuação apenas na função reguladora e controladora. Nos países com modelos liberais aqui estudados, além da política tributária, da política de créditos incentivados a investimentos, também a definição da política de taxas básicas de juros é mobilizada pelos Bancos Centrais. A política monetária de dois países analisados costuma conjugar dois elementos: a meta de controlar a inflação com a meta de não prejudicar o mercado de trabalho. Ou seja, a política

monetária de enfrentamento da inflação precisa ser consistente com níveis baixos de desemprego.

Há, porém, uma pequena diferença entre o modelo canadense de política monetária e o dos EUA e da Austrália. É apenas nos dois últimos que a política de pleno emprego é também um dos objetivos institucionais do Banco Central. No Canadá, a meta da política monetária é definida prioritariamente para o controle de inflação, sendo que a dinâmica do mercado de trabalho é adotada para avaliar as pressões inflacionárias, como no Brasil. No Canadá, porém, como veremos mais adiante, o Estado está autorizado pela Constituição a adotar políticas afirmativas para lidar com o desemprego em níveis preocupantes. Já nos Estados Unidos, os resultados do mercado de trabalho são um componente explícito do duplo mandato do *Federal Reserve*, que é alcançar o máximo de emprego num ambiente de estabilidade de preços⁵. Mais recentemente, o *Federal Reserve* amarrou seus programas de política monetária⁶ aos resultados do mercado de trabalho (Zmitrowicz, 2014). O mesmo modelo dos EUA é adotado pelo *Federal Reserve Bank* da Austrália⁷, em que o *Reserve Bank Act* diz que é dever do Banco Central assegurar que a política monetária e bancária seja direcionada de maneira a contribuir para: a) a estabilidade da moeda da Austrália; b) para a manutenção do pleno emprego; e c) para a prosperidade econômica e o bem-estar do povo da Austrália⁸.

⁵ Federal Reserve Act, Section 2A. Monetary policy objectives. The Board of Governors of the Federal Reserve System and the Federal Open Market Committee shall maintain long run growth of the monetary and credit aggregates commensurate with the economy's long run potential to increase production, so as to promote effectively the goals of maximum employment, stable prices, and moderate long-term interest rates. [12 USC 225a. As added by act of November 16, 1977 (91 Stat. 1387) and amended by acts of October 27, 1978 (92 Stat. 1897); Aug. 23, 1988 (102 Stat. 1375); and Dec. 27, 2000 (114 Stat. 3028).], Disponível em: <https://www.federalreserve.gov/aboutthefed/section2a.htm>. Acesso em: 10 ago. 2023.

⁶ Sobre o duplo mandato do Federal Reserve dos EUA, isto é, controle da inflação e diminuição do desemprego, ver: https://www.federalreserve.gov/faqs/economy_14424.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

⁷ As obrigações do Banco Central em relação à política monetária estão definidas nas Seções 10 (2) e 11 (1) do Reserve Bank Act, de 1959. Disponível em: <https://www.legislation.gov.au/Series/C1959A00004>. Acesso em: 10 ago. 2023.

⁸ Ver: www.rba.gov.au/about-rba/our-role.html. Acesso em: 10 ago. 2023.

Estabelecer elevados salários mínimos, ainda que não exclusivamente fixados em lei – mas também por lei⁹ – é uma outra característica da política econômica de segurança social dos países desse regime. Nesse modelo, emprego e salário, ao lado da mobilização de agentes privados para prestar serviços sociais e vendê-los com subsídios públicos são os mais importantes meios de gerar a segurança universal de renda, de distribuir bens e serviços de saúde e de oferecer serviços de cuidados pessoais.

Em contrapartida, esse é um modelo em que predomina a assistência social pública residual, ou seja, destinada apenas aos comprovadamente pobres. Geram, ao final, um modelo estigmatizador de assistência social, visto que qualificam, explicitamente, os mais pobres como “perdedores” *dependentes da ajuda* de Estado.

Enquanto isso, os programas de seguro social (aposentadorias, pensões) costumam ser privados, o que força os interessados a buscarem proteção em fundos privados de pensões e em planos privados de seguro de saúde.

Não é difícil concluir que nesse modelo, a recessão econômica, a inflação e o desemprego são os piores vilões, porque desorganizam a oferta de serviços, o mercado de trabalho e o poder de compra das famílias. Crises econômicas costumam ser particularmente cruéis nesse modelo.

Em termos de dinâmica social, esse modelo apoia pouco a redução das desigualdades criadas pelo mercado, mas pode ser gerador de bem-estar, em que o nível médio de renda individual é alto e homogêneo, como indicam os elevados índices de desenvolvimento humano desses países, notadamente da Austrália e do Canadá¹⁰.

⁹ Para ver o quadro da legislação dos EUA sobre salário-mínimo estadual e federal: <https://www.dol.gov/whd/minwage/america.htm>; para ver o modelo do Canadá: www.esdc.gc.ca/en/reports/labour_standards/minimum_wages.page#h2.1; quanto ao modelo da Austrália, ver: <https://www.fwc.gov.au/awards-and-agreements/minimum-wages-conditions/national-minimum-wage-orders>. Acesso em: 10 ago. 2023.

¹⁰ Ver: www.hdr.undp.org/en/country-reports. Acesso em: 10 ago. 2023.

Em síntese, dentre os três modelos, este é certamente o que tem os menores gastos públicos diretos em benefícios, bens e serviços sociais, posto que se apoia intensamente em prestação privada subsidiada e em políticas econômicas mobilizadoras de atuação de agentes econômicos.

Ao maximizar os efeitos da segurança de renda, de saúde e de serviços de cuidado por via de mecanismos de mercado, é um modelo que dá pouca relevância ao conceito de *direito* social, visto que opera a partir da lógica da mercantilização intensa da segurança de renda e de serviços (Arts; Gelissen, 2002 p.141).

3.2 O MODELO CORPORATIVO E CONSERVADOR

Os representantes deste modelo são países europeus continentais: Alemanha, Áustria, França e Itália são apontados como os mais típicos por Esping-Andersen (2012). Aqui encontramos um sistema de direitos sociais e instituições que realizam a segurança social muito vinculadas a órgãos e entidades públicas. Contudo, nesse modelo, vemos também formas seletivas de solidariedade, muito marcada pelo corporativismo profissional, em vez de solidariedade universal. Por isso, o normal nesse modelo é contar com vários tipos *acentuadamente* desiguais de seguros *sociais*, baseados na aceitação de diferentes *status* sociais de profissões e de diferentes corporações (na maioria, carreiras estatais) que se auto-organizam para realizar sua própria proteção de renda, de saúde e de cuidados, com diferentes níveis de vantagens apoiadas pelo Estado.

De fato, marcam esse modelo a

[...] estratificação social [...] de *status* no emprego (senioridade, emprego público), [e a] importância diminuta do segmento privado de provisão de bem-estar, pela assistência social focalizada, por serviços sociais públicos, e por um alto grau de responsabilidades assumidas pelas famílias (Kerstenetzky, 2012, p. 113).

Direitos sociais, nesse modelo, são marcados por um histórico de forte ligação com o *status social* do cargo ou da profissão. Logo, nesse modelo, o arranjo de segurança social tem um papel de baixo impacto redistributivo e equalizador. Dessa forma, é um instrumento poderoso de geração de lealdades para governos.

Nesse modelo, além disso, há uma outra prática recorrente: trata-se de aceitar – por causa da cultura cristã – uma forte participação das famílias como unidades provedoras de segurança, sobretudo de renda e de cuidados com crianças, idosos, doentes e pessoas com deficiência. Nesse modelo, o matrimônio é fortemente protegido, a viuvez sem trabalho é pouco protegida e predomina uma cultura, segundo a qual, é papel social da mulher atuar no ambiente doméstico de cuidados com os dependentes, sendo do homem o papel principal de trabalhar para prover a renda familiar. Não é à toa, portanto, que outros estudos que desenvolvem o argumento de Esping-Andersen chamam esse modelo de conservador e cristão, e incluem nele também a Áustria e, em parte, a Suíça, Portugal e a Espanha (Ebbinghaus, 2012). Assim, se vê uma junção histórica de três significativas experiências: a da política familiar das Igrejas Cristãs; do corporativismo trabalhista (público e privado); e do estatismo autoritário. A solidariedade, aqui, não é universal: é familiar e, quando muito, setorial. A estratificação social é marcante e a proteção em relação às crises econômicas é desigual.

3.3 O MODELO SOCIAL-DEMOCRATA

O terceiro modelo de segurança social tem como representantes exemplares a Dinamarca, Finlândia, Noruega e Suécia. Por isso é chamado, também, de “modelo nórdico ou escandinavo”.

A principal característica desse modelo é estabelecer a segurança social como direito e mobilizar a atuação direta e indireta de Estado, embora

não exclusiva, para prover acesso universal a serviços de saúde, de cuidados e de segurança de renda. Está assentado na ideia de que a coesão social cria o modelo mais eficiente e de menor custo individual para a segurança social. Esse também é um modelo fortemente centrado em políticas econômicas e tributárias, que visam baixos níveis de desemprego, elevada renda de trabalho e elevada carga tributária sobre atividades econômicas.

Pode causar estranheza à primeira vista, mas o objetivo principal desse modelo é ampliar liberdades individuais, pois se apoia em valores socialistas de igualdade, e valores liberais de autonomia individual, visíveis na organização da igualdade de gênero, de família como unidade afetiva – e não como unidade econômica – de Estado como ente formulador, prestador direto e indutor de políticas econômicas e sociais geradoras de pleno emprego, de estabilidade monetária, de produtividade do trabalho e de competitividade econômica. Nesse modelo, os cuidados com crianças, idosos e pessoas com deficiência não é responsabilidade direta das famílias e deve ter forte envolvimento de estruturas de Estado ou por ele subsidiadas.

Quanto ao mercado de trabalho, não adotam regimes de salário mínimo legal, mas regulam a institucionalização de negociação coletiva: sindicatos, nesse modelo, são protegidos como instituições sociais fundamentais para o êxito do modelo que equilibra a realização de direitos sociais e liberdades contratuais. Sendo assim, afasta-se da ideia de que a segurança social deve ser uma política apenas para aquelas pessoas que estão em situação econômica fragilizada. Em situações de crise, é o modelo mais resiliente e que melhor distribui a proteção igual para todos.

4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS MODELOS

Feita a descrição das principais características de cada um dos modelos de bem-estar de Esping-Andersen, podemos continuar com este

estudo analisando o direito constitucional, isto é, explorando como o direito constitucional dos países de Andersen protegem o arranjo institucional da segurança social. Junto vamos olhar para o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) desses países, a fim de saber se existe algum padrão ou mais correlação entre altos Índices de Desenvolvimento Humano e alto grau de regulação constitucional. Por fim, vamos ampliar a lista de países de Esping-Andersen para contemplar a análise do Brasil e de países semelhantes ao Brasil. Por isso, vamos analisar o caso dos BRICS e de um conjunto selecionado de outros países que, como o Brasil, recentemente tenham transitado de regimes autoritários para democracias e apresentam bons níveis de desenvolvimento humano. Por isso serão estudados também os casos do Chile, Argentina, México, Colômbia, Polônia, Argélia, Rússia, Índia, China e África do Sul. Ao todo, serão 20 casos:

- a) sete países das Américas (Canadá, EUA, México, Colômbia, Chile, Argentina e Brasil);
- b) sete da União Europeia (Noruega, Suécia, Alemanha, França, Itália, Espanha, Polônia);
- c) um da Eurásia (Rússia);
- d) um da África (África do Sul);
- e) dois da Ásia (China e Índia); e
- f) dois da Oceania (Austrália e Japão).

Vejamos, então, os resultados.

4.1 CONSTITUIÇÕES DE PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO DA AMÉRICA LATINA

1. Chile: em 2021, o Chile alcançou a 42ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,855, o que representa a melhor posição da América Latina e uma posição no grupo dos países com IDH muito alto (= ou > que 0,8).

O texto constitucional¹¹ chileno tem nove menções à *seguridad social* e a prevê como direito. Contudo, na linha do livre e igual acesso à proteção da saúde, seja no setor público ou privado, sob coordenação e controle do Estado. Ou seja, a prestação de serviços e benefícios de *seguridad social* é livre ao Estado e ao setor privado. É um texto bem simples que se limita a reconhecer a existência do igual direito de todos à segurança social. No modelo chileno, o direito à segurança social é protegido mais como liberdade de acesso e como direito à igual proteção (portanto, de não sofrer discriminação), do que como dever de Estado de prestá-lo. Um dever prestacional estatal inequívoco é o de regular a *seguridad social* por lei.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL		
Chile	0,855	Muito alto	42	1	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.

¹¹ Disponível em: <https://www.camara.cl>. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL
			Livre e igual acesso à proteção da saúde, seja no setor público ou privado.	9
			Direito a segurança social.	19
			Competência para a Lei regulamentar o direito à segurança social.	63,4; 65,4

2. Argentina: em 2021, a Argentina alcançou a 47ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,842, o que representa a segunda melhor posição na América Latina e uma posição no grupo dos países com IDH muito alto (= ou > que 0,8).

O texto constitucional¹² argentino tem quatro menções à *seguridad social* e estabelece o inequívoco dever estatal de oferecer proteção legislativa a esse direito. Prevê a competência do Congresso Nacional para legislar sobre *Seguridad Social* e às províncias, com diretrizes de que o tema deve ser administrado pelos interessados, com participação do Estado. A Carta da Argentina também qualifica esse direito como irrenunciável. Vai além e distingue o seguro social de outras formas de segurança social e estabelece a natureza *obligatória do seguro social*. Também estabelece tipos de prestações, modelo de gestão, tipos de benefícios, meios de gestão do seguro social, que deve ser gerido pelas partes interessadas, dentre as quais, o Estado. Mais especificamente, constitucionaliza o direito à aposentadoria, pensões e à proteção integral da família.

Além disso, é importante destacar que a Constituição da Argentina prevê que o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (entre outros documentos de direitos humanos), tem hierarquia supralegal, o que significa que, nesse país, o direito à segurança social é um direito constitucional e os direitos humanos têm hierarquia superior às leis.

¹² Ver: www.congreso.gob.ar. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO						
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL		
Argentina	0,842	Muito alto	47	2	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.
					Direito a benefícios de segurança social, de caráter integral e irrenunciável.	14 bis
					Competência para que as leis estabeleçam o seguro social obrigatório, a cargo de entidades nacionais e provinciais, a ser administrada pelos interessados, com participação do Estado.	14 bis
					Direito a aposentadorias e pensões, proteção integral da família.	14 bis
					Competência do Congresso Nacional para legislar sobre Seguridade Social.	67
					Pidesc (entre outros documentos de direitos humanos), tem hierarquia supralegal.	75

3. México: em 2021, o México alcançou a 86ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,758, o que representa a 15ª melhor posição na América Latina e uma posição no grupo dos países com IDH alto ($\geq 0,7 < 0,8$).

Em junho de 2011, o México realizou uma das mais importantes reformas do seu direito constitucional: reforçou a proteção e o reconhecimento dos direitos humanos, modificando, inclusive, o modo de ver os direitos fundamentais previstos na Constituição. Por isso, o Capítulo I passou a ser denominado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”.

A Carta mexicana¹³ tem 10 menções ao *derecho de seguridad social*. No texto constitucional estão previstos o direito à saúde, alimentação, à prestação de serviços de saúde, e ao meio ambiente saudável, além do direito de acesso a água potável e moradia. E, também, a previsão das bases mínimas de segurança social. A Carta prevê, ainda, a assistência social para menores infratores, que visa ressocializar e educar os jovens que cometem crimes.

Para garantir o cumprimento dos direitos constitucionais, o Estado mexicano tem algumas instituições e mecanismos de controle e avaliação. Um deles é o Conselho Nacional de Avaliação da Política de Desenvolvimento Social, que é um órgão autônomo e responsável por medir a pobreza, avaliar programas e emitir recomendações.

Outro mecanismo de garantia dos direitos constitucionais é a regulação dos salários mínimos. Os salários mínimos são estabelecidos pelo governo federal, com base em critérios técnicos e sociais, e devem ser suficientes para satisfazer as necessidades normais de um chefe de família.

Além disso, a Constituição mexicana também estabelece os deveres dos empregadores e dos servidores públicos em relação aos direitos dos trabalhadores. Por exemplo, os empregadores são responsáveis por acidentes e doenças ocupacionais dos trabalhadores, devendo indenizá-los conforme a lei, independentemente de contratarem por intermediários. Já os

¹³ Ver: www.diputados.gob.mx. Acesso em: 10 ago. 2023.

servidores públicos têm direito a bases mínimas de segurança social, que incluem benefícios como aposentadoria, pensão e assistência médica.

Por fim, a Constituição mexicana declara que o seguro social é de utilidade pública, e que é um serviço público que visa proteger as pessoas contra os riscos sociais, como doença, invalidez, velhice e morte.

					SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO	
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL		
México	0,758	Alto	86	15	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	Sim
					Síntese	Art.
					Assistência social para menores infratores.	8
					O Estado terá um Conselho Nacional de Avaliação da Política de Desenvolvimento Social, que será autônomo e responsável por medir a pobreza, avaliar programas e emitir recomendações. A lei estabelecerá a coordenação do órgão com as autoridades.	26, C
					Salários mínimos	123, a, VI
					Empregadores são responsáveis por acidentes e doenças ocupacionais dos trabalhadores, devendo indenizá-los conforme a lei, independentemente de contratarem por intermediários.	123, a, XIV
					Bases mínimas de segurança social para servidores públicos.	123, B 11
					Seguro social é de utilidade pública.	123, XXIX

4. Colômbia: em 2021, a Colômbia alcançou a 88ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,752, o que representa a 17ª melhor posição na América Latina e uma posição no grupo dos países com IDH alto ($\geq 0,7 < 0,8$).

O texto constitucional¹⁴ tem 13 menções à *seguridad social*. O direito constitucional estabelece que a Colômbia é um Estado Social de Direito e caracteriza a segurança social como direito irrenunciável e um serviço público de prestação obrigatória, porém, não exclusiva do Estado, mas sob a coordenação dele, que tem o dever de ampliar progressivamente sua cobertura. Criou, também, o dever estatal de assegurar as regras de sustentabilidade financeira do sistema, por isso proibiu desvios dos recursos da *seguridad social*. Além disso, prevê o direito universal à saúde e ao saneamento ambiental como obrigações do Estado, além da competência para o Estado organizar os serviços e fixar políticas públicas de saúde. Também encontramos o direito à proteção social pública a toda criança menor de um ano de idade, que não conte com proteção familiar adequada. A Constituição não descuida das relações clássicas entre direito do trabalho e segurança social, tanto que estabelece direitos fundamentais do trabalho urbano e rural e reconhece, entre outros, o direito à segurança social para trabalhadores, ou seja, integridade física, doença, falecimento, idade avançada etc. O texto prevê, também, o direito a proteção social mínima para servidores públicos. O texto transitório prescreve obrigação legislativa de regular a segurança social de emergência para o período de 3 anos, para as regiões afetadas por *aguda violência*.

¹⁴ Ver: www.secretariasenado.gov.co. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL		
Colômbia	0,752	Alto	88	17	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.
					Colômbia é um Estado Social de Direito.	1
					Segurança social é direito fundamental de crianças.	44
					Segurança social é direito de pessoas idosas.	46
					A segurança social é um direito irrenunciável, é serviço público obrigatório que deve ser prestado sob a direção, coordenação e controle do Estado, sujeito aos princípios da eficiência, universalidade e solidariedade. Pode ser prestada por entes públicos e privados. O Estado deve garantir a boa gestão do sistema de pensões.	48
					A assistência médica e o saneamento são serviços públicos estatais com acesso garantido a todos para a saúde.	49
					É responsabilidade estatal organizar, regular e monitorar os serviços de saúde e saneamento, seguindo princípios de eficiência, universalidade e solidariedade. A lei definirá papéis da Nação, entidades locais e indivíduos, incluindo contribuições. Os serviços de saúde serão descentralizados e envolverão a comunidade. A assistência básica de saúde será gratuita e obrigatória, e todos devem cuidar de sua saúde e da comunidade. O uso de substâncias narcóticas ou psicotrópicas é proibido, exceto por prescrição médica, com medidas preventivas e de reabilitação reguladas por lei e com consentimento informado do dependente.	49

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	AL
			O estatuto do trabalho (Lei) deve garantir seguridade social a trabalhadores.	53
			Estado deve garantir ambiente de trabalho saudável para pessoas com deficiência.	54
			Proteção social mínima a servidores públicos.	150, 19f
			Obrigação legislativa de regular a seguranc�a social de emergência para o período de 3 anos, para as regiões afetadas por aguda violência.	47 – Transi-t�ria

4.2 CONSTITUIÇÕES DO GRUPO DOS BRICS

5. Federação Russa: no ano de 2021 – antes do início da guerra contra a Ucrânia, iniciada em fevereiro de 2022 – a Rússia detinha a 52^a posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,822, o que representava a 1^a posição no grupo dos BRICS e uma posição no grupo dos países com IDH muito alto (= ou > que 0,8).

Quanto ao direito constitucional¹⁵, seis dispositivos fazem menção expressa   seguranc a social. O texto não indica que se trata de um direito, mas enfatiza que é algo a ser garantido pelo Estado. Estabelece a Federação Russa como um Estado social comprometido com a vida digna e o livre desenvolvimento das pessoas. Prevê proteção do trabalho e da saúde, do salário mínimo, apoio   família, maternidade, paternidade, infância, cidad es deficientes e idosos, desenvolvimento de serviç os sociais e estabelecimento de pensões e garantias de seguranc a social pelo Estado; também prescreve que todos devem ter a proteção da seguranc a social em caso de idade avançada, doenç a, deficiência, falecimento do provedor da família, para

¹⁵ Versão em inglês, disponível no *site* do Governo da Rússia, Constituição, leis e estatutos, em: www.archive.government.ru. Acesso em: 10 ago. 2023.

a educação de crianças e outros casos a serem previstos em lei, tanto por meio de benefícios e serviços estatais, quanto por esquemas privados de seguro social. Ainda prevê que a Federação Russa deve implementar ações coordenadas em assistência médica, proteção da família, maternidade, paternidade e infância, proteção social, inclusive segurança social, e também deve implementar uma política uniforme de educação, saúde e segurança social.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO						
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS		
Rússia	0,822	Muito alto	52	1	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.
					Estabelece a Federação Russa como um Estado social comprometido com a vida digna e o livre desenvolvimento das pessoas. Prevê proteção do trabalho e da saúde, salário mínimo, apoio à família, maternidade, paternidade, infância, cidadãos deficientes e idosos, desenvolvimento de serviços sociais e estabelecimento de pensões e garantias de segurança social pelo Estado.	7
					Todos devem ter a garantia da segurança social, em caso de idade avançada, doença, deficiência, falecimento do provedor da família, para a educação das crianças e outros casos previstos em lei, tanto por meio de prestações estatais, quanto por esquemas privados de seguro social.	39

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS	
				A Federação Russa deve implementar ações coordenadas em assistência médica; proteção da família, maternidade, paternidade e infância, proteção social, inclusive previdência social.	72, 1-j
				A Federação Russa deve implementar uma política uniforme de educação, saúde e segurança social.	114, 1-c

6. China: em 2021, a China alcançou a 79ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com o IDH = 0,768, o que representa a 2ª melhor posição no grupo dos BRICS e uma posição no grupo dos países com IDH alto ($\geq 0,7 < 0,8$).

Quanto ao direito constitucional¹⁶, o texto tem apenas uma referência à segurança social, referindo-se a isso como sistema e não como direito. Dessa maneira, a China se autodenomina como Estado socialista de direito e economia socialista de mercado, com um texto constitucional que impõe a obrigação estatal de estabelecer e assegurar um sistema de segurança social compatível com o nível de desenvolvimento econômico da China. Quanto aos serviços e benefícios relacionados à segurança social, notamos a concentração de responsabilidades no âmbito estatal e conexão com o tema do desenvolvimento. O texto estabelece o dever estatal de promover serviços de atenção médica e de saúde em geral, tanto a medicina moderna quanto a tradicional. Esse dever alcança também o ambiente de trabalho, cujas condições de saúde devem ser protegidas pelo Estado. A gestão dos serviços de saúde pode ser descentralizada para as comunidades locais. O texto constitucional prevê o direito de assistência material pelo Estado em caso de idade avançada ou de doença, sem qualquer referência a regimes

¹⁶ Ver: www.basiclaw.gov.hk/en/constitution/. Acesso em: 10 ago. 2023.

de seguro ou necessidade de pagamento para ter a acesso a esses bens e serviços.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS	
China	0,768	Alto	79	2	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional? sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais? não
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? sim
					Síntese Art.
					Estado socialista de direito. 1; 5
					O Estado deve estabelecer um sistema de segurança social sólido e compatível com o nível de desenvolvimento econômico. 14
					O Estado deve proteger a saúde pública por meio do desenvolvimento de assistência médica, incluindo medicina moderna e tradicional, apoiando várias instituições de saúde e promovendo atividades de saúde pública. 21
					Os cidadãos têm o direito à assistência material quando idosos, doentes ou incapazes de trabalhar. O Estado fornecerá seguro social, assistência social e serviços médicos para garantir esse direito. 45

7. Brasil: em 2021, o Brasil alcançou a 87ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,754, o que representa a 3ª melhor posição no grupo dos BRICS, a 16ª posição na América Latina e uma posição no grupo dos países com IDH alto ($\geq 0,7 < 0,8$).

O texto constitucional¹⁷ sobre segurança social do Brasil é o mais detalhado dentre os 20 países aqui analisados, mas não existe menção expressa à “segurança social” como um direito. Contudo, a *seguridade social* aparece 26 vezes no texto, ou seja, o Brasil adotou uma versão espanhola do termo *segurança social*. Quanto aos temas básicos do direito à segurança social, a saúde é referida 77 vezes, o seguro social é referido como previdência social por 64 vezes e a assistência social é referida por 15 vezes. No regime do Brasil, tanto a saúde, como o seguro social e a assistência social são afirmados como direitos.

Há duas passagens em que a segurança social pode ser encontrada no texto constitucional do Brasil: numa, o texto se refere ao direito fundamental à *segurança* como um dos direitos sociais fundamentais. Na outra, o dispositivo estabelece que a *seguridade social* é um arranjo institucional e de políticas públicas destinado a *assegurar* o direito à saúde, à assistência social e à previdência social. O Brasil não adotou expressamente o termo “segurança social” no texto da Constituição, mas incorporou todos os padrões mínimos afirmados pela Convenção 102/1952, da OIT e os incorporou como direitos fundamentais.

Coerentemente, com uma posição jurídica forte, o texto constitucional específica, com muitos detalhes, os bens que devem ser *assegurados* pela *seguridade social*. A Carta brasileira estabelece objetivos, direitos, titularidade para direitos e deveres, específica serviços de saúde e de assistência social e benefícios de seguro social e de assistência social. A Carta também estrutura as instituições básicas que devem garantir a realização dos objetivos constitucionais da *seguridade social*, notadamente o Sistema Único de Saúde, os regimes (geral e próprio) de seguro social, a livre atuação do setor privado, em caráter complementar, no sistema de saúde, no sistema de aposentadorias e pensões e na assistência social. Também

¹⁷ Ver: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

especifica os meios de financiamento das atividades da seguridade social – com muitos detalhes sobre as fontes diretas e indiretas – dentre as quais, receitas tributárias exclusivas da seguridade social, percentuais mínimos que devem ser alocados em saúde, a fonte exclusiva de receitas tributárias da previdência social, os valores mínimos que devem ser pagos como benefícios de assistência social a idosos e pessoas com deficiências em situação de pobreza, além de regras detalhadas de elaboração do orçamento público da seguridade social, que, aliás, foi separado do orçamento fiscal do Estado.

					SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO	
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS		
Brasil	0,754	Alto	87	3	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	não
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.
					Segurança como direito social fundamental, junto com previdência social, saúde, assistência a desamparados.	6
					Orçamento da seguridade social.	165 § 5º, 195 § 2º, 204
					Receitas tributárias a serem aplicadas em previdência social.	167, XI
					Seguridade social formada por direito à saúde, assistência social e previdência social. Objetivos estruturantes.	194
					Regulação detalhada das formas de financiamento do arranjo institucional da seguridade social.	195

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS	
				Limites mínimos a serem investidos em saúde, pela União e Estados.	198 § 2º, I, II
				Livre iniciativa em saúde.	199
				Livre iniciativa em previdência social.	202
				Regulação detalhada do arranjo institucional e do âmbito de proteção da saúde, previdência social e assistência social.	40, 196, 201, 203

8. África do Sul: em 2021, a África do Sul alcançou a 109ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,713, o que representa a 4ª melhor posição no grupo dos BRICS e uma posição no grupo dos países com IDH alto ($\geq 0,7 < 0,8$).

Em relação ao direito constitucional¹⁸, a Constituição da África do Sul refere-se apenas duas vezes à segurança social, porém, como direito. Além disso, estabelece o direito a um meio ambiente que não seja prejudicial à saúde e especifica o direito de todos ao acesso a serviços de saúde, inclusive saúde reprodutiva; alimentação e água; e segurança social se não puderem sustentar a si mesmos e a seus dependentes, junto com assistência social. Especificamente, estabelece o direito a pensões para trabalhadores do setor público. O texto fixa que o Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas, de acordo com os recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva desses direitos. Prevê, ainda, o direito a serviços básicos de saúde, moradia básica, nutrição básica e serviços sociais básicos para todas as crianças. Além disso, prevê a criação de uma Comissão Sul-Africana para Direitos Humanos (SAHRC) e lhe confere competências regulatórias,

¹⁸ Ver: www.concourt.org.za/index.php/constitution/the-text. Acesso em: 10 ago. 2023.

administrativas e fiscalizatórias do respeito, proteção e promoção a direitos humanos.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO						
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS		
África do Sul	0,713	Alto	109	4	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
					Síntese	Art.
					Meio ambiente que não seja prejudicial à saúde.	24, a
					Assistência médica, alimentação, água e segurança social. Todos têm o direito de acesso a serviços de saúde, inclusive saúde reprodutiva; alimentação e água suficientes; e seguridade social, inclusive, se não puderem sustentar a si mesmos e a seus dependentes, assistência social adequada. O Estado deve tomar medidas legislativas e outras medidas razoáveis, dentro de seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva de cada um desses direitos. Não se pode recusar tratamento médico emergencial a ninguém.	27
					Direito a serviços básicos de saúde, moradia básica, nutrição básica e serviços sociais básicos para todas as crianças.	28, 1, c
					Meio ambiente saudável.	152, d
					Comissão Sul-Africana para Direitos Humanos (SAHRC).	184
					Pensões para servidores públicos.	197, 2

9. Índia: em 2021, a Índia alcançou a 132ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,633, o que representa a pior posição no grupo dos BRICS e uma posição no grupo dos países com IDH médio ($\geq 0,6 < 0,7$).

Quanto ao texto constitucional¹⁹, há apenas uma referência à segurança social, não como direito, mas como tema de competência legislativa compartilhada entre os entes federados para implementar políticas públicas. Notamos o dever do Estado de promover o bem-estar e uma ordem social com justiça social e seu dever de reduzir as desigualdades de renda; também há o dever de o Estado tratar como prioridade a elevação do nível de nutrição, dos padrões de vida dos indianos e aprimorar os serviços de saúde. O texto constitucional fixa, ainda, a diretriz para que as políticas públicas assegurem meios para que todas as crianças possam ter oportunidades e facilidades para se desenvolver de maneira saudável, com liberdade e com dignidade.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO						
País	IDH (2021)	Nível	Mundo	BRICS		
Índia	0,633	Médio	132	5	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
					A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	não
					Síntese	Art.
					Dever do Estado de promover o bem-estar numa ordem social com justiça social e reduzir as desigualdades de renda e <i>status</i> .	38, 1 e 2
					Dever de o Estado priorizar políticas de elevação do nível de nutrição, dos padrões de vida dos indianos e aprimorar os serviços de saúde.	47
					Dever do Estado de criar políticas públicas que assegurem os meios para que todas as crianças possam ter oportunidades e facilidades para se desenvolver de uma maneira saudável, com liberdade e com dignidade.	Art. 38, f

¹⁹ Ver: www.legislative.gov.in/constitution-of-india/. Acesso em: 10 ago. 2023.

4.3 CONSTITUIÇÕES DO MODELO CORPORATIVO E CONSERVADOR

10. Alemanha²⁰: a Alemanha é indicada por Esping-Andersen como o caso exemplar do modelo corporativo e conservador. Em 2021, a Alemanha alcançou a 6ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)²¹, a 9ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,942, e uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

Quanto ao texto constitucional, há duas referências à segurança social, não como direito, mas como tema de competência legislativa compartilhada entre os entes federados para implementar políticas públicas e como dever estatal de cobrir os custos de segurança social de pessoas desempregadas por causa de guerra. A Constituição estabelece a diretriz geral de que a Alemanha deve ser um Estado *social* que não permite a violação da *dignidade* das pessoas e essa diretriz alcança as políticas sociais e pisos mínimos de segurança social para todos. A par disso, o texto prevê competência concorrente entre os entes federados para legislar sobre bem-estar, exceto casos de assistência social, e sobre o direito à saúde e segurança de trabalhadores, segurança social, seguro-desemprego, inclusive administração de instituições de seguro social, além de ajuda financeira a entes subnacionais para viabilizar o programa de moradia social. Portanto, além da diretriz geral de que a Alemanha é um *Estado social*, a Carta estabelece a obrigação estatal de proteger, por leis específicas, a saúde, a assistência social e seguro social. Um direito constitucional especial nesse tema é o que prevê regras de

²⁰ Ver: www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/. Acesso em: 10 ago. 2023

²¹ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

indenização, inclusive mediante pagamento de pensões, seguro-desemprego e assistência a pessoas afetadas por guerras de ocupação.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Alemanha	0,942	Muito alto	9	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
				Síntese	Art.
				A Alemanha é um estado social e não permite violação da dignidade da pessoa humana.	1º e 20
				Competência concorrente para legislar sobre bem-estar (exceto casas de assistência social).	74, 7
				Competência para legislar sobre legislação trabalhista, inclusive a organização de empresas, saúde e segurança ocupacional e agências de emprego, bem como segurança social, e seguro-desemprego.	74, 12
				Critérios de administração federal de instituições de seguro social.	87, 2
				Regras de indenização e pagamento de pensões, seguro-desemprego e assistência a desempregados por causa de guerra.	120, 1
				Assistência financeira do governo central para os Länder e municípios (associações de municípios) para moradias sociais.	104, d

11. França: em 2021, a França alcançou a 16ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)²², a 28ª posição mundial em termos de

²² O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

desenvolvimento humano, com IDH = 0,903, o que representa uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

Em relação ao direito constitucional²³, o texto apresenta nove referências à segurança social, reconhecendo sua condição de direito. A Constituição francesa estabelece que a França é uma República democrática e social e, em vários dispositivos, prevê a obrigação estatal de proteger, por via legislativa, o direito à segurança social, as diretrizes do equilíbrio financeiro do sistema de segurança social, além de prever regras especiais de procedimento para votação de leis sobre orçamento do sistema de segurança social, junto com diretrizes para o controle de contas. Por fim, na Carta dos direitos ambientais, de 2004, podemos ler o direito de viver num ambiente equilibrado que respeite o direito à saúde.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
França	0,903	Muito alto	28	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
				Síntese	Art.
				A França é uma república democrática e social.	1
				Obrigação estatal de proteção legislativa da segurança social, diretrizes do equilíbrio financeiro do sistema, além de regras especiais de votação de leis sobre orçamento e controle de contas das políticas de segurança social.	34, 39, 42 47, 48, 49
				Direito de viver num ambiente equilibrado e respeitoso da saúde.	Carta Dir. Ambientais

²³ Ver: www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution. Acesso em: 10 ago. 2023.

12. Itália: em 2021, a Itália alcançou a 18ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)²⁴ e a 30ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,895, o que representa uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

Em relação ao texto constitucional²⁵, nenhum dispositivo menciona a segurança social. Dessa maneira, merecem destaque o princípio da igual dignidade social de todos; o direito à assistência social aos desprovidos de meios necessários para viver, bem como aos incapazes de trabalhar. Além disso, o direito de todos os trabalhadores à segurança quanto a meios de vida em caso de infortúnio, doença, invalidez, idade avançada e desemprego involuntário. O texto constitucional também prevê a competência do Estado (não das regiões), para estabelecer os níveis essenciais de prestações sociais que devem ser garantidos em todo o território nacional, e a competência para que legislem sobre seguro social que, como no Brasil, também é chamado de previdência social. A Carta também autoriza o governo central a transferir recursos a Comunas específicas, se for necessário, para realizar objetivos de solidariedade social e de coesão social.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	
Itália	0,895	Muito alto	30	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional? sim
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais? sim
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? sim
			Síntese	Art.

²⁴ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

²⁵ Ver: www.cortecostituzionale.it/. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			Princípio da igual dignidade social de todos. 3
			Reconhece a saúde como direito fundamental do indivíduo e gratuidade aos indigentes. 32
			Direito à assistência social aos desprovidos de meios necessários para viver, bem como aos incapazes de trabalhar. 38
			Direito aos trabalhadores de segurança quanto aos meios de vida em caso de infortúnio, doença, invalidez, idade avançada e desemprego involuntário. 38
			Competência do Estado (não das regiões) para estabelecer os níveis essenciais de prestações sociais que devem ser garantidos em todo o território nacional, e a competência para legislar sobre previdência social e previdência complementar. 117, m, o
			Governo central pode transferir recursos as Comunas para realizar objetivos de coesão social e solidariedade social. 119

13. Espanha²⁶: a Espanha não está na lista oficial de Esping-Andersen, porém, a literatura evidencia que este país tem um modelo corporativo e conservador (Ebbinghaus, 2012). Em 2021, a Espanha alcançou a 15ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)²⁷ e a 27ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,905, o que a coloca no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

O texto da Constituição espanhola tem quatro menções à segurança social (*seguridad social*), embora em nenhuma delas mencione, expressamente, que se trata de um direito. Assim, são importantes os dispositivos que estabelecem a Espanha como um Estado Social e democrático de direito e

²⁶ Ver: www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion. Acesso em: 10 ago. 2023

²⁷ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

que o Estado deve manter um regime público de segurança social para todos os cidadãos, garantindo assistência e prestações suficientes em caso de necessidade, especialmente em caso de desemprego.

No regime constitucional espanhol, a segurança de renda vem articulada com diretrizes de política econômica e as autoridades públicas devem promover condições favoráveis ao progresso social e econômico com distribuição equitativa da renda regional e pessoal, sem prejuízo da política de estabilidade econômica. A propósito, o texto determina que as políticas econômicas busquem realizar objetivos de pleno emprego.

O Estado também deve organizar a saúde pública e tem o dever de assegurar proteção social às famílias e proteger trabalhadores espanhóis que vivem no exterior. Os condenados a penas de prisão têm regra específica na Constituição que lhes assegura um trabalho remunerado e também benefícios sociais. A Carta também atribui, ao Estado espanhol, o dever de assegurar pensões adequadas e suficientes junto com um sistema de serviços públicos especiais para pessoas com idade avançada, embora envolva as famílias como corresponsáveis nesse tema.

A Espanha também estabeleceu o direito de participação da sociedade civil na gestão das instituições incumbidas de realizar a *seguridad social*. Quanto às responsabilidades de entes subnacionais, a Carta autoriza as comunidades autônomas a legislar sobre saúde e assistência social, embora reserve, ao governo central, a competência sobre a legislação básica e sobre o regime econômico da *seguridad social*, sem prejuízo de descentralizar a execução de serviços.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Espanha	0,905	Muito alto	27	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	sim

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais? não
			A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? sim
			Síntese Art.
			A Espanha é um Estado Social. 1,1
			Direito ao trabalho remunerado e a benefícios de seguridade social a condenados a penas de prisão. 25, 2
			Dever dos poderes públicos de assegurarem a proteção social da família. 39, 1
			As autoridades públicas devem promover condições favoráveis ao progresso social e económico e distribuição mais equitativa da renda regional e pessoal, dentro da estrutura de uma política de estabilidade económica. Devem buscar uma política de pleno emprego. 40
			Dever do Estado de manter um regime público à segurança social para todos os cidadãos, que garanta assistência e prestações sociais suficientes ante situações de necessidade, especialmente em caso de desemprego. 41
			Dever do Estado de garantir proteção social a trabalhadores espanhóis que estão no exterior. 42
			Direito constitucional à proteção da saúde e dever estatal de organizar e proteger a saúde pública, por meio de medidas preventivas e dos serviços e instalações necessários. 43

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			Dever do Estado de garantir pensões adequadas e suficientes, além de um sistema de serviços públicos especiais para pessoas com idade avançada.
		50	
			Garante livre participação da sociedade civil na seguridade social e na gestão de órgãos públicos com responsabilidades afins.
		129	
			Autoriza comunidades autônomas a legislar sobre saúde e assistência social.
		148, 20-21	

14. Polônia²⁸: a Polônia não está na lista oficial de Esping-Andersen, porém, a literatura a classifica como um país que tem um modelo corporativo e conservador (Ebbinghaus, 2012). Em 2021, a Polônia alcançou a 22^a posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)²⁹, e a 34^a posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,876, o que a coloca no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

Relativamente ao texto, a Carta Constitucional tem quatro menções à segurança social, com reconhecimento de que se trata de um direito. A Polónia adota um texto detalhado para o tema da segurança social. Em primeiro lugar, todos os trabalhadores têm o direito à igual proteção da segurança social. Além disso, os cidadãos que, por motivos de doença, invalidez, idade avançada, desemprego involuntário ou que estejam sem meios de subsistência, têm direito a benefícios econômicos. No que diz respeito à saúde, a Constituição garante a todos o direito à proteção da saúde, independentemente de classe

²⁸ Ver: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>. Acesso em: 10 ago. 2023.

²⁹ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

social, e prevê o financiamento público para garantir a igualdade no acesso a serviços de saúde. Além disso, há uma atenção especial a grupos vulneráveis, como crianças, mulheres grávidas, pessoas com deficiência e idosos, que têm o direito a serviços públicos de saúde específicos. Pessoas com deficiência devem receber proteção especial de acordo com a Constituição, assegurando que suas necessidades específicas sejam atendidas. A família é valorizada e protegida, com disposições que estabelecem a especial proteção social da família. Finalmente, a Constituição Polonesa reconhece o direito de assistência social para crianças que foram privadas dos cuidados de seus pais, garantindo que o Estado assuma a responsabilidade pelo bem-estar dessas crianças e estabelece que o Estado tem o dever de prevenir consequências negativas para a saúde, devido à degradação ambiental.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Polônia	0,876	Muito alto	34	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	sim
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
				Síntese	Art.
				Direito à igual proteção da segurança social para todos os trabalhadores.	33, 2
				Direito a benefícios econômicos para todo cidadão que for incapacitado para o trabalho, por razões de doença, invalidez ou idade avançada, como também para os cidadãos desempregados involuntariamente, e sem meios de subsistência.	67, 1-2
				Direito de todos à proteção da saúde, com regras particularmente detalhadas sobre o direito à igual proteção da saúde para todos, com financiamento público	68, 1-5

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			Direito de proteção especial às pessoas com deficiência. 69
			Direito à especial proteção social da família. 71, 1-2
			Direito de assistência social para crianças privadas de cuidados de seus pais. 72, 2

4.4 CONSTITUIÇÕES DO MODELO SOCIAL-DEMOCRÁTICO

15. Noruega³⁰: em 2021, a Noruega alcançou a 1ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)³¹ e a 2ª melhor posição mundial, com IDH = 0,961, o que a coloca no grupo de IDH muito alto ($\geq 0,8$).

Apesar da elevada posição em termos de desenvolvimento humano, a Noruega adota um texto constitucional simples em relação à segurança social. Destaque vai para os dispositivos que prescrevem a competência do *Storting* (Parlamento Norueguês), de revisar as listas provisórias de salários e pensões e fazer quaisquer alterações que considere necessárias. Além dessa referência, as autoridades foram incumbidas de criar condições para que as crianças possam desfrutar de segurança social e de segurança de suas condições de saúde e, por fim, o direito a um meio ambiente que favoreça a saúde.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
Noruega	0,961	Muito alto	2
			O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional? sim

³⁰ Ver: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17>. Acesso em: 10 ago. 2023.

³¹ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais? não
			A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? não
			Síntese Art.
			Estabelece competência do <i>Storting</i> , o parlamento norueguês, de revisar as listas provisórias de salários e pensões e fazer quaisquer alterações que considere necessárias. 75, i
			As autoridades do Estado devem criar condições que facilitem o desenvolvimento da criança, incluindo a garantia de que a criança tenha a segurança econômica, social e de saúde necessária, preferencialmente em sua própria família. 104
			Todas as pessoas têm direito a um meio ambiente que seja propício à saúde e a um ambiente natural cuja produtividade e diversidade sejam mantidas. 112

16. Suécia³²: a Suécia é o paradigma do modelo social-democrático de *welfare state* para a classificação de Esping-Andersen. Em 2021, alcançou a 4ª posição no Espaço Econômico Europeu (EEE)³³ e a 7ª posição mundial em desenvolvimento humano, com IDH 0,947, o que a coloca numa posição dentre os países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

A Suécia tem quatro leis fundamentais que, juntas, compõem sua Constituição: o Instrumento de Governo (1974); a Lei da Sucessão do Trono

³² Ver *site* do Parlamento em: www.riksdagen.se. Acesso em: 10 ago. 2023.

³³ O Espaço Econômico Europeu (EEE) foi criado em 1994 para alargar as regras do mercado interno da União Europeia a países da Zona Europeia de Comércio Livre (EFTA). Assim, além dos 27 países da União Europeia, o EEE inclui também a Noruega, a Islândia e o Liechtenstein. Mais detalhes em: www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/169/the-european-economic-area-eea-switzerland-and-the-north. Acesso em: 10 ago. 2023.

(1810); a Lei sobre a Liberdade de Imprensa (1949); e a Lei Fundamental sobre a Liberdade de Expressão (1991).

Na Lei sobre o Governo, vemos o princípio de que o Poder Público deve ser exercido com respeito ao igual valor de todas as pessoas, bem como o respeito à liberdade e dignidade de cada pessoa singular. Também lemos o objetivo geral de que todas as políticas públicas devem visar o bem-estar pessoal, econômico e cultural do indivíduo e que o poder público deve assegurar o direito ao trabalho, à habitação e à educação, como também promover assistência social, segurança e boas condições de saúde. A Suécia protege e regula os acordos coletivos de trabalho, por isso que a Lei sobre o Governo estabelece que sindicatos ou associações de trabalhadores ou empregados têm o direito de realizar acordos coletivos. Como ocorre com a Noruega, não há menção expressa ao direito à segurança social.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo	
Suécia	0,947	Muito alto	7	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional? não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais? não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? não
				Síntese Art.
				O Poder Público deve ser exercido com respeito ao igual valor de todas as pessoas, bem como a liberdade e a dignidade de cada pessoa singular. 2
				Todas as políticas públicas devem visar o bem-estar pessoal, econômico e cultural do indivíduo, como objetivos fundamentais, e o poder público deve assegurar o direito ao trabalho e à habitação e educação, bem como promover assistência social e segurança. 2
				Sindicatos ou associações de trabalhadores ou empregados são titulares do direito de realizar acordos coletivos. 14

4.5 CONSTITUIÇÕES DO MODELO LIBERAL

17. Austrália: em 2015 a Austrália alcançou a 5ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH = 0,951, o que representa a melhor posição no grupo dos países que adotam o modelo liberal, o que lhe assegura uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

O quadro legislativo, político e administrativo da segurança social na Austrália compreende o *Social Security Act*, de 1991 (Cth), o *Social Security Administration Act* (Administração) de 1999 (Cth) e o *Social Security Act*, também de 1999, relativo a acordos internacionais. Nada, porém, está previsto no direito constitucional³⁴. Há apenas cinco direitos individuais explícitos na Constituição australiana: são o direito de voto (art. 41); a proteção contra a aquisição de bens em condições injustas (Seção 51 – XXXI); o direito a um julgamento por júri (Seção 80); a liberdade de religião (Seção 116); e a proibição de discriminação com base no Estado em que alguém reside (Seção 117).

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Australia	0,951	Muito alto	5	O termo “Segurança Social” está, explicitamente, no texto constitucional?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	não
				Síntese	Art.
				Nenhum dispositivo relativo à segurança social.	_

³⁴ Ver: www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution. Acesso em: 10 ago. 2023.

18. Estados Unidos: em 2021, os EUA alcançaram a 21ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com o conceito IDH=0,921. Esse resultado assegura-lhe uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

O caso dos Estados Unidos é paradigmático do modelo liberal à segurança social, segundo a teoria de Esping-Andersen. Porém, tem um regime de direito constitucional federal que não menciona qualquer segurança social³⁵.

É longo o debate judicial nos EEUU, a fim de explorar se haveria, ou não, um direito implícito à saúde, derivado do direito à vida. Os Tribunais Federais trazem vasta jurisprudência³⁶ a respeito.

Estudos recentes revelam que não é desprezível o número de Estados americanos que já estabeleceram o direito à saúde em constituições estaduais, em pleno exercício da competência para legislar sobre direitos constitucionais que é dada pela IX Emenda, denominada de Cláusula dos direitos constitucionais não enumerados (no texto federal). Assim, sabemos que o direito constitucional à saúde existe em 14 Estados americanos: Alabama; Alaska; Arkansas; Hawaii; Illinois; Louisiana; Michigan; Mississipi; Missouri; Montana; New York; Carolina do Norte; Carolina do Sul; e Wyoming (Leonard, 2010).

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
EUA	0,951	Muito alto	5	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não

³⁵ Ver: www.constitution.congress.gov/constitution/. Acesso em: 10 ago. 2023

³⁶ Ver os casos *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs v Von Eschenbach* (495 F.3d 695, 697.D.C. Cir 2007), *Gonzales v. Raich*, 545 EUA 1 (2005), *Randy E. Barnett, Scrutiny Land* (106 MICH. L. REV. 1479, 2008), *Dandridge v. Williams*, 397 U.S. 471, 487 (1970).

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo
			A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas? não
		Síntese	Art.
		nenhum dispositivo relativo à segurança social.	-

19. Canadá: em 2021, o Canadá alcançou a 15ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com IDH=0,936, o que assegura uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

O Canadá é um caso interessante de modelo liberal, porque tem um texto constitucional que não prevê segurança social, mas o mesmo texto prevê o mecanismo das ações afirmativas.

O direito constitucional³⁷ canadense prevê, em duas situações, o dever de ação afirmativa por parte do Estado. No primeiro caso, como ação subsidiária à liberdade de buscar trabalho e, no segundo, como mecanismo para reduzir desigualdades. Assim, a Carta Canadense de Direitos e Liberdades estabelece que, a despeito da liberdade individual de procurar os meios de vida, tais liberdades não conflitam com políticas afirmativas que visam melhorar as condições de vida de indivíduos de uma província que se encontre em situação social ou econômica desfavorecida, sempre que a taxa de emprego na província esteja abaixo da média do Canadá. Além dessa situação de enfrentamento do desemprego e da insegurança de renda, a mesma Carta de Direitos e Liberdades trata do direito à igualdade, estabelecendo que o direito a não discriminação não conflita com políticas afirmativas destinadas a melhorar as condições de pessoas ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em situação de desvantagem por causa da raça, origem, cor, religião, sexo, nacionalidade, etnia, idade, deficiência mental ou física.

³⁷ Ver: www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html. Acesso em: 10 ago. 2023.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO

País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Canadá	0,936	Muito alto	15	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	sim
				Síntese	Art.
				Nenhum dispositivo relativo à segurança social.	–
				Ações Afirmativas da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, para indução de empregabilidade.	Seção 6 (4)
				Ações Afirmativas da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, para melhorar as condições dos indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em situação de desvantagem por causa da raça, origem, cor, religião, sexo, nacionalidade, étnica, idade, deficiência mental ou física.	Seção 15, § 2º

20. Japão: em 2021, o Japão alcançou a 19ª posição mundial em termos de desenvolvimento humano, com o IDH = 0,925, o que lhe assegura uma posição no grupo dos países com IDH muito alto ($\geq 0,8$).

O Japão tem um texto constitucional³⁸ bastante enxuto em termos de direitos sociais. E em relação à segurança social, encontramos um dispositivo bem direcionado que estabelece o direito de todos a uma vida culta e saudável, além de o dever do Estado de promover e expandir o bem-estar social, a segurança e a saúde pública. Há outros dois que estabelecem diretrizes para o trabalho. Num dispositivo, a Carta prevê que os padrões de salários, horas, descanso e outras condições de trabalho sejam fixados por

³⁸ Ver: <https://japan.kantei.go.jp>. Acesso em: 10 ago. 2023.

lei e que as crianças não devem ser exploradas pelo trabalho. Em outro, a Carta japonesa assegura o direito de organização coletiva dos trabalhadores. Por fim, há um dispositivo que se refere à educação ordinária das crianças, reconhecida como uma obrigação dos adultos e do Estado, que deve prever legislação especial a respeito.

SEGURANÇA SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO					
País	IDH (2021)	Nível	Mundo		
Japão	0,925	Muito alto	19	O termo "Segurança Social" está, explicitamente, no texto constitucional?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como direito universal à segurança de renda, de saúde e a cuidados pessoais?	não
				A segurança social está, claramente, no texto constitucional como bem jurídico a ser protegido pelo Estado, por leis ou políticas públicas?	não
				Síntese	Art.
				Direito de todos a uma vida culta e saudável, e o Estado deve promover e expandir o bem-estar social, a segurança, bem como a saúde pública.	25
				Educação ordinária das crianças é uma obrigação dos adultos e do Estado, que deve prever legislação especial a respeito.	26
				Padrões de salários, horas, descanso e outras condições de trabalho devem ser fixados por lei e que as crianças não devem ser exploradas pelo trabalho.	27
				Direito de organização coletiva dos trabalhadores.	28

5 CONCLUSÕES E CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma avaliação da evolução recente do direito à segurança social, a partir do sistema internacional de direitos humanos, do direito constitucional dos 20 países aqui selecionados e dos mais recentes Índices de Desenvolvimento Humano (2021), revelou que é recorrente a segurança social aparecer nos

textos constitucionais, com e sem a referência expressa de sua condição de direito.

Dentre os casos analisados, 16 países (80%) adotam o termo “segurança social” no texto constitucional, alguns exemplos: Argentina; Brasil; China; Chile; Colômbia; Espanha; França; Itália; Polônia; Rússia; e África do Sul.

Quando buscamos o tipo de regime constitucional para esse tema, notamos que alguns países afirmam o “direito à segurança social”, sem dar detalhes sobre seu conteúdo no texto constitucional, transferindo essa função às leis. Esse é o caso de dois países (10%), o Chile e a França.

Muitos outros optaram por detalhar o conteúdo mínimo do direito à segurança social no próprio texto constitucional: saúde; seguro social; e assistência social. É o caso de nove países (45%): Argentina; Brasil; China; Colômbia; Espanha; Itália; Polônia; Rússia; e África do Sul. Um caso especial, nesse grupo, é o Brasil que, sem adotar explicitamente o termo “direito à segurança social”, detalha na Constituição, o conteúdo mínimo da segurança social e o faz atribuindo à saúde, ao seguro social e à assistência social a condição de direitos sociais fundamentais. Além disso, o Brasil unificou esses direitos sob o mesmo termo adotado pelo Chile, Argentina, Colômbia, México e Espanha, ou seja, *seguridad social*. É um curioso e estranho caso de um país de língua portuguesa que opta por um vocábulo estrangeiro, quando deveria adotar o termo “segurança social”, tal como prevê o compromisso assumido ao ratificar o Pidesc e seu art. 9º.

País	Regime constitucional da segurança social
Argentina	Direito Constitucional detalhado
Brasil	Direito Constitucional detalhado
Colômbia	Direito Constitucional detalhado
Rússia	Direito Constitucional detalhado
China	Direito Constitucional detalhado
África do Sul	Direito Constitucional detalhado

País	Regime constitucional da segurança social
Itália	Direito Constitucional detalhado
Espanha	Direito Constitucional detalhado
Polônia	Direito Constitucional detalhado

Além disso, dentre os países que decidiram constitucionalizar a segurança social, alguns evitaram dar-lhe o *status* de direito, optando por atribuir-lhe o caráter de bem jurídico relevante, para o qual o Estado deve mobilizar leis, recursos, estruturas e políticas para assegurar sua realização. É o caso de cinco países (25%): Alemanha; Canadá; Índia; Japão; e México.

País	Regime constitucional da segurança social
México	Bem jurídico a ser protegido
Índia	Bem jurídico a ser protegido
Alemanha	Bem jurídico a ser protegido
Canadá	Bem jurídico a ser protegido
Japão	Bem jurídico a ser protegido

Apenas seis países (30%) deixaram de registrar a segurança social no texto constitucional, seja como direito, seja como bem jurídico relevante: Estados Unidos; Canadá; Austrália; Japão; Suécia; e Noruega. Contudo, mesmo aqui nesse grupo há dois casos especiais: o Japão; e o Canadá.

País	Regime constitucional da segurança social
Noruega	Sem referências à segurança social
Suécia	Sem referências à segurança social
Austrália	Sem referências à segurança social
Japão	Sem referências à segurança social
Canadá	Sem referências à segurança social
EUA	Sem referências à segurança social

No caso do Japão, a Constituição assegura o direito a uma vida saudável e culturalmente rica, encarregando o Estado de promover o bem-estar social e a saúde pública. Além disso, normas de trabalho justas devem ser estabelecidas por lei, protegendo os trabalhadores, especialmente crianças, contra a exploração. E, segundo a Carta japonesa, os trabalhadores têm o direito de se organizar coletivamente, como por sindicatos, para defender seus interesses.

No caso do Canadá, vemos regras especiais na Carta de Direitos e Liberdades, que é uma parte da Constituição. A Carta autoriza o governo a adotar programas especiais para melhorar as condições de grupos ou indivíduos desfavorecidos, na forma de Ações Afirmativas. Essas medidas visam, de um lado, criar oportunidades equitativas de emprego e, de outro, melhorar condições de grupos historicamente desfavorecidos, dentre os quais, as minorias étnicas, raciais, religiosas e pessoas com deficiências. Podemos ver que é um modelo indireto de regulação da segurança social, pois o regime de Ações Afirmativas deve ser acionado pelo Estado canadense para oferecer segurança de renda, de serviços e de cuidados a grupos mais vulneráveis.

Rigorosamente, apenas os EUA, a Austrália, a Suécia e a Noruega nada estabeleceram sobre o tema da segurança social no direito constitucional, o que representa 20% do grupo de 20 países analisados.

Podemos concluir, então, que a segurança social é um tema que ganhou relevância direta e indireta, no direito constitucional de países muito desenvolvidos e de países em desenvolvimento, perfazendo um total de 80% dos países analisados. E que junto dos três modelos de realização da segurança social (liberal, corporativo-conservador e social-democrático) encontramos quatro regimes constitucionais:

- a) constituições que reconhecem o direito constitucional à segurança social, mas não detalham seu escopo no texto constitucional;

- b) constituições que reconhecem o direito constitucional à segurança social e detalham seu escopo no texto constitucional;
- c) constituições que não reconhecem o direito constitucional à segurança social, mas detalham seu âmbito de proteção no texto constitucional; e
- d) constituições que não reconhecem o direito constitucional à segurança social, nem detalham seu âmbito de proteção no texto constitucional.

Muito embora seja bem sabido que os modelos liberais são mais adequados para sociedades com baixa desigualdade social de renda e alto nível de renda média individual, todos os modelos de segurança social analisados e todos os regimes constitucionais têm exemplos de excelentes resultados em termos de desenvolvimento humano.

A reunião de resultados de IDH e de direito constitucional indicam que não existe uma relação direta entre o tipo de modelo de realização de segurança social, o tipo de regime constitucional com resultados de desenvolvimento humano. Excelentes resultados podem ser encontrados nos três modelos de segurança social (liberal, social-democrático e corporativo-conservador) e nos quatro regimes constitucionais.

Quanto ao enquadramento do Brasil num dos modelos de Esping-Andersen, podemos afirmar que, a despeito da longa e detalhada regulação pelo texto constitucional brasileiro para temas diretamente relacionados com o núcleo básico da segurança social (serviços de saúde, serviços de cuidados e benefícios sociais) e mesmo além disso – como é o caso de incentivos para atividades econômicas de pequenas e médias empresas, pequenos e médios produtores rurais, condições especiais de crédito para projetos prioritários de desenvolvimento regional, renda básica para famílias em situação de vulnerabilidade, alimentação e saúde de estudantes da educação básica, abono

salarial para trabalhadores que ganham até dois salários-mínimos – o Brasil não pode ser, facilmente, enquadrado num dos modelos de Esping-Andersen.

É que, apesar de contar com um sistema único de saúde e um sistema único de assistência social, ambos universais e financiados solidariamente por toda a sociedade – o que sugere que o modelo brasileiro poderia ser classificado como social-democrático – o Brasil também tem um modelo de previdência social fracionado por critérios corporativos, como se vê no modelo de múltiplos regimes. De fato, ao lado do “regime geral” de previdência social, o direito brasileiro convive com uma ampla variedade de regimes especiais de seguro de renda para servidores públicos (art. 201, V, § 5º, art. 40, § 20).

O sistema brasileiro de seguro social direciona recursos públicos para um grupo específico de trabalhadores do setor público, espelhando, assim, o claro caráter corporativo desse arranjo institucional. Além desse aspecto corporativo assimétrico do seguro social no Brasil, muitos aspectos conservadores são, facilmente, visíveis no modelo de cuidados com crianças, idosos e pessoas com deficiências. O Brasil constitucionalizou a obrigação familiar de cuidar de crianças (art. 226, § 7º, art. 229), pessoas com deficiência (art. 203, V) e de idosos (arts. 229-230), restringindo, de forma indireta, a liberdade das mulheres.

Quanto ao sistema de saúde, a opção pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não é suficiente para caracterizar o Brasil como um modelo social-democrático. O SUS convive com um sistema privado de seguros de saúde, de produtos farmacêuticos e de serviços médicos³⁹, que apesar dos altos custos limitadores de acesso, contam com subsídios e vantagens fiscais que favorecem, desproporcionalmente, a fração de mais alta renda da sociedade.

O modo como o Brasil envolve o mercado, o Estado e as famílias em seu arranjo constitucional de segurança social é suficiente para ver que

³⁹ Ver Art. 199 da Constituição da República.

se trata de um país com uma variante que conjuga muitos elementos de modelos social-democráticos, mas que convive com o modelo corporativo e conservador num dos importantes pilares da segurança social, que é o seguro-social. Chama a atenção do caso brasileiro, também, o pouco caso que é feito da mobilização de políticas econômicas para a geração de trabalho decente, a despeito de o trabalho ter sido alçado à condição de primado da ordem social e ter sido o direito social mais protegido pelo regime constitucional e, também, o mais integrado – do ponto de vista do regime constitucional – com a previdência social, com a assistência social e também com a saúde e educação.

Visto assim, o Brasil não tem um modelo coerente de instituições e de políticas de segurança social, a despeito da forte presença desse tema no regime constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **Constitution**. Disponível em: www.concourt.org.za/index.php/constitution/the-text. Acesso em: 10 ago. 2023.

ALEMANHA. **Federal Republic of Germany**. Disponível em: www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/. Acesso em: 10 ago. 2023.

ARGENTINA. **Confreso de La Nación** Argentina. Disponível em: www.congreso.gob.ar. Acesso em: 10 ago. 2023.

ARTS, W.; GELISSEN, J. Three worlds of welfare state capitalism or more? A state-of-the-art report. **Journal of European Social Policy** (Sage Publications), v. 12, n. 2, p.137-158, 2002.

AUSTRÁLIA. **Constitution**. Disponível em: www.aph.gov.au/. Acesso em: 10 ago. 2023.

AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION. Family Violence and Commonwealth Laws—Improving Legal Frameworks (ALRC Report 117). **Annual Report**, Australian Government, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2023.

CANADÁ. **Constitution**. Disponível em: www.laws-lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html. Acesso em: 10 ago. 2023.

CHILE. **Ley**. Disponível em: www.camara.cl. Acesso em: 10 ago. 2023.

CHINA. **Constitution**. Disponível em: www.basiclaw.gov.hk/en/constitution/. Acesso em: 10 ago. 2023.

COLÔMBIA. **Ley**. Disponível em: www.secretariassenado.gov.co. Acesso em: 10 ago. 2023.

EBBINGHAUS, B. Comparing Welfare States regimes: are typologies an ideal or realistic strategic? **European Social Policy Analysis Network**, Edimburg, 2012.

ESPAÑA. **Constitution**. Disponível em: www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion. Acesso em: 10 ago. 2023.

ESPING-ANDERSEN, G. **The Three Worlds of Welfare Capitalism**. Princeton: Polity Press, 2012. *E-book*.

ESTADOS UNIDOS. **Constitution**. Disponível em: www.constitution.congress.gov/constitution/. Acesso em: 10 ago. 2023.

FRANÇA. **Constitution**. Disponível em: www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution. Acesso em: 10 ago. 2023.

ÍNDIA. **Constitution**. Disponível em: www.legislative.gov.in/constitution-of-india/. Acesso em: 10 ago. 2023.

ITÁLIA. **Costituzionale**. Disponível em: www.cortecostituzionale.it/. Acesso em: 10 ago. 2023.

JAPÃO. **Constitution**. Disponível em: <https://japan.kantei.go.jp>. Acesso em: 10 ago. 2023.

KERSTENETZKY, C. L. **O Estado de bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do estado social no mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LEONARD, E. W. **State constitutionalism and the right to health care**. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, University of Pennsylvania, jun. 2010.

MÉXICO. **Constitución**. Disponível em: www.diputados.gob.mx. Acesso em: 10 ago. 2023.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório para o Desenvolvimento Humano: 2010**. PNUD, 2010.

NORUEGA. **Constitution**. Disponível em: <https://lovdata.no/dokument/NLE/lov/1814-05-17>. Acesso em: 10 ago. 2023.

OIT Brasil. Organização Internacional para o Trabalho. **Convenções Ratificadas**. Disponível em: www.oitbrasil.org.br/convention. Acesso em: 20 fev. 2016.

OIT. Organização Internacional para o Trabalho. **Piso de proteção social para uma globalização equitativa e inclusiva**. Relatório do Grupo Consultivo. Disponível em: www.oit.org.br/content/piso-de-prote-o-social-para-uma-globaliza-o-equitativa-e-inclusiva. Acesso em: 6 fev. 2016.

OIT. Organização Internacional para o Trabalho. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justiça social para una globalización equitativa. **Oficina Internacional del Trabajo, 100ª Reunión. Informe III.** Ginebra: ILO, 2011.

POLÔNIA. **Constitution.** Disponível em: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>. Acesso em: 10 ago. 2023.

RÚSSIA. **Constitution.** Disponível em: www.archive.government.ru. Acesso em: 10 ago. 2023.

SUÉCIA. **Constitution.** Disponível em: www.riksdagen.se. Acesso em: 10 ago. 2023.

TITMUSS, R. What is social policy? *In*: LEIBFRIED, S.; MAU, S. **Welfare States: construction, deconstruction, reconstruction.** Cheltenham: Elgar, 2008.

TITMUSS, R. The Role of Redistribution in Social Policy. *Social Security Bulletin (SSA)*, v. 28, n. 6, p. 14-20, 1965.

UNITED NATIONS. **Human Development Report - 2015.** UNDP, UNDP, 2015.

ZMITROWICZ, K. Beyond the Unemployment Rate: Assessing Canadian and U.S. Labour Markets Since the Great Recession. **Bank of Canada Review** (Bank of Canada), n. Spring, 2014.

A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À MORADIA E À PERSONALIDADE: MORADIA ADEQUADA COMO REQUISITO PARA O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE (E VICE-VERSA)

THE RELATIONSHIP BETWEEN THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO HOUSING AND PERSONALITY: ADEQUATE HOUSING AS A REQUIREMENT FOR THE FREE DEVELOPMENT OF PERSONALITY (AND MUTUALLY)

Cristhian Magnus De Marco¹
Gabriela Samrsla Möller²

1 INTRODUÇÃO

O direito humano à moradia adequada e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foram positivados na ordem jurídica internacional pela Declaração de Direitos Humanos (ONU, 1948), nos arts. XXV e XXI, sucessivamente. O direito à moradia adequada, pela DUDH, foi abordado desde a perspectiva de “habitação”³ e, apenas posteriormente, foi aprofundado o seu conceito pelo Pidesc em 1966 (Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), momento no qual o conceito de moradia adequada foi expressamente mencionado. No Brasil, porém, o direito à moradia adequada foi previsto como direito fundamental apenas no ano de 2000.

De outro lado, no que toca ao livre desenvolvimento da personalidade, o maior desafio é abordá-lo afastado de uma visão civilista, ainda impregnada nos direitos fundamentais civis, e incluí-lo no movimento da Constitucionalização

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. *E-mail*: cristhian.demarco@unoesc.edu.br.

² Doutoranda em Direito pela Unoesc. *E-mail*: gabriela.moller@unoesc.edu.br.

³ Desde já, a diferença entre moradia e habitação merece ser ressaltada. O direito à moradia tem por objetivo atender à necessidade humana de estar num espaço que ofereça proteção e referência para a vida social; o direito à habitação, por sua vez, é a materialização do direito à moradia; o local em que se realiza o direito à moradia (Brasil, 2013).

do Direito. Outros desafios também se colocam, como compreender o que abarca esse direito e qual seria sua possível relação com o direito fundamental à moradia adequada. Diferentemente daquele, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade é um direito fundamental civil, ao qual, historicamente é reconhecida maior efetivação, universalidade e judicialização. Porém, mesmo com esse grau de proteção mais amplo e mais defendido do que os direitos sociais, a literatura carece de uma maior compreensão do que, efetivamente, significa o livre desenvolvimento da personalidade e porque, hoje, não pode ser compreendido sem uma conexão com os direitos sociais, como o direito à moradia adequada.

Assim, o estudo apresenta relevância na medida em que busca desmistificar duas tradicionais visões sobre os direitos civis e sociais: que os direitos civis seriam mais importantes e mais “fundamentais” que os sociais, que os direitos civis seriam universais e os sociais não, que os direitos sociais carecem de aplicabilidade imediata, que os direitos sociais são normas programáticas, dentre outras críticas dirigidas a uma nociva construção dos direitos fundamentais que cindiu em dois, os grupos de direitos fundamentais⁴.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA ADEQUADA

O direito à moradia adequada, no Brasil, deriva do conceito do direito à propriedade, ou seja, inicialmente esteve ligada à primeira dimensão dos direitos fundamentais, um dever do Estado de não intromissão na propriedade. Com a evolução jurídica do termo, o que se deve ao surgimento da segunda dimensão de direitos fundamentais, à concepção da dignidade

⁴ Segundo Noguera (2010, p. 24-25) *“Uno de los principales debates en materia de derechos sociales ha sido y continua siendo hoy en día, el de su situación de ‘minoría de edad’ en relación con los derechos civiles y políticos”*.

humana agregam-se elementos de socialidade⁵, irradiando efeitos sobre os direitos fundamentais, como a propriedade (Ortiz, 2009).

Em razão da relevância que possui para a manutenção da vida, da saúde e da segurança do ser humano, a moradia foi reconhecida como direito humano em 1948:

O direito à moradia foi reconhecido em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (Nações Unidas, 1948) como integrante do direito a um padrão de vida adequada, e também em 1966 pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Nações Unidas, 1992), tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas (Brasil, 2013, p. 9-10).

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 foi o primeiro documento que reconheceu o direito à propriedade e o associou à função social. Em 1946, reconheceu-se explicitamente que a propriedade possui uma função social. Entretanto, é a Constituição Federal de 1988 que concedeu a maior importância à função social da propriedade e consagrou o princípio da dignidade humana. Assim, com a Constituição de 1988, é possível falar de uma moradia adequada, como direito implícito na Constituição desde sua promulgação. Dessa maneira, o Brasil torna-se signatário do Pidesc (Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais), em 1992 e, em 2000, o Brasil reconhece o direito à moradia como direito fundamental, por meio da emenda nº 26⁶.

Na leitura do artigo 11 do Pidesc (Brasil, 1992), o direito à moradia não deve ser interpretado em um sentido estreito ou restrito, como, por exemplo, um

⁵ A dignidade humana na história é o ponto de referência da moralidade da pessoa e a liberdade sempre foi o princípio de luta por direitos. Ver Noguera (2010, p. 27-32).

⁶ O direito à moradia está previsto no art. 5º, XXII, XXIII; no art. 6º; art. 7º, IV XX, IX; art. 170, II, III; art. 182-185. Além dessas previsões, ressalta-se a Lei nº 11.124, que regula o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social; 11.977, que regula o programa Minha Casa Minha Vida (atualmente Lei nº 14.620/2023); Lei nº 10.683 que regula o Ministério das Cidades (atualmente regulado pelo Decreto nº 11.468/2023) (Ortiz, 2009).

“teto sobre a cabeça do indivíduo”, mas sim, a partir de um direito a viver com paz, segurança e dignidade. O núcleo da dignidade humana é aplicado ao direito à moradia, para que a habitação seja assegurada a todos, independentemente da renda ou acesso a recursos econômicos (Brasil, 2013).

Mais do que simplesmente um “teto”, a moradia é o abrigo, o elemento mínimo para que o ser humano sobreviva, protegendo do perigo da natureza e das ruas. Também, é local de encontro, diálogo, convivência, em que o ser expressa sua individualidade e repousa. A moradia significa afeto e refúgio, ascensão social, geração de renda e segurança financeira, impactando na saúde, na educação e no acesso a oportunidades de desenvolvimento.

Os documentos internacionais, inclusive, ao reconhecerem o direito à moradia, agregam o adjetivo “adequada”. Para compreender o alcance e conteúdo do direito à moradia adequada, o Comentário nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o que considera uma moradia adequada:

1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. **2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura:** a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. **3) Economicidade:** a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. **4) Habitabilidade:** a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde. **5) Acessibilidade:** a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta. **6) Localização:** a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizadas em áreas poluídas ou perigosas. **7) Adequação cultural:** a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (Brasil, 2013, p. 13, grifo nosso).

O mesmo documento também deixa claro o que não seria o direito à moradia adequada, com o fim de resolver as principais objeções à efetivação do direito à moradia adequada: a) não se exige que o Estado construa habitação para todos, mas sim, que eventualmente terá de prestar assistência aos mais vulneráveis e marginalizados e que o Estado adote medidas que garantam a segurança da posse e evite remoções forçadas; b) o direito à moradia não é um objetivo programático, mas um direito de eficácia imediata; c) não obsta todos os projetos de remoção de pessoas, mas impõe limites e condições processuais para as remoções; d) não é o mesmo que direito de propriedade, pois é muito mais amplo, visando que todos tenham um lugar seguro para viver; e e) não significa apenas que a estrutura da habitação seja adequada, mas que haja acesso sustentável às infraestruturas básicas como água, saúde, energia, transporte, esgoto etc. (Brasil, 2013).

Uma resistência ideológica, viva hoje, contra os direitos fundamentais sociais centra-se em relutar contra a existência desses direitos e, conseqüentemente, isso se aplica ao direito à moradia. A visão de uma natureza distinta entre os diferentes grupos de direito (civil e social) serviu para apoiar a concepção de que direitos sociais não seriam direitos, senão outro tipo de normas legais, discussão que ainda ocorre hoje⁷. É comum do constructo teórico dos direitos sociais pensá-los como direitos estruturalmente inferiores aos direitos civis.

A grande problemática que o direito à moradia enfrenta hoje, nesse sentido, é o efetivo reconhecimento do direito à moradia adequada como um verdadeiro direito fundamental, cujo conteúdo base seja considerado a existência humana, de modo a dissociá-lo de um caráter meramente patrimonial. Em decorrência de um imaginário que retirou toda a eficácia do direito à moradia como direito social exigível; isto é, ao não ser considerado um bem de primeira escolha de proteção e defesa no âmbito do poder político

⁷ O enfraquecimento da dimensão dos direitos sociais é potencializado, quando alguns países não reconhecem os direitos sociais como direitos fundamentais. Ver Novais (2010, p. 75-85).

e jurídico, foi desconstruído e relegado a ser mais um bem de consumo, deslocado para a órbita privada dos indivíduos.

Os direitos sociais foram somados ao ordenamento jurídico de forma a satisfazer as necessidades sociais dos cidadãos, em decorrência da impossibilidade de um modelo liberal de direitos oferecer a proteção à pessoa, irradiando, como direito fundamental, exigibilidade imediata⁸ e efeitos da dimensão jurídico-objetiva no ordenamento jurídico, assim como prevendo deveres pelo Estado, como o de adotar medidas imediatas, obrigação de garantir níveis essenciais de direito, obrigação de progressividade e proibição de regressão (Abramovich; Courtis, 2002).

Assim, mesmo com a ampla proteção reconhecida ao direito à moradia adequada nos níveis internacional e nacional, o direito à moradia ainda não é abordado, juridicamente e politicamente, de forma a ser visto, como um direito assegurado a todos, independentemente de renda e acesso a recursos econômicos, o que fica evidente pelos seguintes números: levando em consideração o número total de moradia urbana, qual seja de 60 milhões no país (IBGE), o déficit habitacional no Brasil (Fundação João Pinheiro, 2018) quantitativo⁹ é de 7 milhões de moradias (Abrainc; FGV Projetos, 2018), acerca das quais não haveria possibilidade de serem adequadas pelos moradores, cuja única alternativa é a construção de novas moradias; já o qualitativo é hoje de 11 milhões de moradias que não possuem a infraestrutura básica,

⁸ O que perpassa visões que o reduzem a “dever moral”, “normas programáticas”, “limitados a uma finalidade igualitária”, “direitos não universais”, como denunciam Pisarello (2007, p. 15-16) e Rivadeneira (2016, p. 1.679-1.685). Alguns autores reconhecem a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, porém, quando uma lei ordinária, desenvolve/restringe os direitos fundamentais, cria condições jurídicas de seu exercício efetivo, concepção que estaria conectada à densidade normativa dos direitos sociais, linha com a qual não se concorda.

⁹ Habitações precárias – Domicílios rústicos: sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada; Domicílios improvisados: locais e imóveis sem fins residenciais e lugares que servem como moradia alternativa (imóveis comerciais, embaixo de pontes e viadutos, carcaças de carros abandonados, barcos, cavernas, entre outros); Coabitação familiar: soma das famílias conviventes secundárias, que viviam junto à outra família no mesmo domicílio, e das que viviam em cômodo; Ônus excessivo com aluguel urbano: famílias com renda familiar de até três salários-mínimos que moram em casa ou apartamento, que despendem mais de 30% de sua renda com aluguel; Adensamento excessivo de moradores em domicílios alugados: número médio de moradores superior a três pessoas por dormitório (Fundação João Pinheiro, 2018).

mas o que não implica a construção de novas moradias. Juntos, os números expressam o déficit total de moradia no Brasil. O déficit qualitativo é o mais presente e consiste na ausência de serviços públicos (iluminação, esgoto, água ou coleta de lixo). Em 2015, 16,5% dos domicílios particulares eram carentes de, ao menos, um tipo de serviço de infraestrutura (Fundação João Pinheiro, 2018).

3 DO DIREITO FUNDAMENTAL CIVIL À PERSONALIDADE

As primeiras construções jurídicas sobre o direito da personalidade surgem no século XIX, ligado a uma visão patrimonialista do direito; ou seja, conectado a um contexto jurídico que se voltava, primordialmente, a conter o arbítrio estatal e primar pela autonomia privada (De Marco, 2013). O reconhecimento da natureza espiritual¹⁰ do homem foi fundamental para o desenvolvimento de uma dogmática dos direitos da personalidade, e seu cerne é a filosofia jusnaturalista que se forma com os pensadores iluministas, entre os séculos XVI a XVIII. No que toca à natureza jurídica dos direitos da personalidade, surgem, no teor da filosofia jurídica da época, como direitos subjetivos, ligados a uma teoria patrimonialista dos direitos da personalidade, responsável por vincular a categoria da personalidade ao instituto da propriedade (Andrade, 2013).

Mais tarde, a problemática a que se voltará os direitos da personalidade é o de contenção dos abusos da autonomia privada, em um contexto de

¹⁰ Segundo Warren e Brandeis (1980), em tempos remotos, o direito dava apenas soluções para conflitos relacionados à interferência física na vida e na propriedade, porém, com o reconhecimento da natureza espiritual do homem, ou seja, de seus sentimentos e intelecto, os bens tutelados pelo direito deixam somente de ser bens materiais e passam, também, a ser bens espirituais: inicialmente, por exemplo, o direito apenas protegia a liberdade da restrição real e o direito de propriedade era garantido às terras e ao patrimônio; depois, o direito à liberdade passa a assegurar um extenso rol de direitos civis e a propriedade alcança tanto bens tangíveis como intangíveis.

desigualdade social econômica, levando em consideração os efeitos do capitalismo na sociedade, com a tomada do poder pela burguesia, após o século XVII (De Marco, 2013).

Ressalta-se que a compreensão dos contextos sociais são fundamentais para a compreensão da evolução dos direitos da personalidade (e dos direitos fundamentais em geral), que, nos termos do que Norberto Bobbio (2004, p. 12-15) discorre, ao referir-se sobre os direitos dos homens, são, sobretudo, direitos “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual [...]”. Nesse sentido, compreendemos que, em um primeiro momento, a tutela dos direitos da personalidade volta-se somente à problemática do arbítrio estatal e da autonomia privada e, posteriormente, com o advento de novas complexidades, como a desigualdade, ressignificará sua tutela, na constância da constitucionalização do direito.

A natureza jurídica dos direitos de personalidade, conforme mencionada anteriormente, apresentará problemas, dado que a tutela da pessoa, a partir da categoria de direitos subjetivos e de conteúdo patrimonialista e individualista, se mostrará insuficiente para proteger o homem (Andrade, 2013).

A matéria dos direitos de personalidade somente foi regulada no século XX nas codificações civis (1942, no Código Italiano, e no Brasil apenas em 2002) e, em que pese a natureza jurídica ter sido delineada, os contornos dogmáticos continuaram a ser discutidos. Dessa forma, o direito público realiza uma série de evoluções, o que incluiu a constitucionalização de matérias relativas ao direito privado (Andrade, 2013). A crítica à categoria de direitos subjetivos soergue-se, na medida em que nascidos ligados a uma visão individualista, patrimonialista e à insuficiência da visão civilista e totalitarista do direito.

Entretanto, a questão fulcral para a compreensão dos direitos da personalidade não é a discussão de se a natureza jurídica dos direitos

da personalidade enquadra-se no âmbito privado ou público, se são patrimonialistas ou não. Fundamental para a compreensão dos direitos da personalidade é enquadrá-los na perspectiva da constitucionalização do direito civil, a partir da Constituição de 1988 (De Marco, 2013). Os direitos da personalidade, assim, até então relegados à órbita do direito civil, passam a ser perpassados por uma nova hermenêutica jurídica constitucional do sistema jurídico.

3.1 DO RECONHECIMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE: O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A Constituição democrática inaugura o Estado Democrático de Direito no Brasil¹¹ e tem o marco de ser uma Constituição de cunho social, abarcando o reconhecimento de direitos sociais com natureza constitucional (Rivadeneira, 2015). Supera-se, assim, o plano liberal das Constituições e se aposta na democracia e na afirmação de direitos fundamentais (Luño, 1995). A Constituição preocupa-se, precipuamente, em garantir a autonomia do direito, por meio da força de um direito produzido democraticamente e, para funcionar e cumprir sua missão, agrega um *plus* normativo: a distinção entre princípios e regras, ambos considerados normas jurídicas; distinção inexistente nas constituições de cunho liberal (Streck, 2011).

Quanto à nova hermenêutica constitucional, a constitucionalização do direito passa a prever uma nova hermenêutica jurídica, cujo marco é a passagem de uma perspectiva individual dos direitos fundamentais para

¹¹ Para Pisarello (2007), a partir dos anos de 1980, diferentes países da periferia e semiperiferia que saíram das ditaduras militares ou experiências autoritárias, aprovaram Constituições com o ideal normativo do Estado social e democrático de direito, absorvendo e protegendo, para além de garantias e liberdades individuais, direitos sociais. Streck (2013), por sua vez, indica que a experiência vivida pelos países periféricos e semiperiféricos foi muito diferente da que propiciou o Estado de bem-estar nos países centrais/desenvolvidos, pelo fato de serem países de modernidade tardia, em que o Estado Social e os direitos sociais demoraram para chegar.

uma perspectiva jurídico-objetiva¹². Nesse sentido, direitos sociais modificam a fundamentação dos direitos fundamentais (civis), dos demais direitos constitucionais e da normativa infraconstitucional, de modo que os direitos não mais se limitam a defesas individuais, mas a defesa de interesses sociais (Luño, 1995).

A partir da constitucionalização do direito civil, duas importantes abordagens passam a se aderir e *ressemantizar* o conceito e conteúdo dos direitos à personalidade, elevados, a partir daquele momento, a direitos fundamentais: o desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana (De Marco, 2013). Tanto o desenvolvimento da personalidade como a dignidade humana devem ser vistos junto à transição Liberal-Social.

No que toca à previsão constitucional, no direito brasileiro, não há um direito geral ao desenvolvimento da personalidade, porém, há a expressa previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (Brasil, 1988). O art. 5º, ainda, prevê a tutela de um direito geral da personalidade e, também, a tutela de direitos específicos, como a vida, liberdade, igualdade, entre outros. Ainda, a cláusula de abertura material prevista no § 2º do art. 5º permite que haja o reconhecimento de novos direitos fundamentais, como o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade (De Marco, 2013).

Diante do contorno constitucional que ganha os direitos da personalidade, isso significa que os direitos fundamentais não estão inscritos em um rol taxativo (e sim, expansivo), o que se deve tanto à dimensão jurídica-objetiva dos direitos e a abertura principiológica, como à evolução dos direitos, a qual integra novos âmbitos de proteção e novas dimensões aos direitos, abarcando-se, assim, a possibilidade de se incorporar novos conteúdos normativos aos direitos fundamentais, possibilitando uma dinâmica entre

¹² Para Bodo Pierroth e Bernhard Schkink (2012, p. 51): “Na retrospectiva sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela-se como uma parteira de novos direitos subjetivos”.

norma jurídica e realidade, decorrente da abertura material das Constituições (Sarlet, 2009).

Nesse sentido, os direitos da personalidade passam a se conectar a um dever estatal e particular de propiciar o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual abarca tanto o conteúdo da dignidade humana como do desenvolvimento da personalidade (De Marco, 2013).

O desenvolvimento da personalidade, conforme será explicitado, diante do fato de vivermos sob o auspício de uma Constituição social, deve ser visto junto ao reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, como a moradia adequada.

4 DA CONEXÃO ENTRE O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA E O DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

A problemática na efetivação do direito à moradia se deve à própria polêmica que envolve os direitos fundamentais (para muitos, direitos não subjetivos, não-universais, não-exigíveis) e, de outro lado, a demasiada associação da moradia com o mercado financeiro, ou seja, com o âmbito privado da vida das pessoas, conforme exposto.

O desafio é, sobretudo, dar efetividade ao direito à moradia adequada e existem ótimas razões para isso. Um desses modos é apresentando a associação que o direito à moradia adequada tem com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

O direito à personalidade consiste em um direito fundamental civil. Entretanto, com a Constituição social, o direito à personalidade passa a agregar um importante objetivo: o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. Para se alcançar esse desenvolvimento da personalidade,

conforme colocado, são necessários, também, direitos sociais, em que um deles é o direito à moradia adequada.

Ademais, ao conectar o direito à moradia adequada ao livre desenvolvimento da personalidade, agrega-se um *plus* normativo ao direito à moradia adequada, de modo que se demonstra a relevância e importância desse direito para a existência humana, apresentando razões para que o direito à moradia não seja somente relegado à órbita privada.

4.1 DA NECESSÁRIA LEITURA CONJUNTA DOS DIREITOS SOCIAIS E CIVIS

No século XVIII, a ajuda aos pobres, aos infantes, aos deficientes, aos idosos, era tratado como questão de âmbito privado, limitado, assim, apenas a ser um dever moral. No século XIX, os direitos sociais identificam-se com demandas levantadas pelas lutas políticas e sociais dos trabalhadores, por meio das quais buscava-se o reconhecimento legal de grupos. No século XX, os direitos sociais ganharam *status* jurídico e, a partir da metade do século, tornaram-se direitos humanos e, na sequência, foram positivados em diversas Constituições, tornando-se também direitos fundamentais (Rivadeneira, 2015). Assim, a fonte material de onde surgem os direitos sociais é a pobreza, a qual não possui somente uma dimensão individual, mas sim, uma dimensão coletiva, afetando o direito público (Noguera, 2010).

A principal defesa dos direitos sociais foi a realizada pelo Estado herdeiro e continuador do Estado do Direito Liberal do século XIX, o Estado social e democrático de Direito, não em contraposição com direitos sociais, mas numa visão integrada e aprofundada da defesa dos direitos e da autonomia individual. As primeiras Constituições de Estado de Direito Social, como Weimar, assumiram uma alternativa à proposta soviética, buscando compatibilizar os direitos sociais com o direito de liberdade. O sentido “social”

dos direitos sociais não tem conotação de socialização, contrapondo-se ao individual, mas um sentido político de evolução de um Estado de Direito Liberal para um Estado de Direito Social (Novais, 2010).

O modelo privado clássico de regulação jurídica caracteriza-se por: unidade de análise da ação humana é individual; se presume a racionalidade do sujeito atuante e sua capacidade de decidir o que é melhor para ele; se postula que o mercado é o melhor mecanismo de criação de riqueza; a sociedade se considera em equilíbrio ou estável; as funções do Estado são de manter um marco legal e institucional confiável, que fomente a previsibilidade das transações; o princípio da autonomia da vontade e do contrato como mecanismo para troca de bens; o estabelecimento de fatores pessoais e subjetivos na responsabilidade civil como dolo e culpa e limitação das funções do Estado. Os direitos civis se inscrevem para configurar juridicamente um espaço autônomo de atuação, no qual a interferência estatal nas decisões dos indivíduos seja mínima. Mesmo que o espaço gire em torno de diferentes âmbitos de atuação, grande parte da construção volta-se a assegurar os direitos patrimoniais. O destaque, entretanto, vai na relevância colocada no papel que possui a vontade individual, na realização do direito (Abramovich; Courtis, 2002).

O modelo de direito social, por seu turno, não é um modelo que substitui o modelo de direito privado clássico, mas sim, que busca substituir as disfunções deste último. A articulação desse modelo se fundamenta na modificação dos pressupostos do anterior, inserindo limitações dos mecanismos, como ao livre mercado. Assim, o modelo de direito social: introduz a dimensão coletiva na análise da ação humana; impõe limites a racionalidade do sujeito atuante e em sua capacidade cognoscitiva (irracionalidade); a geração de riqueza deixa de ser o único fator de análise do resultado econômico; ao Estado são reconhecidas novas funções; limites na atuação do princípio da autonomia de vontade pelo interesse social; e

inserção da responsabilidade objetiva. Os direitos sociais são, assim, a busca de elaboração técnico-jurídica de posições jurídicas subjetivas – individuais ou coletivas – configuradas por meio desse novo paradigma (Abramovich; Courtis, 2002).

O exercício da liberdade fática-real se dá pelas liberdades positivas e negativas (ou seja, pelos direitos de 1ª e 2ª gerações). Por essa perspectiva, todos os direitos civis, políticos e sociais são direitos de liberdade fática ou real, de modo que seus objetivos são satisfazer as necessidades básicas que permitem desfrutar de maneira estável e sem intervenções arbitrárias e abusivas da autonomia. Não haveria, assim, uma contraposição entre direito social e civil, pois os direitos sociais apareceriam como instrumentos indispensáveis para dar a liberdade um conteúdo real, assegurando condições materiais que possibilitam que a pessoa tome decisões na esfera privada e pública (Pisarello, 2007).

Os direitos civis e políticos devem adquirir uma dimensão social para agregarem em seu núcleo, não só escolhas seletivas e excludentes, por incluírem em seu núcleo de decisão um determinado número de direitos e, conseqüentemente, de pessoas, como historicamente foi feito (Pisarello, 2007). O direito a voto é um direito individual, mas só veio a ser reconhecido a todos durante o Estado Social, o direito à greve é uma liberdade, mas era no Estado Liberal tido como crime. Esses exemplos demonstram que o Estado Social não só supera, como acolhe o legado do Estado de Direito liberal (Novais, 2010).

Na medida em que direitos civis e políticos abriam-se a determinados direitos e grupo de pessoas detentoras desse direito, a abrangência dos direitos civis restou limitada. Com os direitos sociais existe a possibilidade de demais grupos subjetivarem-se e entrarem na órbita de discussão dos direitos civis e políticos.

Os direitos sociais, desse modo, devem ser considerados não obstáculo (como direitos excessivamente custosos), senão condição para a generalização das liberdades pessoais e dos procedimentos democráticos.

Desde este punto de vista, tanto el derecho a la salud como a la vivienda, como la libertad de información o de expresión, podrían calificarse, cuando compensan desigualdades o tutelan intereses de sujetos débiles o en posición de subordinación, como derechos sociales o, si se prefiere, como derechos socializados, no por oposición a individuales o personales, sino a selectivos o excluyentes (Pisarello, 2007, p. 72).

Os direitos sociais têm como principal função assegurar a participação nos recursos sociais a todos os membros da comunidade. Assim, os direitos devem ser entendidos como o conjunto de normas, pelas quais o Estado busca moderar as desigualdades sociais (Noguera, 2010). Com o uso dos adjetivos sociais, associado ao termo direito se poderia sustentar, tanto que faz referência ao sujeito titular de direito, isto é, a condição dos indivíduos que não possuem meios econômicos em uma comunidade, como à própria sociedade, destinatária no conjunto dos direitos sociais (Morales, 2015).

Os direitos fundamentais são um fator e motor de crescimento, não só civil como econômico, até o ponto que, invertendo o prejuízo da contraposição de garantias de direito e desenvolvimento econômico, pode-se dizer que a melhora econômica é uma política social dirigida a garantir os direitos vitais de todos, não devendo ser visto como um custo, senão como forma de inversão pública mais produtiva (Ferrajoli, 2018).

O principal argumento em favor dos direitos sociais é a liberdade. Para defender esse argumento, sustentam-se duas teses. A primeira é que a liberdade jurídica, ou seja, a opção de fazer ou não fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real): a opção de escolher entre as alternativas permitidas. Por essa tese, a liberdade jurídica é inútil se não há a possibilidade de escolher entre a realização e a não realização. A segunda tese defende

que, sob as condições da sociedade industrial, a liberdade fática de um sem-número de pessoas não encontra seu substrato em um espaço que elas possam controlar, dependendo, desse modo, da atuação do Estado. A liberdade fática, para além de ambas as teses, é algo desejado pela nossa Constituição (Alexy, 2006).

A liberdade fática é importante ao indivíduo por algumas razões. É importante ao indivíduo não viver abaixo do mínimo existencial, não estar condenado ao desemprego no longo prazo e não ser excluído da vida cultural. São as pessoas que, desprovidas de meio, valorizam os direitos sociais e, para elas, a eliminação da situação de necessidade, é fundamental. Em segundo lugar, a liberdade fática é importante, na medida em que a função jurídico-objetiva dos direitos fundamentais é agregada à interpretação constitucional. Pela hermenêutica, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana estão no centro do ordenamento jurídico (Alexy, 2006).

Esse ponto, levantado por Alexy (2006), será melhor explorado a seguir, com o fim de se aprofundar na importância das liberdades substantivas e do afastamento da pobreza multidimensional para o livre desenvolvimento da personalidade.

4.2 DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE COMO EXPANSÃO DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS E SUBSTANTIVAS

Amartya Sen (2000) explora uma noção de desenvolvimento ligado não somente ao desenvolvimento econômico, mas ao, em primeiro lugar, desenvolvimento humano. Para tanto, o desenvolvimento significa a

expansão das liberdades individuais e substantivas¹³, pois o desenvolvimento dessas liberdades ampliaria a capacidade¹⁴ das pessoas, ou seja, melhoraria a qualidade de vida e ampliaria a liberdade de escolha, propiciando, assim, que elas participem mais amplamente da vida social e política.

O desenvolvimento humano, dessa forma, amplia as oportunidades reais das pessoas, o que o homem é substancialmente livre para fazer, a vida que têm valor em levar e valorizar¹⁵. De acordo com Sen (2000), o que as pessoas conseguem realizar é influenciado por fatores como: oportunidades econômicas; liberdades políticas; políticas sociais; saúde; e educação básica.

O autor Sen (2000) ressalta que um dos importantes meios para o desenvolvimento são os direitos, que tem papel instrumental para expansão das liberdades.

O livre desenvolvimento da personalidade deve ser visto como um processo de eliminação das privações de liberdade de dois tipos, as privações por meio de processos (violação de direitos políticos e civis) ou de oportunidades (para realizar o mínimo que a pessoa gostaria, como

¹³ As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como, por exemplo, ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas ao saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc. Nessa perspectiva constitutiva, o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração (Sen, 2000).

¹⁴ A perspectiva da capacidade é inescapavelmente pluralista. Primeiro, existem funcionamentos diferentes, alguns mais importantes do que outros. Segundo, há a questão de qual peso atribuir à liberdade substantiva (o conjunto capacitário), em confronto com a realização (o vetor de funcionamento escolhido). Finalmente, como se afirma que a perspectiva da capacidade esgota todas as considerações relevantes para propósitos avaliatórios (poderíamos, por exemplo, atribuir importância a regras e procedimentos, e não apenas a liberdades e resultados), existe a questão subjacente de qual peso deve ser atribuído às capacidades, comparadas a qualquer outra consideração relevante. Essa pluralidade prejudica a defesa da perspectiva da capacidade para fins avaliatórios? Muito pelo contrário. Insistir em que deve haver apenas uma magnitude homogênea que valorizamos, é reduzir drasticamente a abrangência de nosso raciocínio avaliatório (Sen, 2000).

¹⁵ A diversidade humana é uma dificuldade que limita a serventia das comparações de renda real para julgar a vantagem dos bens a pessoas diferentes. O uso que podemos dar a um bem depende das várias circunstâncias, contingentes pessoais e sociais. Essas são razões por que a renda diz pouco sobre a qualidade de vida da pessoa, sobre suas liberdades individuais e substanciais (Sen, 2000).

escapar da fome e da morte prematura) e, dessa maneira, de ampliação das liberdades substantivas de diversos tipos que as pessoas têm razão para valorizar. Por isso, a pobreza é multidimensional, e não se limita à renda: a pobreza consiste em todas as privações da vida e as liberdades que a pessoa possa ter (Sen, 2000).

O desenvolvimento deve buscar um progressivo aumento das liberdades que as pessoas disfrutam, o que consiste tanto das disposições sociais como econômicas, como os serviços de educação e saúde, como os direitos civis, como a liberdade de participar de discussões públicas e, junto, que sejam removidas as principais privações à liberdade, como a pobreza, carência de oportunidades econômicas, a negligência dos serviços públicos e intolerância, entre outros.

Amartya Sen (2000) defende que todos os países, ricos ou pobres, que garantam serviços sociais básicos à população, podem obter resultados notáveis nos padrões de qualidade de vida. A recompensa do desenvolvimento humano, para além da melhoria na qualidade de vida das pessoas, tem reflexo direto no crescimento econômico local: a melhoria na educação aos trabalhadores, a melhoria de sua alimentação e de sua saúde tem efeitos positivos.

Muito se discute se primeiro deveria ser eliminada a pobreza ou se primeiro deveria ser garantida a liberdade política e os direitos civis. Os direitos políticos e civis são centrais para o processo de geração de escolhas fundamentadas e refletidas, formação de valores e prioridades, crítica e dissensão. As privações que as pessoas sofrem, por seu turno, seja na saúde, seja na moradia, seja na educação, impactam nos direitos antes relatados (Sen, 2000).

Uma criança /quem é negada a oportunidade do aprendizado escolar básico não só é destituída na juventude, mas desfavorecida por toda a vida (como alguém incapaz de certos atos básicos que dependem de leitura, escrita e aritmética).

O adulto que não dispõe de recursos para receber tratamento médico para uma doença que o aflige não só é vítima de morbidez evitável e da morte possivelmente escapável, como também pode ter negada a liberdade para realizar várias coisas – para si mesmo e para outros – que ele pode desejar como ser humano responsável. O trabalhador nascido na semiescavidão, a menina submissa tolhida por uma sociedade repressora, o desamparado trabalhador sem-terra, desprovido de meios substanciais para auferir uma renda, todos esses indivíduos são privados não só de bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. **Responsabilidade requer liberdade** (Sen, 2000, p. 361).

As liberdades substantivas que uma sociedade deve desfrutar para exercer as liberdades são dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais. Essas liberdades não se submetem a um rol taxativo, mas que os valores sociais de um determinado local surgem pelo debate, propiciado – na medida que se compreende a proposta do autor (Sen, 2000) – do que podemos denominar pelo livre desenvolvimento da personalidade, e que, no fim é o papel constitutivo da democracia (oportunidade de discussão e debate conjunto sobre os valores sociais de uma comunidade).

Assim, é possível estabelecer que, para que uma pessoa desfrute efetivamente de suas liberdades civis, há uma relação íntima com o desfrute de outras liberdades e oportunidades, como o direito à moradia adequada.

4.3 LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E DIREITO À MORADIA ADEQUADA

Os direitos humanos são interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. Em outras palavras, a violação do direito à moradia adequada pode afetar o gozo de uma ampla gama de outros direitos humanos.

Partindo-se desse pressuposto, que fica claro pelo estudo da ampla relação que os direitos sociais e civis compartilham para o desenvolvimento humano (também para o desenvolvimento econômico), o acesso à moradia

adequada é uma pré-condição para a realização de outros direitos humanos. Por exemplo, a remoção forçada de uma família pode significar que as pessoas tenham que habitar um local isolado, sem oportunidade de emprego, saúde ou educação; os sem-teto podem sofrer para conseguir emprego ou mesmo para votar, diante da ausência de um comprovante de residência; as pessoas que vivem em locais precários também podem ser afetadas pela inexistência de reconhecimento das ruas e número de casas, o que impede que serviços básicos, como esgoto e transporte, cheguem ao local.

Nessa seara, o direito de não ser sujeito a interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, na família, no lar ou na correspondência constitui uma dimensão muito importante na definição do direito humano à moradia e à terra adequadas, assim como a possibilidade de participar e colaborar para decisões. O direito humano à moradia é, assim, intrinsecamente vinculado a outros direitos garantidos pelo corpo dos instrumentos de direitos humanos, que são impactados quando o direito à moradia é afetado.

De outro lado, em locais onde os direitos de personalidade, como a liberdade de expressão e participação não são amplamente reconhecidos, outros direitos humanos são tolhidos, como a possibilidade de a população participar da política local e defender melhores condições de vida, como, por exemplo, no que toca à moradia adequada.

Indicamos que a incorporação do fundamento normativo da indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos Direitos Humanos está previsto no item 1.5 da Declaração e Programa de Viena:

1. 5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de maneira justa e igualitária, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora a importância das particularidades nacionais e regionais e as diversas origens históricas, culturais e religiosas devam ser levadas em conta, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger

todos os direitos humanos e liberdades fundamentais (ONU, 1993, tradução nossa, grifo nosso).

Ademais, existe uma fundamentação documental de órgãos colegiados da ONU, como a resolução emitida em 2019 pelo Conselho de Direitos Humanos na matéria de direito à privacidade, na sequência, que sustenta a vinculação direta e inter-relacional entre livre desenvolvimento da personalidade e participação política, econômica, social e cultural:

Reconhecendo que o direito à privacidade pode permitir o gozo de outros direitos e o livre desenvolvimento da personalidade e identidade de um indivíduo, e a capacidade de um indivíduo de participar da vida política, econômica, social e cultural, e observando com preocupação que violações ou abusos do direito à privacidade pode afetar o gozo de outros direitos humanos, incluindo o direito à liberdade de expressão e de opinião sem interferência, e o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas (ONU, 2019, tradução nossa).

Segue que:

[...] o direito à habitação adequada não pode ser visto isoladamente de outros direitos humanos contidos nos dois Pactos Internacionais e outros instrumentos internacionais aplicáveis. Alusão já foi feita nesta consideração para a concepção da dignidade humana e do princípio da não discriminação. Além disso, o pleno gozo dos outros direitos – tanto o direito de liberdade de expressão, o direito de liberdade de associação (tal como associações de locatários e outras associações comunitárias), o direito de liberdade de residência e o direito de participar na tomada das decisões públicas – é indispensável se o direito à habitação adequada é para ser realizado e mantido por todos os grupos da sociedade. Do mesmo modo, o direito de não ser sujeito à interferência arbitrária ou ilegal em sua privacidade, família, lar ou correspondência constitui uma dimensão muito importante na definição do direito a uma habitação adequada (Brasil, 2013, p. 37).

A moradia adequada, nesse sentido, tem conexão direta com a eliminação da pobreza e garantia de uma vida mais digna às pessoas. Ressalta-se que a Nova Agenda Urbana, adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III),

realizada em Quito (Equador), em 20 de outubro de 2016, adotou princípios e metas que muito bem demonstram a ampla relação da moradia adequada com o desenvolvimento humano ou, melhor dizendo, com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, conforme é possível visualizar por seus princípios e metas:

a) não deixar ninguém para trás, eliminando a pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a erradicação da pobreza extrema; assegurando direitos e oportunidades iguais, diversidade socioeconômica e cultural e integração ao espaço urbano; melhorando a habitabilidade, a educação, a segurança alimentar e a nutrição, a saúde e o bem-estar, inclusive por meio da eliminação de epidemias de HIV/AIDS, tuberculose e malária; promovendo a segurança e eliminando a discriminação e todas as formas de violência; garantindo a participação pública ao proporcionar acesso seguro e igualitário a todos e todas à infraestrutura física e social e aos serviços básicos, bem como à **moradia adequada e economicamente acessível**; [...] 32. Comprometemo-nos a promover o desenvolvimento de políticas e abordagens habitacionais integradas e sensíveis à idade e ao gênero em todos os setores, em particular os de emprego, educação, saúde e integração social, e em todos os níveis de governo, que incorporem a oferta de moradia adequada, econômica e fisicamente acessível, que faça uso eficiente de recursos, segura, resiliente, bem conectada e bem localizada, com especial atenção ao fator proximidade e ao reforço da relação espacial com o resto do tecido urbano e as áreas funcionais adjacentes. [...] 33. Comprometemo-nos a estimular **a oferta de diversas opções de moradia adequada** que sejam seguras e econômicas, e fisicamente acessíveis a indivíduos dos mais distintos estratos de renda, levando-se em consideração a integração socioeconômica e cultural de comunidades marginalizadas, pessoas sem-teto e aquelas em situações vulneráveis, e prevenindo a segregação. Adotaremos medidas positivas para melhorar as condições de vida das pessoas sem-teto com vistas a facilitar sua plena participação na sociedade e para **prevenir e eliminar a falta de moradia**, assim como combater e eliminar sua criminalização. [...] 105. **Promoveremos a realização progressiva do direito à moradia adequada como um componente do direito a um padrão de vida adequado** (ONU-Habitat, 2017, p. 19-39, grifo nosso).

Conforme indica De Marco (2013), os valores constitucionais que formam a ordem jurídica objetiva, acabam por tornar tênue as distinções de proteção entre o direito geral da personalidade, com especial destaque ao livre desenvolvimento da personalidade, e os demais direitos fundamentais,

tais como a categoria dos direitos sociais, que se ligam a liberdades de ordem fática.

Nesse escopo, o direito à moradia adequada deve ser compreendido para além da órbita econômica, o que exige uma releitura do significado do direito à moradia adequada, de forma a efetivá-lo e garanti-lo a todos. Conforme mostra Milagres (2009), o direito à moradia tem uma transcendência econômica, uma autonomia normativa, que supera os institutos base do direito civil de característica patrimonial, como os direitos reais, a título de exemplo, a propriedade. O direito à moradia deve ser construído sob a existência humana, e não sobre conteúdos patrimoniais. Ao afirmar isso, se quer dizer que o direito à moradia deve ser integrado junto a uma concepção dos direitos de personalidade.

Ao abordar o direito à moradia adequada junto ao livre desenvolvimento da personalidade, afasta-se de uma visão reducionista dos direitos fundamentais sociais, que os observa e os aborda desde a perspectiva clássica da tradição civilista.

A moradia, desse modo, vista em conjunto com o livre desenvolvimento da personalidade, deve ser entendida, para Milagres (2009), como a manifestação da identidade pessoal e da privacidade, intimidade e segredo. A moradia se relaciona com o direito de todo ser humano de estar geograficamente fixado, o que lhe reconhece individualidade frente aos demais. No que toca ao direito à privacidade, intimidade e segredo, toda a pessoa tem o direito de resguardar-se sobre as várias esferas da vida privada, como abrigar-se, com o fim de evitar a intervenção alheia em sua existência, para evitar a malícia pública, de modo que os limites espaciais da casa ofereçam essa proteção.

Conforme previsto no encarte da Secretaria de Direitos Humanos (Brasil, 2013), os seres humanos, como criaturas frágeis, precisam de abrigo aos seus corpos, para que se protejam das adversidades do clima; porém,

para além do corpo físico, o homem precisa também de um abrigo, um lugar, que propicie que pense, interaja, que produza memórias, que expresse sua individualidade e que faça isso com privacidade.

Para Orrego (2010), a falta de uma moradia adequada atenta contra vários direitos, sendo um deles o livre desenvolvimento da personalidade, pois impede que a pessoa eleja sua residência, viva com privacidade a vida familiar e que, muitas vezes, não contem com um domicílio para ser localizado. A qualidade de vida, assim, conecta-se diretamente com o ambiente que rodeia o indivíduo no dia a dia. A insatisfação com a habitação, para autora, afeta a qualidade de vida. Cada pessoa precisa de um espaço físico para o desenvolvimento da personalidade, espaço que deve levar em consideração as necessidades dos ocupantes, como a idade dos membros, adequação da habitação ao tamanho da família, cultura e religiosidade da família, entre outros aspectos.

Ainda, ao analisar o fundamento do direito à moradia adequada segundo prescrito pela ONU e exposto na primeira seção do estudo, é possível conectar o direito à moradia adequada com os seguintes direitos à personalidade: ponto 1, 4 e 6 com o direito à integridade física; ponto 2 e 3 com o direito à vida e ponto 7 com o direito à identidade cultural.

Dessa relação com direitos da personalidade em espécie, conecta-se, também, a moradia, com um rol aberto que decorre de um direito geral da personalidade, derivado da constitucionalização do direito, o que permite potencializar o uso argumentativo da personalidade para além das categorias privatistas liberais (De Marco, 2013). O livre desenvolvimento da personalidade, assim, absorve em sua compreensão o direito à moradia adequada, pois para o homem poder desenvolver amplamente sua personalidade, precisa gozar do direito à moradia adequada.

Quanto à dignidade da pessoa humana, concordamos com Noguera (2010), quando este diz que a história da dignidade é ponto de referência e a liberdade sempre foi o marco e princípio de luta por direitos. Nesse sentido, a

dignidade ganha novas formas de luta no decorrer da história e é imprescindível levar em consideração que os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, trazem consigo uma nova dimensão da dignidade humana, ligada à igualdade substancial e à liberdade fática, momento em que a moradia adequada passa a ser relevante ao ordenamento jurídico e para a existência humana.

A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais amplia o leque de deveres e obrigações para que haja o efetivo direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, o qual hoje se conecta às dimensões de direitos. A personalidade humana, assim, é construída historicamente no direito¹⁶ e, hoje, abrange direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Todos esses direitos, assim, devem ter sua eficácia garantida por meio de aplicação do *direito geral da personalidade*. No mesmo sentido, o direito à moradia adequada relaciona-se, diretamente, com o direito geral da personalidade, na medida em que sua plena efetivação se relaciona diretamente com o livre desenvolvimento da personalidade, no sentido de redução das desigualdades, erradicar a pobreza e a dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como os demais direitos humanos, o direito à moradia deve ser entendido no contexto da indivisibilidade e na necessidade de inter-relação

¹⁶ Nesse ponto, concordamos com Perez Luño (1995, p. 62), o qual indica que os direitos humanos podem ser abordados por três modos: jusnaturalista; positivista; e realista. Para o autor, a abordagem unicamente em uma das vertentes empobrece a compreensão dos direitos humanos, os quais devem ser abordados conjuntamente dos três modos: “*Como resumen de lo expuesto puede advertirse que, mientras el iusnaturalismo sitúa el problema de la positivación de los derechos humanos en el plano filosófico y el positivismo en el jurídico, para el realismo se inserta en el terreno político, aunque también, como se ha visto, otorgue una importancia decisiva a las garantías jurídico-procesales de tales derechos. Es evidente que, en el plano práctico, estas tres instancias se condicionan mutuamente, siendo todas ellas necesarias para el desarrollo positivo de los derechos fundamentales. Que al estudiar el proceso de positivación deba insistirse más en su significación jurídica no significa que sobre la misma no estén gravitando determinadas concepciones filosóficas que, en última instancia, forman su soporte ideológico; ni que el problema de la positivación pueda quedar totalmente desvinculado de los factores sociales y las técnicas jurídicas que determinan su garantía*”.

de direitos, que inclui nele o aspecto físico e material do espaço, bem como as dimensões emocional, mental e espiritual. O direito humano à moradia adequada não pode ser visto isoladamente, pois para o seu pleno gozo, outros direitos devem, também, ser assegurados, como o direito à personalidade.

Nesse sentido, as pessoas devem tanto ser asseguradas do direito de não ser sujeito a interferências arbitrárias ou ilegais na privacidade, na família, no lar ou na correspondência, bem como devem ter a possibilidade de participar e colaborar para decisões.

Os direitos da personalidade, após a constitucionalização do direito, estão inscritos em um rol ampliativo, em um chamado direito geral da personalidade. Nesse sentido, decorre do direito geral da personalidade, o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade que, mesmo não positivado expressamente na Constituição, é garantido pela leitura conjunta do direito geral da personalidade junto à dignidade humana, garantia possibilitada pela abertura material do § 2º do art. 5º.

O desenvolvimento da personalidade, entretanto, para ser alcançado, precisa também incluir, em seu conteúdo, a ampliação da personalidade por meio das capacidades substantivas, ou seja, pelas liberdades fáticas, garantidas especialmente pelos direitos sociais, como a moradia. A personalidade desenvolvida é limitada pela pobreza, e não só pela pobreza relacionada à renda, mas uma pobreza multidimensional, o que inclui a ausência de moradia adequada/digna.

Por fim, ressaltamos que o estudo buscou ampliar a participação e a informação sobre os direitos, no caso, os direitos de personalidade e moradia adequada, com o fim de propiciar um breve esclarecimento sobre a importância de uma leitura integrada dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRAINC; FGV PROJETOS. **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos**. 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ANEHAB-Estudo-completo.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

ANDRADE, F. S. A Tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. **Revista de derecho privado**, n. 24, p. 81-111, ene./jun. 2013.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – Pidesc. Promulgação. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 25 maio 2022.

BRASIL. Secretaria dos Direitos Humanos do Brasil. **Direito à moradia adequada**. 2013. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000225430>. Acesso em: 25 maio 2022.

DE MARCO, C. As dimensões e perspectivas do direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 13-49, jan./jun. 2013.

FERRAJOLI, L. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Madrid: Editorial Trotta, 2018.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**: 2015. 2018. 78 p. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.mg.gov.br/consulta/consultaDetalheDocumento.php?iCodDocumento=76871>. Acesso em: 25 maio 2022.

IBGE. **Pesquisa nacional por amostra de domicílios contínua**. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=downloads>. Acesso em: 25 maio 2022.

LUNO, A. E. P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

MILAGRES, M. O. **Direito à Moradia**. Direito especial de personalidade? 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-96NMX4/1/direito_marcelo_de_oliveira_milagres_tese.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

MORALES, L. **Derechos sociales constitucionales y democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

NOGUERA, A. **Los Derechos Sociales en Las Nuevas Constituciones Latinoamericanas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOVAIS, J. R. **Direitos Sociais**. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Coimbra editores, 2010.

ONU. **Declaração de Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

ONU HABITAT. **Nova Agenda Urbana**. 2017. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf>. Acesso em: 25 maio 2022.

ONU. **Resolution adopted by the Human Rights Council on 26 September 2019**. 9-27 set. 2019. Disponível em: https://digitallibrary.un.org/record/3837297/files/A_HRC_RES_42_15-EN.pdf. Acesso em: 25 maio 2022.

ONU. **Vienna Declaration and Programme of Action**. 25 jun. 1993. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/vienna-declaration-and-programme-action>. Acesso em: 25 maio 2022.

ORREGO, G. E. **El Derecho a una Vivienda Digna y Adecuada en el Ordenamiento Jurídico Español**. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito Universidade de Alcalá, 2010. Disponível em: https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/9143/TESIS_GildaEsp%c3%adnolaOrrego.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 maio 2022.

ORTIZ, V. P. **El derecho a una vivienda digna y adecuada**. En la Constitución, la Jurisprudencia y los Instrumentos Internacionales de derechos humanos. Colombia: Imprenta Nacional de Colombia, 2009.

PIERROTH, B.; SCHLINK, B. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

RIVADENEIRA, R. A. Derechos Sociales. In: FABRA ZAMORA, J. L.; RODRÍGUEZ BLANCO, V. (eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho**. Vol. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

STRECK, L. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WARREN, S.; BRANDEIS, L. The Right to Privacy. **Harvard Law Review**, v. IV, n. 5, dec. 15, 1980. Disponível em: https://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html. Acesso em: 25 maio 2022.

SÃO OS DIREITOS COMO TRUNFOS DISPONÍVEIS? REFLEXÕES À LUZ DA TEORIA DOS DIREITOS DE RONALD DWORKIN

RIGHTS AS TRUMPS AS ALIENABLE RIGHTS: SOME THOUGHTS ABOUT DWORKIN'S THEORY OF RIGHTS

Letícia de Campos Velho Martel¹

1 INTRODUÇÃO

É tradicional a afirmação de que os direitos fundamentais são indisponíveis. Diversos textos acadêmicos, manuais, declarações internacionais, constituições e leis assim referem. A assertiva assume duas conotações, cada qual pertencente a um plano. A primeira é conceitual-descritiva, isto é, sustenta que a indisponibilidade integra o próprio conceito de direito fundamental, é intrínseca ao direito. A segunda, a normativa, sustenta que os direitos fundamentais *devem ser* indisponíveis, existindo justificção para o uso da coercibilidade estatal, para impedir a disposição dos direitos fundamentais.

Em qualquer dos planos, a afirmação é problemática. No conceitual-descriptivo, a quantidade de contraexemplos é intensa, a ponto de lançar em risco sua adequação à realidade e às práticas jurídicas existentes. No plano normativo, é um problema de justificção. Será, efetivamente, justificada a coercibilidade estatal para impedir um indivíduo de se despojar de seus próprios direitos? Se uma pessoa decidir, por ato de vontade, submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo, dispondo de seu direito à integridade física, poderá ser legitimamente impedida pela ordem jurídica, por que o seu próprio direito à integridade física deve ser indisponível?

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. *E-mail*: camposvelho@gmail.com.

O objetivo desse ensaio é refletir, no plano normativo, sobre a (in) disponibilidade dos *direitos como trunfos*, tal qual conceituados pelo jusfilósofo Ronald Dworkin. O ponto de partida é uma afirmação constante em um texto de Jorge Reis Novais, na qual ele sugere que conceber direitos como trunfos significa, necessariamente, aceitar a disponibilidade *prima facie* de tais direitos. A ideia central que será exposta é a de que, embora a concepção de direitos-trunfo possa oferecer um argumento a favor da disponibilidade de determinados direitos em circunstâncias específicas, não é hábil a sustentar uma tese normativa ampla de disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais. Serão elencadas três ordens de razões para sustentar a inadequação da tese da necessária disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo: a) seu desajuste em relação ao modo como Dworkin compreende os direitos de liberdade; b) (b.1) seu distanciamento da teoria dworkiniana a do direito e dos direitos como conceitos interpretativos; (b.2) sua atuação mecânica, como se regra fosse, gerando uma fuga dos argumentos de princípio e, via de consequência, dos problemas morais subjacentes aos *casos difíceis*; e c) seu possível distanciamento em relação ao componente substantivo axiomático do edifício teórico de Dworkin, o dever de tratar a todos com *igual respeito e consideração*.

Para tanto, será exposto o conceito de disposição de um direito fundamental e será delimitado o campo de trabalho aos direitos-trunfo, a fim de criar um espaço léxico comum que torne possível a discussão (itens 2 e 3). A seguir, serão explorados os sentidos possíveis da afirmação feita por Jorge Reis Novais (1996), acerca da disponibilidade *prima facie* dos *direitos-trunfo* (item 4). Após, serão desenvolvidos os argumentos que visam refutar a noção de disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo, na sequência descrita no parágrafo anterior (itens 5, 6 e 7). Tais argumentos serão elaborados com esteio nas seguintes obras de Ronald Dworkin: a) levando os direitos a sério (2002); b) o império do direito (1999); c) o domínio da vida (2003), bem como no opúsculo *Rights as trumps*, publicado em coletânea organizada por Jeremy

Waldron (1984). Como apoio, serão empregados textos de comentadores, bem como obras sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais e alguns clássicos da filosofia política.

2 DISPOSIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DEMARCAÇÕES CONCEITUAIS NECESSÁRIAS

Dispor de um direito fundamental é enfraquecer, por força da expressão de vontade do titular, uma ou mais posições jurídicas subjetivas de direito fundamental perante terceiros, quer seja o Estado, quer sejam particulares (Novais, 1996). A chave da ideia está no consentimento, ou seja, na manifestação volitiva genuína do titular hábil a alterar posições jurídicas. Portanto, afirmar que um direito fundamental é indisponível, significa que o consentimento do titular não enseja o enfraquecimento de posições jurídicas de direitos fundamentais, em face de terceiros, ou seja, “é um direito em razão do qual o consentimento do titular não justifica que **outrem** o infrinja, e que o consentimento **não** gera qualquer **nova obrigação** para o titular. Ao titular de um direito indisponível falta autoridade normativa para efetuar tais modificações”².

A disposição é uma categoria que encampa a renúncia, a alienação e a transmissão voluntárias. Os enfraquecimentos de posições jurídicas de direitos fundamentais provindos da incidência de normas jurídicas, mediante sanção, mesmo que para tanto concorra um comportamento omissivo ou comissivo do titular, não estão englobadas no conceito. Em assim sendo, a perda, suspensão ou as restrições legislativas, administrativas e judiciais, punitivas ou não, são distintas da disposição de um direito, pois o elemento gerador é a incidência normativa, não o consentimento (Feinberg, 1980;

² “[...] an inalienable right is such that the possessor’s consent does not justify another in infringing that right and that consent does not bring about any new obligations on the possessor. The possessors of inalienable rights lack the normative authority to effect such changes” (McConnell, 2000, p. 19). Salienta-se que o autor labora com direitos que implicam deveres.

McConnell, 2000; Novais, 1996)³. As primeiras são limitações heterônomas do direito, a segunda, autônoma (Novais, 1996).

Do conceito oferecido à disposição compreende-se que ela é intersubjetiva e limitada aos direitos que implicam deveres. Destarte, situações de dano a si que não são intersubjetivas estão fora do conceito de disposição. Se uma pessoa comete suicídio, sozinha e sem qualquer auxílio ou instigação por terceiro, não dispõe do direito fundamental à vida, porquanto não desobriga qualquer pessoa (nem o Estado) mediante seu consentimento. Dessa maneira, se uma pessoa permitir, mediante consentimento, que um terceiro realize o ato de matá-la (e.g., eutanásia), disporá do seu direito fundamental à vida, pois o consentimento visou a desobrigar terceiro e a enfraquecer posições jurídicas de direito fundamental que protegiam o titular.

Em um primeiro olhar, tende-se a acreditar que o titular de um direito indisponível goza de mais posições jurídicas do que o titular de um disponível. Todavia, o que ocorre é exatamente o inverso. A indisponibilidade do direito pode ser uma restrição lançada sobre a esfera das liberdades do titular, o qual não poderá, por ato de vontade, dele se despojar. Nesse ensejo, compreende-se que a disposição de um direito fundamental pode ser um ato complexo, pois pode envolver, simultaneamente, o exercício e a restrição de direitos fundamentais (McConnell, 2000; Meyers, 1985).

Diante dessa constatação, percebe-se que, quando se impede alguém de dispor do seu direito, está-se, ao mesmo tempo, preservando posições jurídicas decorrentes do direito e, possivelmente, restringindo as liberdades do titular. Como efeito da indisponibilidade, pode haver a restrição de uma ou mais liberdades. É exatamente o entendimento de que a indisponibilidade pode possuir efeitos colaterais sobre as liberdades que dá azo a muitas teorias que a denegam ou a relativizam. É nesse ambiente que se situam,

³ Diana Meyers (1985) não compactua com a centralidade do consentimento na definição de indisponibilidade. Para a autora, a chave é a *cooperação* do titular.

em boa medida, as discussões teóricas e práticas acerca da disposição de direitos fundamentais⁴.

Uma vez conceituada a disposição de direitos fundamentais, passa-se ao exame da categoria direitos-trunfo, consoante trabalhada por Ronald Dworkin.

3 COMPREENDENDO OS DIREITOS-TRUNFO

Tornou-se famosa a metáfora dos direitos como trunfos, elaborada por Ronald Dworkin. Segundo o autor, *“rights are best understood as trumps over some background justifications for political decisions that states a goal for the community as a whole”* (Dworkin, 1984, p. 153). Em linhas gerais, a afirmação significa que uma meta coletiva de uma comunidade não é justificação suficiente para que essa mesma comunidade empregue a coercibilidade estatal para restringir ou lesar algum direito-trunfo. Assim, o direito-trunfo, quando confrontado com a meta coletiva (argumento de política), vence, via de regra⁵. Quando confrontado com um argumento de princípio, será então necessário, considerados todos os aspectos, decidir qual grupo de argumentos receberá maior peso, no caso⁶. Nessa hipótese, haverá um caso

⁴ Judith Jarvis Thomsom (1990), por exemplo, não acredita que existam direitos indisponíveis. Para ela, o ônus argumentativo de considerar um direito indisponível recai sobre quem pretenda fazê-lo. Para este texto, discute-se a indisponibilidade dos direitos da personalidade, determinada pelo Código Civil Brasileiro (Cunha, 2002, 2005).

⁵ Diz-se *via de regra*, pois o próprio Dworkin admite que algumas – raras – metas coletivas emergenciais poderão vencer um direito-trunfo, a depender do contexto. É mister salientar que tal ocasião é admitida apenas raramente, em situações nada ordinárias. Dworkin (2002), quando se refere a metas de “urgência especial”. Dworkin (1999), quando se refere à legitimidade do direito como um todo e menciona certas circunstâncias especiais, nas quais argumentos antagônicos são particularmente fortes e podem atuar, desde que se mantenha a legitimidade do sistema.

⁶ Dworkin (2002, p. 131) distingue os argumentos de política dos argumentos de princípio, informando que, embora eles não esgotem a argumentação política, são seus fundamentos essenciais: “os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”. Já os argumentos de princípio “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita o direito de um indivíduo ou de um grupo”.

difícil, no qual, dentre os direitos abstratos concorrentes, talhar-se-á um direito concreto (de modo não retroativo, segundo Dworkin).

Dworkin distingue diversas categorias de direitos. Não é qualquer direito que assume o posto de direito-trunfo. Os direitos legislativos, aqueles criados pelo legislador na formulação de uma determinada política, não possuem esse caráter, e poderão ser revistos pelo mesmo legislador⁷. Os direitos-trunfo são aqueles preexistentes, identificados em uma comunidade de princípios – uma comunidade personificada, cujo elo entre as pessoas é a fraternidade e não um mero acidente geográfico ou uma mera convenção. A identificação de tais direitos ocorre com fulcro na ligação substantiva com o seu fundamento, a *concepção liberal da igualdade*⁸, com exame da distribuição dos direitos (via de regra, os direitos-trunfo não podem ser reconhecidos a um grupo e não a outros), bem como mediante o recurso à tradição, à história institucional e à moralidade comunitária. No caso estadunidense, alguns direitos-trunfo figuram, também, no texto da Constituição. Dworkin não oferece uma lista dos direitos-trunfo, tampouco concebe uma fórmula mecânica que permita a sua identificação. Reconhecer um direito-trunfo é uma tarefa interpretativa, para a qual é imprescindível assumir a comunicação entre a moralidade e o direito⁹.

⁷ Todavia, é crucial compreender que os direitos criados por lei devem ser aplicados pelo Poder Judiciário não como uma questão de política, mas como uma questão de princípio, sob pena de ferir-se a igualdade. É o caso, *e.g.*, de um subsídio estatal. Se o legislador decide subsidiar a produção de trigo e não a de milho, os produtores de milho não têm um direito a exigir do legislador o subsídio. Todavia, uma vez que ele seja concedido pelo legislador, e um plantador de trigo seja injustificadamente alijado do subsídio, cabe ao órgão judicante tratar a questão de princípios e não de política. Dworkin (2002), em exemplo sobre a indústria aeronáutica e Dworkin (1999), com o exemplo sobre os subsídios para o milho e não para outros produtos, comparado à concessão de subsídios com base na religião do plantador.

⁸ O *igual respeito e consideração* é um postulado que Dworkin presume que todos aceitem. É axiomático e dele derivam os direitos particulares: “o governo deve tratar aqueles a quem governa com consideração, isto é, como seres humanos capazes de sofrimento e frustração e, com respeito, isto é, como seres humanos capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas, e de agir de acordo com elas”. A noção de respeito, pela explicação fornecida, possui uma ligação com a liberdade. Porém, não se trata de um direito geral de liberdade, mas de direito a liberdades básicas (Dworkin, 2002, p. 419-421).

⁹ Assim como não é tarefa mecânica, a identificação dos direitos-trunfo também não está amparada, segundo Dworkin, em categorias metafísicas: “Os direitos individuais são trunfos políticos que os indivíduos detêm. Os indivíduos têm direitos quando, por alguma razão, um objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, deseja ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor uma

De pronto se percebe que um direito-trunfo não se confunde com o conceito de direito fundamental enquanto norma jurídica positivada, como trabalhado por muitos juristas da família da *civil law*. Os direitos-trunfo são antes *direitos morais*, que adentram, pela via interpretativa, no direito, tornando-se vinculantes. Assentam-se na justificação moral, por seu elo com a concepção liberal de igualdade e não se confundem com a positivação de normas de direito fundamental. Por essa razão, neste trabalho, o recurso à expressão direitos fundamentais confina-se à noção de direitos-trunfo, como concebida em Dworkin, e não se estende a todos os direitos que se encontram positivados como direitos fundamentais, especialmente quando se tem em conta Constituições analíticas, como a brasileira e a portuguesa. Somente assim poder-se-á discutir a afirmação de Reis Novais (1996) sobre a disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo.

4 DIREITOS-TRUNFO E DISPONIBILIDADE: O PONTO DE PARTIDA PARA A DISCUSSÃO

Em excelente estudo sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais, no qual propõe uma série de critérios para a admissibilidade da disposição de tais direitos, Jorge Reis Novais (1996) faz a seguinte afirmação sobre a relação entre os direitos-trunfo e a disponibilidade:

perda ou dano. Sem dúvida, essa caracterização de direito é formal, no sentido de que não indica quais direitos as pessoas têm, nem garante de fato que elas tenham algum. Mas não pressupõe nenhuma metafísica especial. Portanto, a teoria defendida nesses ensaios distingue-se das teorias mais antigas que apoiam tal suposição". E ainda: "Não faz parte de minha teoria afirmar, por exemplo, que existe algum procedimento mecânico para demonstrar quais direitos políticos, preferenciais ou jurídicos um indivíduo possui" (Dworkin, 2002, p. XV, XIX). E em passagem de o "Império do Direito", afirma: "Na verdade, Hércules vai chegar a essa conclusão a partir da história e prática constitucionais: embora a constituição deixe cada Estado livre em questões de política, sujeitos apenas à restrição há pouco descrita, insiste em que cada Estado reconheça certos direitos, limitando qualquer justificativa coletiva que venha a utilizar, qualquer ponto de vista que possa ter sobre o interesse geral. A questão interpretativa crucial que se coloca é, então, saber que direitos são esses" (Dworkin, 1999, p. 456).

É que, se a **titularidade** de um direito fundamental é uma posição jurídica de vantagem do indivíduo em face do Estado, é um 'trunfo' nas mãos do indivíduo (Dworkin), então da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e da auto-determinação – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular de dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria¹⁰.

Em primeiro lugar, considera-se que a afirmação de Novais (1996) sugere que o próprio conceito de direitos-trunfo conduz, necessariamente, à aceitação de sua disponibilidade. Os termos da frase são bastante peremptórios, levando a crer, até mesmo, que os direitos-trunfo seriam definitivamente disponíveis. Porém, essa noção de direitos definitivamente disponíveis, que não admitiriam sequer considerações de princípio como justificação estatal para torná-los indisponíveis é por demais excessiva, pois reduz drasticamente a capacidade de um sistema jurídico de coibir certas relações jurídicas, ao não permitir que o faça sequer para proteger outros direitos concorrentes. A afirmação não se ajusta às práticas de grande parte dos sistemas jurídicos ocidentais e não se coaduna com o intento de Novais. Desse modo, opta-se por compreender a afirmação, como sugerindo que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis, existindo a possibilidade de o ordenamento jurídico tratá-los como indisponíveis, com fulcro em argumentos de princípios concorrentes que, nas circunstâncias em apreço, tudo considerado, recebam maior peso. Nesse último caso – direitos-trunfo *prima facie* disponíveis –, o ônus argumentativo recairia sobre quem

¹⁰ Esse parágrafo situa-se na parte III do artigo, item 1, intitulado “*Natureza e fundamentos jurídicos do poder de disposição individual sobre posições de direitos fundamentais*”. Nesse item e no subsequente, Novais (1996) justifica o seu ponto de partida – a disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais. Ao invocar os direitos-trunfo, ele está arrazoando o fundamento da disponibilidade, logo após recusar alternativas paternalistas. É muito importante tornar claro que esse excerto relativo aos direitos-trunfo confina-se ao objetivo de demonstrar o fundamento da disponibilidade *prima facie* e não traduz a globalidade do pensamento do jurista português. O que se discute neste trabalho é apenas o emprego da categoria direitos-trunfo como um dos fundamentos da disponibilidade *prima facie* e não as demais posições e conclusões de Novais, as quais, aliás, são dignas de nota e apreço, pela profundidade e acuidade com que são tratadas.

pretendesse que um direito-trunfo fosse tratado como indisponível e seria um ônus de argumentos de princípios, não de metas coletivas.

Partindo de duas razões, a dignidade e a liberdade (autonomia e autodeterminação), Novais (1996) compreende que um direito-trunfo é uma posição de vantagem, cabendo ao titular defini-la, de modo que, se na aceção do titular, o direito-trunfo converter-se em um ônus indesejado, ele poderá despojar-se desse direito. Entende-se que essa afirmação pode ser lida de duas maneiras: a) cada direito fundamental representa, por si mesmo, uma esfera de controle do titular. Essa esfera permite que o titular, no exercício de autonomia advinda do próprio direito fundamental, despoje-se do direito se assim desejar; b) a autonomia, como direito distinto e independente, é exercida quando um titular de um direito fundamental decide dele dispor. No primeiro caso, a autolimitação é consequência do exercício do próprio direito que sofre a limitação (para cada direito haveria potencialmente, pois, uma espécie de *direito-antítese*, e.g., para o direito à vida, o direito de morrer, e assim sucessivamente). No segundo, um direito atua e de seu exercício decorre a autolimitação de outro direito.

Explicando melhor, nos dois vieses, o consentimento é um exercício de liberdade. A matriz dessa liberdade pode estar no próprio direito ou pode estar em outro (um direito geral de liberdade). No primeiro caso, o direito é compreendido como uma esfera de controle do titular, que pode decidir, no espaço desse controle, livrar-se do direito. É uma questão conceitual, porquanto, na medida em que o direito é uma posição de vantagem, não pode converter-se em ônus, pois a vantagem e o ônus são definidos pelo titular. Na segunda aceção, existe um direito geral de liberdade que permite ao titular de direitos fundamentais despojar-se deles, se considerar vantajoso. Em ambos, a indisponibilidade significa uma ablação a um direito. Tornar um direito indisponível significaria retirá-lo da esfera de controle de seu titular, e, como ele é essa esfera de controle, operar-se-ia um impedimento no exercício

do direito. Ou, no caso de um direito geral de liberdade, a indisponibilidade significaria uma restrição a esse direito de liberdade e não ao direito autolimitado.

Em qualquer das vertentes, a concepção de autonomia, do espaço de liberdade, é ampla. Na primeira, cada direito viria acompanhado de tal autonomia, sob pena de descaracterizar-se, convertendo-se em ônus. Na segunda, o ponto de partida é a noção de um direito geral de liberdade. Em termos práticos, o resultado obtido é muito semelhante, disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais em razão de uma compreensão abrangente da liberdade/autonomia. É exatamente esta noção abrangente de liberdade que merece ser discutida à luz da tese dworkiniana, uma vez que Dworkin, em que pese ser um liberal, não subscreve a existência de um direito geral de liberdade. Para efetuar essa discussão, partir-se-á da leitura (b), pois acredita-se que ela é a mais condizente com o modo como Dworkin trabalha os direitos fundamentais¹¹.

Antes de adentrar nesse assunto, um ponto necessita ser aclarado, a compreensão que Novais (1996) oferece à dignidade humana **no excerto em exame**. O autor menciona, além da autonomia, a dignidade como justificação para a disponibilidade *prima facie* dos direitos-trunfo. Apesar da intensa polissemia e da indeterminação do princípio da dignidade humana, é claro que Novais (1996) a utilizou, no trecho, com um sentido de dignidade como independência do sujeito, como a possibilidade de o titular de um direito

¹¹ Neste artigo, os argumentos serão construídos tendo em vista a segunda leitura (b), pois é a que mais se aproxima do modo que Dworkin concebe os direitos e a concorrência entre eles. Um exemplo claro disso é a formulação feita na obra “O domínio da vida”, na qual Dworkin não menciona, em momento algum, que é do próprio direito à vida que advém a possibilidade de um indivíduo decidir pela eutanásia, tampouco afirma que é este o direito que concorre com os argumentos de princípio que intencionam coibir a prática da eutanásia. Ao invés, Dworkin faz um esforço argumentativo para sustentar que é a liberdade religiosa, o direito que triunfa na temática da eutanásia, pois é a partir dele que as pessoas formulam suas concepções sobre a sacralidade da vida e decidem se oferecem maior valor ao empreendimento humano ou ao natural. Também Novais, ao longo de seu texto, parece adotar a noção de que a disponibilidade é fruto de um direito de liberdade externo ao direito que está sendo autolimitado, embora essa opção não esteja clara (Dworkin, 2003; Novais, 1996).

autodeterminar-se, isto é, houve atrelamento a uma leitura específica da dignidade, que a associa à liberdade humana¹².

5 AS LIBERDADES E O DIREITO GERAL DE LIBERDADE

A afirmação feita por Jorge Reis Novais (1996) sugere que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis em função de um direito amplo de liberdade. Desta feita, todos os direitos fundamentais seriam *prima facie* disponíveis. A fim de impedir a disposição, deve-se arcar com o ônus argumentativo e, sendo coerente com a teoria dos direitos de Dworkin, os argumentos capazes de receber maior peso que um direito fundamental são os de princípio, não os de política. Sustenta-se que essas considerações não se coadunam com o pensamento de Dworkin acerca dos direitos de liberdade.

Em diversos pontos da sua obra, Dworkin menciona que não abaliza a noção de um direito geral de liberdade, tampouco acredita que a liberdade seja o fundamento dos demais direitos. Para ele, existem liberdades básicas, cujo fundamento é o princípio do igual respeito e consideração (concepção liberal da igualdade). Seguindo a esteira de John Stuart Mill, Dworkin diferencia a liberdade como licença, “isto é, o grau em que uma pessoa está livre das restrições sociais ou jurídicas para fazer o que tenha vontade”, da liberdade como independência, “isto é, o *status* de uma pessoa como independente e igual e não como subserviente” (Dworkin, 2002, p. 404). A ideia de liberdade como independência é mais complexa e menos indiscriminada que a de liberdade como licença, já que ela permite distinções de comportamento.

¹² Ao longo de seu trabalho, Novais indica duas leituras diversas da dignidade humana – o viés de liberdade e o viés de constrangimento externo. Por isso, ele assume que no tema da disposição dos direitos fundamentais, a dignidade humana pode assumir uma função tautológica. Isso não o leva a negligenciá-la, apenas a retirar o conceito da centralidade na análise de uma disposição de direitos fundamentais. Por isso, é mister pôr em destaque que o enlace entre dignidade e autonomia não é o único ângulo pelo qual Novais compreende a dignidade, apenas foi o ângulo que ele adotou nesse trecho relativo aos direitos-trunfo. O termo polissemia é usado por Ingo Sarlet (2005).

Uma vez que alguém ofereça um argumento geral em prol da liberdade como licença, “seu argumento também apoia, pelo menos *pro tanto*, a liberdade de formar monopólios ou de apedrejar vitrines de lojas” (Dworkin, 2002, p. 405)¹³.

Dworkin é deveras claro ao refutar um direito geral de liberdade, tornando-se pertinente transcrever alguns trechos do seu desenvolvimento argumentativo:

[...] Na verdade, parece-me absurdo supor que homens e mulheres tenham qualquer direito geral à liberdade, pelo menos do modo como a liberdade tem sido concebida por seus defensores. Tenho em mente a definição tradicional da liberdade como a ausência de restrições impostas pelo governo ao que um homem poderia fazer, caso desejasse. No mais famoso ensaio moderno sobre a liberdade, Isaiah Berlin colocou a questão deste modo [transcrição do conceito de Berlin]. Esta concepção da liberdade como licença é neutra quanto às diferentes atividades que um homem pode buscar realizar, os diferentes caminhos que pode querer trilhar [...]. Na verdade, só é possível manter essa noção se diluirmos muito a ideia do que é um direito (*right*). E nesse caso, o direito à liberdade acaba tornando-se algo que não vale muito a pena possuir (Dworkin, 2002, p. 411-413).

Ao ligar a ideia de um direito geral de liberdade à concepção de direitos, Dworkin refere:

Para perguntar sensatamente se temos um direito à liberdade nesse sentido neutro, devemos fixar-nos em único sentido da palavra ‘direito’ (*right*). Não é difícil encontrar um sentido desse termo que nos permita dizer, com alguma confiança, que os homens têm um direito à liberdade. Podemos dizer, por exemplo, que uma pessoa tem um direito à liberdade se for do

¹³ Para o tema em análise, é interessante observar na íntegra o argumento de Dworkin (2002, p. 405): “A liberdade como licença é um conceito indiscriminado porque não distingue entre formas de comportamento. Toda lei prescritiva diminui uma **liberdade como licença**, antes disponível para os cidadãos: boas leis, **como as que proíbem o homicídio**, diminuem **essa** liberdade da mesma maneira, e possivelmente em um grau maior do que as más leis, como as que proíbem a liberdade de expressão política. A questão levantada por qualquer lei desse tipo não é se ela ataca a liberdade, coisa que o faz, mas se o ataque é justificado por algum valor contrastante, como a igualdade, a segurança ou a comodidade pública. Se um filósofo social atribui um valor muito alto à liberdade como licença, ele pode ser entendido como se estivesse argumentando que esses valores contrastáveis têm um valor relativo mais baixo. Se ele defende a liberdade de expressão, por exemplo, por meio de algum argumento geral em favor da licença, então seu argumento também apoia, pelo menos *pro tanto*, a liberdade de formar monopólios ou de apedrejar vitrines de lojas” (sem grifos no original).

seu interesse ter liberdade, isto é, se ela quiser tê-la ou se for bom para ela ter esse direito. Neste sentido, eu estaria disposto a admitir que os cidadãos têm um direito à liberdade. Neste mesmo sentido, porém, eu teria igualmente de conceder que eles têm um direito, pelo menos em termos gerais, a sorvete de baunilha. Além disso, essa minha concessão a respeito da liberdade teria muito pouco valor no debate político [...]. Portanto, se cabe ao direito à liberdade desempenhar o papel talhado para ele no debate político, ele precisa ser um direito em um sentido muito mais forte [...]. No sentido forte que descrevi, uma reivindicação bem-sucedida a um direito tem a seguinte consequência. Se uma pessoa tem um direito a alguma coisa, então é errado que o governo a prive desse direito, mesmo que seja do interesse geral proceder assim (Dworkin, 2002, p. 413-414).

É nítido que, para Dworkin, conceber a existência de um direito geral de liberdade significa adotar um conceito fraco de direito. O direito fraco é aquele que admite restrição mediante uma justificação, quer seja baseada em argumentos de política, quer seja de princípios. Os direitos-trunfo não são direitos fracos, pelo contrário, são justamente os direitos fortes, que somente podem ser constrictos, mediante específica justificação de princípio, desde que ela assuma, tudo considerado, maior peso. Torna-se patente a inadequação da ideia de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis.

Ilustrar-se-á o argumento com casos hipotéticos. Suponha-se que um indivíduo A, um adulto saudável, decida por razões frívolas – mera diversão, ou uma desilusão amorosa – contratar B para matá-lo (essa hipótese será referida como AB). Esse indivíduo está dispondo do seu direito fundamental à vida. Se o Estado impedisse esse tipo de contrato, haveria alguma liberdade para triunfar ou concorrer com as razões apresentadas pelo Estado, exigindo-lhe atuar apenas com argumentos de princípio? A pergunta é interpretativa e exige investigar se a coerção estatal atinge uma liberdade básica de A e de B. Assume-se que, no caso, essa liberdade não se faz presente, não há um elemento de liberdade como independência, apenas liberdade como licença¹⁴. Desta sorte, não há um direito-trunfo de liberdade a ser oposto

¹⁴ Evidentemente, a resposta a tal questão interpretativa deve ser oferecida com apoio em profundos elementos concernentes à moralidade política de uma comunidade, à tradição, à

ao Estado e o direito-trunfo à vida pode ser reputado indisponível mediante qualquer justificativa plausível, quer de política, quer de princípio. Fosse o direito-trunfo à vida *prima facie* disponível em razão de um direito geral de liberdade, somente seriam aceitáveis argumentos concorrentes de princípio, jamais de política¹⁵.

É importante perceber, porém, como a situação pode mudar de acordo com o contexto. Se um indivíduo C, acometido por uma doença incurável, sofrendo intensamente e em estágio terminal, optasse pela eutanásia, dispondo do seu direito à vida ao desobrigar o médico D mediante consentimento, a proibição de tal disposição poderia significar o bloqueio de uma liberdade básica especificamente considerada, a qual somente poderia ser obliterada por fortes razões de princípio concorrentes (esse caso será chamado CD). Nessa hipótese, a liberdade básica reconhecida triunfa sobre os demais argumentos de política e concorre com argumentos de princípio, que, para justificar a proibição da eutanásia – e, portanto, da disposição do direito à vida – devem ser mais fortes do que a liberdade básica.

Não é à toa que Dworkin, em o “Domínio da Vida”, ancora seu arcabouço argumentativo em prol da permissão da eutanásia (em casos específicos) na liberdade religiosa. Ele liga a concepção acerca da sacralidade da vida ao conteúdo protegido por esta liberdade básica (Dworkin, 2003). Se

história institucional e, especialmente, ao igual respeito e consideração, com o emprego da *atitude interpretativa*. Aqui, utilizou-se uma simplificação, assume-se que não há a liberdade. Mas frisa-se, a negação da existência de uma liberdade básica não é uma tarefa mecânica ou dependente de um intuicionismo moral, ela deve ser fundamentada, segundo as diretrizes ofertadas por Dworkin.

¹⁵ Não é difícil identificar o direito à vida como um direito-trunfo. Em primeiro lugar, ele está intimamente relacionado, inclusive instrumentalmente, à noção de igual consideração e respeito. Em segundo lugar, quanto à distribuição, é um direito que não se pode negar a um grupo e reconhecer a outro, como pode ocorrer com os direitos legislativos. Em terceiro lugar, ele, de regra, não pode ser desconsiderado em função de metas coletivas. Em quarto, é um direito enraizado nas práticas e tradições jurídicas ocidentais. Um exemplo clássico do cunho *de trunfo* do direito à vida é o do paciente do quarto 306, no qual um paciente jovem pode ser doador de órgãos para outros cinco pacientes, que morrerão caso o transplante não ocorra. Os cinco pacientes não são compatíveis entre si, somente o do quarto 306 pode ser o doador. Poder-se-ia considerar a possibilidade de o paciente do quarto 306 ser compulsoriamente um doador, para que salve outras cinco vidas, quando se parte de uma moralidade baseada em direitos? Sobre o exemplo, ver Thomsom (1990, p. 173).

reputasse o direito-trunfo à vida disponível *prima facie*, sua estratégia seria incompreensível. Mas como sua tese exige a existência de uma liberdade básica para triunfar sobre os argumentos de princípio concorrentes – e não um mero direito geral de liberdade, frágil inclusive diante de argumentos de política – ele parte em busca da liberdade básica para concorrer com força diante da pretensão de coerção estatal. Frisa-se: não é a disponibilidade *prima facie* do direito-trunfo à vida que concorre com as justificações de coerção estatal, mas a presença de uma liberdade básica no ato de disposição, algo que não se fazia presente no exemplo anterior.

Aqui se percebe que a presença de uma liberdade básica no ato de disposição de um direito fundamental oferece um argumento em prol da disponibilidade de alguns direitos, em contextos específicos. Um exemplo mencionado anteriormente pode ser de valia aqui. Se um indivíduo decide submeter-se a uma cirurgia de mudança de sexo, estará dispondo do seu direito à integridade física, eis que seu consentimento permite a terceiro, agir de forma que não poderia se não houvesse a manifestação volitiva genuína do titular do direito. Nessa hipótese, ao consentir, o titular exerceu uma liberdade básica, contida em seu direito de privacidade. Com esse exercício, autolimitou seu direito fundamental à integridade física. Se a comunidade deliberar e decidir proibir tal ato cirúrgico, tornando indisponível o direito à integridade física nessa situação, o titular do direito poderá opor a sua liberdade básica como um trunfo contra a maioria moral que o impede de exercê-la. Somente mediante fortes argumentos de princípio – mais fortes que a liberdade básica – será justificada a coerção estatal nesse caso. Ela não seria justificável mediante argumentos de política, que visassem metas coletivas, pois a liberdade básica triunfaria.

Porém, da constatação de que há hipóteses nas quais a presença de uma liberdade básica pode ser um argumento de princípio a favor da disponibilidade de um direito-trunfo, não se pode saltar para a conclusão de

que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis. Em inúmeras circunstâncias não serão *prima facie* disponíveis, pois simplesmente, não haverá uma liberdade básica no ato de disposição. A única forma de se sustentar, com generalidade, que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis é adotar essa expressão em um sentido demasiadamente fraco, com esteio em um direito geral de liberdade mais frágil que um cristal. Como escreve Dworkin em outros contextos, um direito putativo como esse, nada acrescenta ao debate.

6 INTERPRETAÇÃO, PRINCÍPIOS, MORALIDADE E COERÊNCIA

Até esta etapa, sustentou-se que a ideia de direitos-trunfo disponíveis *prima facie* não se mostram compatíveis com a concepção de Ronald Dworkin acerca das liberdades básicas. Neste tópico, argumentar-se-á que a associação entre um direito-trunfo e uma vantagem que será definida pelo titular, em que pese invocar princípios como a liberdade e a dignidade, opera de modo mecânico e acontextual, distanciando-se tanto do Netuno de Dworkin – a integridade – quanto da própria ideia de princípios e direitos, eis que estes são vinculados à moralidade e à integridade.

Para chegar à conclusão de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis, é necessário assumir que o direito é uma vantagem a ser definida pelo titular, ao ensejo da sua liberdade e dignidade. O modo como a liberdade opera, assim como o próprio conceito de direito-trunfo, são mecânicos. Titularidade de um direito-trunfo é vantagem, é liberdade do titular definir, oferecer conteúdo, à noção de vantagem, logo, os direitos-trunfo são disponíveis *prima facie*. Na medida em que grande parte dos casos sobre disposição de direitos-trunfo são casos difíceis, que envolvem complexas questões de moralidade política, essa concepção dedutiva da disponibilidade dos direitos-trunfo – mesmo que *prima facie* – age de forma análoga ao agulhão semântico, paralisando-os.

Dworkin concebe o direito e os direitos como conceitos interpretativos, sem aceitar fórmulas mecânicas e testes de *pedigree* para determinar quais eles são e como operam. Ao compreender o direito como integridade, Dworkin sustenta a necessidade de reconstrução da coerência do sistema pelo intérprete-partícipe, que deve tratá-lo como uma *teia inconsútil* (se possível, evidentemente). A interpretação (não-mecânica e não-neutra) ocorre mediante a atitude interpretativa, que não é apenas descritiva, mas também, propositiva (a interpretação deve pôr em prática um valor) e aplicativa¹⁶. Entende-se que a noção de direitos-trunfo *prima-facie* disponíveis não atendem nem à ideia interpretativa, nem à de teia inconsútil, dois fatores primordiais à integridade.

Em um caso referente à disposição de direitos-trunfo, a atitude interpretativa mostra-se presente desde a identificação de um direito-trunfo até a solução final. Não se pode isolar uma dessas etapas e sustentar – com apoio em técnicas dedutivas, pré-concepções ou conceitos semânticos – que há um ponto de partida pré-determinado. Não apenas o ponto de chegada é determinado interpretativamente, o de partida também o é. Então, a questão de, se um direito-trunfo num certo contexto é *prima facie* disponível, é uma indagação interpretativa. Para respondê-la, o intérprete lançará mão do complexo método da integridade, que envolve, dentre outros elementos, a avaliação da adequação às práticas jurídicas de uma comunidade e da sua

¹⁶ A *atitude interpretativa* é uma forma de interpretação criativa, por destinar-se a práticas sociais. Os planos de descrição, compreensão e aplicação não estão separados. Ela compreende três etapas: a) “pré-interpretativa”, na qual são identificadas as regras e os padrões que se considera fornecer o conteúdo experimental da prática; b) interpretativa, na qual se elabora uma justificativa geral para os principais elementos das práticas identificadas na primeira etapa. “A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente, para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta uma prática, não como alguém que inventa uma prática”; c) pós-interpretativa, na qual o intérprete ajusta sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa. Ele pode propor reformulações e, até mesmo, sugerir que toda a prática tem sido um erro à luz daquela justificativa. Entrementes, empregar a atitude interpretativa não significa que o intérprete possa fazer da prática o que bem entender, ele é constrangido pela história e pela forma da prática. Essa posição dworkiniana possui raízes na hermenêutica de Gadamer, o qual, para Dworkin, “acerta em cheio ao apresentar a interpretação como algo que reconhece as imposições da história ao mesmo tempo que luta contra elas”. Rodolfo Arango cogita, inclusive, o emprego da *phronesis* aristotélica no estilo de interpretação dworkiniana (Arango, 1999; Dworkin, 1999; Gadamer, 1997).

justificação. Na primeira, lida-se com o ajustamento de uma interpretação e dos princípios jurídicos a ela subjacentes às práticas jurídicas e sociais de uma comunidade de princípios. Na segunda, põe-se em questão se tal interpretação honra as práticas, quando vistas sob sua melhor luz¹⁷. Ademais, a integridade exige coerência, não uma coerência cega, mas uma coerência de princípios, que leva em conta decisões passadas da comunidade personificada e imprime importância aos princípios adotados, assumindo-os como relevantes para desafios futuros que se apresentem ao sistema.

Em face dessas informações, é interessante tomar um caso paradigmático¹⁸ como exemplo para analisar a afirmação de que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis. O direito à vida é um caso paradigmático de direito-trunfo. A interpretação que sustenta que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis é capaz de incluí-lo? Para obter a resposta, deve-se

¹⁷ Em o “Império do direito”, Dworkin desenvolve, em pormenores, essas duas dimensões da integridade. Ao longo dos capítulos, diversas vezes ele próprio emprega essas dimensões. Em “O domínio da vida”, ele elaborou um pequeno resumo dessas duas dimensões, ao mencionar a interpretação constitucional: “Qualquer interpretação da Constituição deve ser testada em duas dimensões amplas e correlacionadas. A primeira delas é a adequação. Uma interpretação constitucional deve ser rejeitada se a prática jurídica real for totalmente incompatível com os princípios jurídicos que tal interpretação recomenda; em outras palavras, deve ter um considerável ponto de apoio ou fundamento na prática jurídica real. A segunda é a dimensão da justiça. Se duas concepções diferentes sobre a melhor interpretação de alguma disposição constitucional passarem no teste da adequação – se cada uma delas puder alegar uma fundamentação adequada na prática jurídica passada –, deveríamos dar preferência àquela cujos princípios nos parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas, uma vez que a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratas que cada geração deve interpretar por si própria”. É relevante assinalar que a dinâmica dessas duas dimensões não é conservadora-descritiva, não adota apenas uma descrição das práticas e mensura se a interpretação ofertada a elas se ajusta. Fosse assim, confundir-se-ia com a moral cotidiana e majoritária de uma comunidade. É propositiva, pois visualiza a prática sob sua melhor luz e a seguir a reestrutura. Isso pode ser melhor compreendido quando se pensa na ideia de círculo hermenêutico e na hermenêutica gadameriana, na qual, sem abandono da tradição, o intérprete têm os olhos voltados para o futuro e, ao interpretar, aplica e inicia o reinterpretar: “A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado na etapa imediatamente anterior” (Dworkin, 1999, p. 154).

¹⁸ Segundo Dworkin, paradigma corresponde a “exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático”. Todavia, mister trazer à tona que “os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo da contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco” (Dworkin, 2003, p. 88-89).

avaliar se a disponibilidade *prima facie* do direito-trunfo à vida se ajusta às práticas da comunidade de princípios em exame. Tanto nos EUA, quanto no Brasil, a prática tradicional é justamente a inversa – é considerar o direito à vida indisponível e desconsiderar a possível liberdade do sujeito de dispor do direito. A noção de disponibilidade *prima facie* não se ajusta e a interpretação (com o princípio a ela subjacente) não encampa esse caso paradigmático. Há um sem número de argumentos de princípio e de política hábeis a justificar tal prática social, dentre eles o próprio dever de proteção ao direito à vida (não de uma vida particular, mas mediante esquemas de proteção, na linha do princípio liberal do dano), bem como, nos termos de Dworkin, a proteção ao valor intrínseco da vida. Além disso, quando se tem em conta o fio de coerência de princípio exigido pela integridade, percebe-se que os princípios subjacentes à ideia de indisponibilidade do direito à vida encontram-se esparramados pelo sistema jurídico, nos seus mais diversos ramos – assim é no direito penal, em que o consentimento da vítima de um homicídio não isenta de responsabilidade o agressor; no direito civil, em que contratos de disposição do direito à vida são inválidos – e também em linhas inteiras de precedentes judiciais (prioridade local e o papel dos precedentes).

Porém, considerar interpretativamente – como ponto de partida – que a indisponibilidade do direito à vida se ajusta às práticas jurídicas e as justifica, não é o mesmo que dizer que o direito à vida será indisponível em toda e qualquer situação. É tão somente o começo da tarefa, pois a integridade é “*sensível ao contexto*”. Então, retornando-se aos exemplos ofertados no item anterior, no caso AB, no qual A contratara B para matá-lo por motivos frívolos, o caminho a percorrer será indagar se reconhecer tal liberdade a A e a B, ajusta-se às práticas jurídicas e se as justifica. O mesmo deve ser feito quanto a C e D. Assumir-se-á que as respostas serão distintas. No caso AB, a resposta será negativa, e no CD, afirmativa. Haverá, então, o reconhecimento de uma liberdade básica de C que está sendo restringida em nome dos argumentos de princípio que embasam a indisponibilidade do direito à vida. *In casu*, a

proteção ao direito à vida está acontecendo a despeito dos direitos de C, o que não se passa em AB. Disso se segue que em CD haverá uma concorrência entre os argumentos de princípio subjacentes à indisponibilidade da vida e aqueles subjacentes à liberdade de C e D, que deverão ser devidamente acomodados ou sopesados no caso, à luz da integridade e das demais virtudes políticas (equidade, devido processo e justiça)¹⁹.

Em face do exposto, entende-se que reputar os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis afasta o intérprete da integridade nas etapas iniciais de exame de um caso, levando-o a desconsiderar importantes elementos de moralidade substantiva que se apresentam no reconhecimento de um direito-trunfo e, principalmente, na discriminação do conteúdo das liberdades. A concepção também pode conduzir a uma despropositada perda da coerência, pois, em inúmeras situações, a consideração de um direito-trunfo como *prima facie* disponível pode não se ajustar e não justificar as práticas jurídicas de uma comunidade de princípios, vistas sob sua melhor luz. Para concebê-los assim, há um preço muito alto a pagar. A autonomia e a dignidade, em que pesem serem princípios, terão de receber um conteúdo inicial unívoco e acontextual e o resultado da sua atuação terá de ser tratado quase como uma questão de fato e não como um profundo problema interpretativo de moralidade política. O resultado seria um sistema arbitrário de prioridade *prima facie* do direito geral de liberdade.

A conclusão é que não se pode tomar um ponto fixo como partida – quer seja a disponibilidade *prima facie*, quer seja a indisponibilidade. A definição do ponto de partida, dependente que é, de princípios, direitos e da moralidade comunitária, é em si mesma interpretativa e convida à discussão

¹⁹ Não é objetivo deste texto traçar as respostas para casos difíceis como esses, à luz do pensamento de Dworkin. A intenção é a de ilustrar os argumentos acerca da disponibilidade dos direitos-trunfo. Dworkin realiza a complexa tarefa interpretativa sobre os casos de eutanásia na obra “O domínio da vida”, sem trabalhar diretamente com a indisponibilidade/disponibilidade dos direitos. Em sua teia argumentativa, entram elementos como o valor intrínseco da vida, a liberdade *religiosa* para compreender esse valor, as noções de responsabilidade pessoal, interesses experienciais e interesses críticos (Dworkin, 2003).

moral que deve permear os casos difíceis, como em geral são as situações de disposição de direitos fundamentais. Para saber de onde partir, depende-se de complexas atividades interpretativas de moralidade política, forjadas à luz das virtudes da integridade, da justiça, do devido processo e da equidade.

7 O IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO

Nos itens anteriores, sustentou-se que conceber os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis não se ajusta à tese dworkiniana, uma vez que essa concepção exige: a) aceitar um direito geral de liberdade, possibilidade negada por Dworkin; e b) distanciar-se dos elementos interpretativos e de moralidade política inerentes à noção de direito como integridade nas etapas iniciais de exame de um caso. Neste tópico, indagar-se-á se é possível aceitar os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis, sob a da noção de igual respeito e consideração, sustentáculo substantivo da teoria de Dworkin.

Tem-se ciência de que Dworkin adotou uma moralidade baseada em direitos e não baseada em metas ou em deveres. O fundamento dos direitos-trunfo é a chamada concepção liberal da igualdade – o igual respeito e consideração. O edifício teórico de Dworkin encontra nesse axioma as suas fundações. A titularidade pelos indivíduos de direitos fortes preexistentes – ou seja, que não são produto de uma convenção nem de uma concessão dos poderes instituídos e são resistentes a quaisquer argumentos de metas coletivas e àqueles de princípio que não possuam, tudo considerado, mais força do que eles – derivados do igual respeito e consideração é a pedra fundamental do pensamento de Dworkin. Tais direitos, justamente os trunfos, são as trincheiras protetoras do indivíduo que marcam uma das mais importantes diferenças entre Dworkin e as correntes que ele ataca (formas de convencionalismo e de pragmatismo, o positivismo e o utilitarismo). Destarte, os direitos-trunfo não apenas derivam do igual respeito e consideração, como

compõem o seu invólucro protetor. Nas palavras de Morrison (2006, p. 517), “a posse de direitos permite que as pessoas sejam tratadas como iguais”.

Ora, a disponibilidade dos direitos-trunfo significa, exatamente, a possibilidade de o indivíduo, por ato de vontade, enfraquecer posições jurídicas protegidas por tais direitos. O ato de disposição pode possuir diferentes graus, dependendo do direito em jogo e das modalidades de disposição. Essa pode ser temporária ou definitiva; parcial ou integral; do exercício ou da titularidade do direito. Levando-se em conta, primeiramente, o direito do qual se está dispondo, combinações de distintas modalidades de disposição conduzem a uma maior ou menor ablação do direito. O que se tem, portanto, é que, embora algumas combinações de modalidades de disposição de um direito fundamental produzam efeitos práticos leves ou moderados, outras (ou até as mesmas) combinações quanto a alguns direitos, produzem efeitos fortes ou intensos²⁰.

Pois bem, se o núcleo da moralidade baseada em direitos de Dworkin são os direitos derivados da concepção liberal da igualdade e se esses direitos exercem a função de guardiões do igual respeito e consideração, a interrogação que a disponibilidade dos direitos-trunfo introduz é profunda, uma vez que atinge esse próprio núcleo. Em muitas situações – aquelas mais intensas, avaliar a disposição de um direito fundamental equivale a perguntar se é justificável empregar a coerção estatal para impedir que uma pessoa, voluntariamente, despoje-se da titularidade de direitos que lhe assegurem o igual respeito e consideração.

Mais uma vez, a pergunta é interpretativa. E ela agora é posta de forma a atingir o coração da moralidade substantiva de Dworkin. Por um lado, a noção de igual respeito significa “tratar os indivíduos como capazes de formar concepções inteligentes sobre o modo como suas vidas devem ser vividas e

²⁰ Para um exame pormenorizado das modalidades de disposição de direitos fundamentais, consultar Novais (1996).

de agir de acordo com elas”, por outro lado, a noção de igual consideração significa que o governo deve tratar a todos “como seres humanos capazes de sofrimento e frustração” (Dworkin, 2002, p. 419). Os conceitos estão largamente enlaçados à concepção liberal, após o assim chamado retorno a Kant, concebido por John Rawls e traduzido na ideia da prioridade dos direitos (ou do justo, segundo alguns) sobre o bem. Incumbe ao indivíduo escolher o seu ideal de vida boa. E se para isso ele entender necessário despojar-se da titularidade de seus direitos-trunfo? E se a escolha for drástica a ponto de permitir que o indivíduo seja tratado de uma determinada forma a despeito da sua capacidade de sofrimento e de frustração? Qual é o papel que deve assumir o Estado em **situações-limite** como essas? Em alguns textos clássicos, esse problema era enunciado a partir de um exemplo drástico, o de um ser humano que decide ser escravo de outro²¹. Mais recentemente, um caso ocorrido na França também trouxe à tona essa discussão. É o afamado caso do anão, no qual um anão permitia ser arremessado em um jogo, e a decisão final foi a de que ele não poderia despojar-se de sua dignidade, permitindo-se ser

²¹ Como exemplos da discussão, John Locke: “Essa liberdade em relação ao poder absoluto e arbitrário é tão necessária à preservação do homem, e a ela está tão intimamente unida, que ele não pode abrir mão dela, a não ser por meio daquilo que o faz perder [*forfeit*], ao mesmo tempo, o direito à preservação e à vida. Isso porque o homem, por não ter poder sobre a sua própria vida, não pode, nem por pacto nem por seu consentimento, escravizar-se a qualquer um, nem colocar-se sob o poder absoluto e arbitrário de outro que lhe possa tirar a vida quando for do seu agrado. Ninguém pode ceder mais poder do que ele mesmo detém; e assim como não pode tirar a própria vida, tampouco pode colocá-la sobre o poder de outrem” (Locke, 1998, p. 403). E também John Stuart Mill (2001, p. 94): “*Not only persons are not held to engagements which violate the rights of third parties, but it isometimees considered a sufficient reason for releasing them from an engagement, that it is injurious to themselves. In this and most other civilized countries, for example, an engagement by which a person should sell himself, or allow himself to be sold, as a slave, would be null and void; neither enforced by law nor by opinion. The ground for thus limiting his power of voluntarily disposing of his own lot in life, is apparent, and is very clearly seen in this extreme case. The reason for not interfering, unless for the sake of others, with a person's voluntary acts, is consideration for his liberty. His voluntary choice is evidence that what he so chooses is desirable, or at the least endurable, to him, and his good is on the whole best provided for by allowing him to take his own means of pursuing it. But by selling himself for a slave, he abdicates his liberty; he foregoes any future use of it, beyond that single act. He therefore defeats, in his own case, the very purpose which is the justification of allowing him to dispose of himself. He is no longer free; but is thenceforth in a position which has no longer the presumption in its favor, that would be afforded by his voluntarily remaining in it. The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom, to be allowed to alienate his freedom.*”

tratado como objeto, à revelia da própria posição do anão, que considerava ser indigno não poder se sustentar com o trabalho que escolhera²².

Em Dworkin, a resposta certa dependerá do longo percurso interpretativo acima descrito e poderá variar de um sistema jurídico para outro²³. Não se pode olvidar que ela não será obtida mediante determinações apriorísticas, muito menos de forma mecânica, com um mero apelo à autonomia ou a uma concepção estanque e solipsista da dignidade humana, mesmo que empregadas apenas para estabelecer o ponto de partida. A liberdade, para Dworkin, tem sua raiz na igualdade e a protege, ambas são concebidas de forma a não conflitarem. Então, em primeiro lugar, é necessário ter em mente que a medida da liberdade advém de sua estreita ligação com a igualdade liberal.

Nas **situações-limite** de disposição de direitos-trunfo, estarão em cena a tensão entre a tradição de ser o Estado também responsável pela criação de um ambiente moral adequado e a tradição de respeito às liberdades²⁴, bem como a possibilidade de dissociação entre a liberdade de um indivíduo

²² Trata-se de um caso no qual foi proibida a “apresentação de um novo tipo de diversão pública, que se constituía em um jogo, no qual o público era convidado a atirar, utilizando-se de um canhão de pressão, em um anão à distância. Aquele que conseguisse arremessá-lo a distância maior, ganhava o jogo” (Cunha, 2002, p. 249). Esse acórdão gerou inúmeras discussões, tanto entre aplicadores do direito, quanto no meio acadêmico. Ainda, as soluções que se encontram para o caso são, muitas vezes, divergentes daquela adotada na França. Convém reportar que esse jogo não se apresentou apenas na França. A situação ocorreu também em Portugal, e vem se mostrando nos Estados Unidos da América. Conferir: Andrade (2004, p. 333); e Kuflik (1984, p. 271-298).

²³ O fato de a resposta certa variar de um sistema jurídico para outro, demonstra a importância que as tradições de uma comunidade de princípios assume para Dworkin. Porém, não se pode exagerar a variação, tratando a formulação dworkiniana como relativista. Ademais, é bom lembrar que Dworkin (1999) endereça-se aos sistemas jurídicos estadunidense e inglês e às comunidades de princípio. Como diz Arango (1999, p. 56), um dos pressupostos fáticos para aplicação da sua teoria é ser o sistema jurídico *um sistema avançado*.

²⁴ É o próprio Dworkin que admite a existência dessas duas tradições nos EUA, bem como a possibilidade de elas concorrerem. Nas suas palavras, ao tratar do tema do aborto: “[...] pois é inevitável que as decisões individuais afetem valores coletivamente compartilhados. [...] Assim descrita, a questão fica na convergência de duas tradições, às vezes antagônicas, ambas fazendo parte da herança política norte-americana. A primeira é a tradição da liberdade pessoal. A segunda atribui ao governo responsabilidade de proteger o espaço moral público em que vivem todos os cidadãos. Boa parte do direito constitucional consiste em conciliar essas duas ideias” (Dworkin, 2003, p. 209).

e os seus melhores interesses, a qual, no caso de pessoas adultas e psicologicamente saudáveis, conduz à intrincada temática dos graus de paternalismo admissíveis em sistema jurídico.

Nesse último ponto, é importante verificar um exemplo dado por Dworkin, que, ao explorar o desatrelamento do binômio autonomia e melhores interesses, recorre à noção de dignidade:

Entender as exigências da dignidade nesse sentido avaliatório ajuda a explicar uma característica da instituição da dignidade que à primeira vista parece enigmática. Muitos de nós consideraríamos errado permitir que um prisioneiro optasse por ser torturado ou mutilado como condição para ser liberado em seguida, em vez de passar muito tempo na prisão, ainda que considerássemos que o efeito inibitório da tortura sobre outros criminosos potenciais fosse tão convincente quanto o efeito inibitório da sentença de prisão. **Para nós, o simples fato de colocar o prisioneiro diante dessa opção já seria uma afronta à sua dignidade.** A interpretação experiencial da dignidade condenaria essa opinião por excesso de zelo irracional, pois só encontra o erro da indignidade nas consequências sentidas por sua vítima, razão pela qual nega que possa ser errado tratar uma pessoa do modo como ela possa preferir. A explicação avaliatória é diferente em dois sentidos. Em primeiro lugar, vê o erro da indignidade em uma relação entre os que demonstram indignidade e aqueles aos quais esta é demonstrada, e atribui aos primeiros, bem como aos últimos, um papel em qualquer decisão que envolva sua manifestação. Temos o direito de não agir de uma maneira que, em nosso ponto de vista, negue nossa percepção da importância moral de outra pessoa, mesmo que ela demonstrasse preferir que assim procedêssemos. Em segundo lugar, a explicação avaliatória pressupõe que o dano infligido a uma vítima da indignidade é avaliatório, seja ou não experiencial. De acordo com a explicação avaliatória, portanto, o dano pode ser genuíno mesmo quando não for reconhecido e, para a vítima, for pior do que alguma alternativa – ainda que ela a considere como a melhor de todas (Dworkin, 2003, p. 338, nota nº 23).

E, mais adiante, explicita sua posição, em termos que se torna necessário transcrever:

(O fato de entender que a dignidade significa reconhecer os interesses críticos de uma pessoa, como coisa distinta de fomentar esses interesses, nos proporciona uma leitura útil do princípio kantiano, segundo o qual, as pessoas devem ser tratadas como fins, nunca simplesmente como meios. Assim compreendido, esse

princípio não exige que as pessoas nunca sejam colocadas em desvantagem com o objetivo de oferecer vantagens a outras, mas sim que nunca sejam tratadas de maneira que negue a evidente importância de suas próprias vidas). Em certo sentido, a dignidade é uma questão de convenção, uma vez que são diferentes os sistemas de gestos e tabus aos quais as sociedades recorrem para traçar os limites entre desvantagem e indignidade. Mas o direito que todas as pessoas têm – o de que a sociedade reconheça a importância de suas vidas e que expresse não importa em que linguagem – não constitui, em si, uma questão de convenção. Essa descrição geral do significado de dignidade explica o que chamei de sua voz ativa: nossa compreensão de que as pessoas se importam, e devem se importar, com sua própria dignidade. Alguém que comprometa sua dignidade está negando, seja qual for a linguagem usada por sua comunidade, o sentido de si mesmo como alguém que tem interesses críticos e cuja vida é importante em si. O que temos, aí, é uma traição de si mesmo. E nossa descrição também explica por que a indignidade é mais grave quando sua vítima não mais sofre em decorrência dela. Afinal, uma pessoa que aceita a indignidade, aceita a classificação nela implícita, e é uma grande e lamentável derrota aceitar que a própria vida não tem a importância crítica de outras vidas, que seu transcurso é intrinsecamente menos importante (Dworkin, 2003, p. 338-339)²⁵.

Em assim sendo, a cada caso difícil de disposição de direitos-trunfo, sobretudo naqueles mais drásticos, todo o amplo arco – desde os pontos de partida, como o reconhecimento de um direito-trunfo e a presença de uma liberdade básica, até a resposta final – deverá ser interpretativamente perpassado pela poderosa ideia de igual respeito e consideração. Significa dizer que, em diversos momentos – alguns anteriores à adoção da disponibilidade *prima facie* – ter-se-á de enfrentar profundas e substantivas questões de moralidade política e reconstruir a tênue linha que separa a coerção estatal justificada da injustificada, assim como aquela que diferencia uma comunidade de princípios, associada pela fraternidade e pela responsabilidade pública e privada, de uma comunidade de regras ou de mero acidente histórico ou geográfico²⁶.

²⁵ Com a transcrição desse trecho, não se quer sugerir que a resposta certa para o caso do anão seja a proibição do jogo. Talvez a resposta – depois de tudo considerado sob sua melhor luz – fosse justamente a inversa, a ausência de justificação da coerção, por estar a escolha do anão intimamente correlacionada ao seu próprio sentido de identidade, aos seus interesses críticos e ao sentido de coerência e de integridade da própria vida.

²⁶ Dworkin (1999, p. 243) distingue três tipos de comunidade: a) acidente geográfico ou histórico; b) de regras; e c) de princípios. Para que uma comunidade seja de princípios, deve atender a

Em certos **casos-limite**, admitir que os direitos-trunfo são *prima facie* disponíveis pode significar que o fundamento axiomático da moralidade baseada em direitos de Dworkin também seja reputado disponível *prima facie*, enfraquecendo-o. E pode conduzir a um conflito que Dworkin nega com veemência – o da liberdade com a igualdade. Então, mais uma vez, o que se conclui é que tanto o ponto de partida quanto o de chegada serão interpretativos.

8 CONCLUSÕES

Este trabalho teve por objetivo discutir a possibilidade de os direitos-trunfo serem reputados como *prima facie* disponíveis. Concluiu-se que, em alguns contextos, os direitos-trunfos podem constituir um forte argumento de princípio, a favor da disponibilidade de outro direito-trunfo, eis que funcionam como trincheiras contra uma maioria moral que pretenda impedir os indivíduos de conduzir suas próprias vidas da maneira que julgam mais adequada. Pese embora esse fator, argumentou-se que a concepção dos direitos como trunfos não é hábil a sustentar uma tese normativa ampla de disponibilidade *prima facie* dos direitos, por três ordens de razões.

Em primeiro lugar, conceber os direitos-trunfo como *prima facie* disponíveis exige aceitar uma ampla esfera de liberdade, mais precisamente, um direito geral de liberdade. Para tanto, a fraca liberdade como licença deve ser alçada ao patamar de direito-trunfo e o que antes poderia sucumbir diante de argumentos de política, tornar-se-á a eles resistentes. Ou, pior, os direitos-trunfos serão enfraquecidos e nas trincheiras que representam abrir-se-ão

quatro requisitos em relação às suas responsabilidades mútuas: a) *especiais* – devidas aos membros do grupo, não são os deveres gerais para com as pessoas que não pertencem a ele; b) *personais* – vão diretamente de um membro a outro, não percorrem todo o grupo em um sentido coletivo; c) *decorrentes de uma responsabilidade mais geral* – responsabilidades mais específicas fundamentam-se em responsabilidades mais gerais; e d) *igual interesse por todos os membros do grupo*.

sendas aos argumentos de política. Para que a tese dos direitos-trunfo possa ser mantida com coerência, é importante compreender que os direitos-trunfo serão disponíveis (*prima facie*) se for reconhecida uma liberdade básica no ato de disposição de cada um deles.

Em segundo lugar, a adoção de um ponto de partida pré-determinado – disponibilidade *prima facie* – reduz a amplitude interpretativa exigida pela integridade. Ao fazê-lo, pode ensejar uma fuga da coerência, por levar o intérprete a assumir, como premissas, pontos que nem se ajustam às práticas da comunidade de princípios, nem as justificam. Assim, as questões poderão ser vislumbradas de um horizonte muito distante daquele que representa as práticas à sua melhor luz.

Em terceiro lugar, os direitos-trunfo originam-se da concepção liberal de igualdade e formam seu invólucro protetor. A ideia de liberdade é concebida por Dworkin de modo a não conflitar com o igual respeito e consideração. Então, apesar de ser Dworkin um liberal, ele não é um adepto da liberdade máxima, mas da liberdade indispensável à igualdade liberal²⁷. Os casos mais drásticos de disposição de direitos-trunfos podem representar a fragilização do invólucro que protege o igual respeito e consideração, flanco que Dworkin não abre facilmente, exigindo que a tarefa interpretativa seja integralmente – do primeiro ao último passo – filtrada pela ideia de igual respeito e consideração.

Cumprido ressaltar, por fim, que não se sustenta que Jorge Reis Novais, ao assumir como sua premissa de trabalho a disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais, adota uma postura mecânica no desenvolvimento do problema, muito menos que deixa escapar a complexidade dos casos em razão de uma concepção excessiva da liberdade (poder-se-ia dizer, sem muito rigor técnico, libertarianista). Transparece a constante preocupação do autor em encontrar respostas adequadas para os elementos em tensão. É bastante provável, até, que o minucioso percurso que ele sugere que o intérprete deve

²⁷ Essa passagem foi inspirada pelo texto de Delamar Volpato Dutra (2007, p. 60, nota nº 3).

seguir entre a premissa de disponibilidade *prima facie* e o resultado final de cada caso, conduza a respostas muito próximas daquelas que seriam obtidas pelo método e pelas exigências da integridade, tudo considerado. O que se pretendeu nesse ensaio não foi, sobremaneira, tratar a breve menção aos direitos-trunfo como uma síntese do trabalho de Novais (1996) sobre o tema da disposição. Foi tão somente, debater a plausibilidade de se adotar a noção de direitos-trunfo tal qual concebidos por Dworkin, como um dos pontos de reforço argumentativo em favor da premissa geral da disponibilidade *prima facie* dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. C. V. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARANGO, R. *¿Hay respuestas correctas em el derecho?* Santafé de Bogotá: Uniandes, 1999.

CUNHA, A. S. **A normatividade da pessoa humana** – o estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, A. S. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental no direito civil. *In*: MARTINS-COSTA, J. **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002.

DUTRA, D. V. Moralidade Política e Bioética: os fundamentos liberais da legitimidade do controle de constitucionalidade. **Veritas**, Porto Alegre, v. 52, n. 1, p. 57, mar. 2007.

DWORKIN, R. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, R. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, R. Rights as trumps. *In*: WALDRON, J. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984. p. 153-167.

FEINBERG, J. **Rights, Justice and the bounds of liberty** – essays in social philosophy. Princeton: Princeton University, 1980.

GADAMER, H.-G. **Verdade e método** – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997.

KUFLIK, A. The inalienability of autonomy. **Philosophy and public affairs**, v. 13, n. 4, p. 271-298, 1984.

LOCKE, J. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

McCONNELL, T. **Inalienable Rights** – the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MEYERS, D. T. **Inalienable rights**: a defense. New York: Columbia University Press, 1985.

MILL, J. S. **On liberty**. Ontario: Batoche Books, 2001.

MORRISON, W. **Filosofia do direito** – dos gregos ao pós-modernismo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOVAIS, J. R. Renúncia a direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, J. **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra, 1996.

SARLET, I. W. (org.). **Dimensões da dignidade** – Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 13-43.

THOMSON, J. J. **The realm of rights**. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

WALDRON, J. **Theories of Rights**. Oxford: Oxford University, 1984.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E AS CONDIÇÕES DE PRECEDÊNCIA EM TRÊS MEDIDAS NÃO FARMACOLÓGICAS ADOTADAS PELO BRASIL NO ENFRENTAMENTO DA COVID-19¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE PROTECTION OF PERSONAL DATA AND THE CONDITIONS OF PRECEDENCE IN THREE NON-PHARMACOLOGICAL MEASURES ADOPTED BY BRAZIL IN COPING WITH COVID-19

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz²

Luís Henrique Kohl Camargo³

1 INTRODUÇÃO⁴

Em “Ensaio sobre a cegueira”, Saramago (2017) narra a história da cegueira branca, que gradativamente atinge a todas as pessoas do mundo. Sob a crença de que o mal branco fosse contagioso, os primeiros cegos e as pessoas que, com eles, tiveram contato físico, foram enclausurados e vigiados: *quod erat demonstrandum*. Além das liberdades, a absoluta ausência de estrutura suprimiu-lhes, também, a dignidade. Dentro de um presídio improvisado, os cegos, desprovidos de qualquer auxílio, viviam na imundície total, alimentavam-se com o pouco que lhes era fornecido pelas autoridades que os vigiavam e, mesmo sem visão, tinham de enterrar os cadáveres de seus semelhantes. A clausura dos primeiros cegos, no entanto, não foi capaz de impedir que o mal branco atingisse todas as pessoas.

¹ Texto originalmente publicado na Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. Referenciar: CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CAMARGO, L. H. K. O direito fundamental à proteção de dados pessoais e as condições de precedência em três medidas não farmacológicas adotadas pelo Brasil no enfrentamento da Covid-19. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, [S. l.], v. 16, n. 1, 2021. DOI: <https://doi.org/10.5902/1981369448479>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/e48479>. Acesso em: 31 ago. 2023.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9343-5358>. E-mail: marco.cruz@unoesc.edu.br.

³ Mestre em Direito pela Unoesc. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7636-508X>.

⁴ Os autores registram o agradecimento ao Prof. Dr. Wilson Antônio Steinmetz por suas importantes opiniões na construção do texto.

A leitura da alegoria de Saramago provoca a reflexão sobre nosso comportamento perante o desconhecido. O desafio atual experienciado na pandemia da Covid-19 nos coloca perante uma zona obscura para o conhecimento humano: não sabemos, ao certo, quais medidas adequadas adotar. Além disso, o cenário de desestabilização social motivado pelos imperativos comportamentais imprescindíveis à convivência com o vírus mortal, pode abrir caminhos para ações desmesuradas, talvez irreversíveis e cujas consequências são imprevisíveis.

O objetivo deste artigo é analisar, dentro dos parâmetros jurídico-dogmáticos, se três das medidas estabelecidas durante a pandemia estão em harmonia com o direito fundamental à proteção de dados pessoais, ou se configuram hipóteses de vigilância indevida. Problematizaremos, em específico, as medidas [M] não-farmacológicas tomadas no Brasil para o enfrentamento da Covid-19 como hipóteses de redução do risco de contágio da doença e proteção indireta do direito à saúde: [M1] o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas; [M2] o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde; e [M3] o compartilhamento de dados ao IBGE, de todos os consumidores de empresas de telecomunicações.

Neste texto defendemos o argumento das relações de precedência condicionada como refutação de uma normalização de “exceções”. Procedese uma metodologia analítica, que tem como ponto de partida as três dimensões da dogmática jurídica: a analítica; a empírica; e a normativa. Com a analítica se desenvolve o exame sistemático-conceitual de textos normativos do direito vigente, com os conceitos elementares e a sua construção jurídica na estrutura do sistema jurídico, com a consulta a fontes bibliográficas especializadas. A dimensão empírica parte, em síntese, da cognição do direito positivo e da aplicação das premissas na argumentação jurídica; com a descrição e o prognóstico da práxis de 19 decisões judiciais do Supremo

Tribunal Federal (STF). A dimensão normativa visa a elucidação e a crítica da práxis jurídica (lei e jurisprudência), para saber qual a decisão correta para os três casos concretos.

O tema é abordado em três itens: no primeiro, sustentamos a superação da objeção filológica para a afirmação da proteção de dados pessoais, como um direito fundamental pela configuração constitucional da sua fundamentalidade, a partir da coerência dos elementos históricos, sistemáticos e lógicos de interpretação. No segundo, apresentamos as medidas sob análise. Por fim, descrevemos as relações de precedência condicionada, estabelecidas entre os direitos fundamentais à saúde e à privacidade (proteção de dados pessoais), nos casos estudados. As conclusões são resultado da aplicação da dogmática de direitos fundamentais como referencial teórico.

2 A CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

Nos anos não tão remotos à constituinte de 1987 (ANC-87), há registro de dois julgados do STF que relacionam privacidade e propriedade: a) privacidade e família no contexto “lar conjugal”, em um crime de uxoricídio praticado por um militar, em que o debate era sobre a competência da justiça comum (Brasil, 1981); e b) privacidade e propriedade, na discussão sobre a subsunção dos pressupostos fáticos da Súmula 414, em possível invasão de privacidade ou efetivo devassamento decorrentes de janela em vizinhança (Brasil, 1983). Há prevalência do critério *ratione loci* e, portanto, da propriedade nessas duas decisões. A Corte ainda decidiu a importância de dados pessoais na discussão do crime de falsidade ideológica e/ou falsa identidade (Brasil, 1982), em um caso que relaciona privacidade, dados pessoais e liberdade sexual. Uma mulher homoafetiva de nacionalidade grega havia prestado

depoimento como testemunha. Nos Termos de Declarações, registrou-se que havia fornecido dados pessoais qualificativos e se identificado como do sexo masculino. A concessão do *habeas corpus* pelo STF, acertadamente, baseou-se em que a condição de ser identificada como mulher ou homem a) foi indiferente ao objetivo do ato, b) não influenciou nos esclarecimentos do fato, e c) não resultou em vantagem ou dano para si ou para terceiro.

Neste contexto da genealogia da proteção constitucional da privacidade⁵, urge recordar o reconhecimento constitucional dos “novos direitos”, feito por Cândido Mendes, na 8ª reunião da Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (subcomissão IC de Direitos e Garantias Individuais) da ANC-87: “[...] Em primeiro lugar, o problema fundamental de que hoje não temos apenas a defender o corpo; **estamos diante do rapto da alma, os registros eletrônicos e a informática permitem, na instalação desse crime moderno, a ditadura da versão e da ficha sobre a verdade da pessoa**” (Brasil, 1987, p. 64, grifo nosso), citando inclusive exemplos das experiências portuguesa e espanhola para reforçar a positivação *habeas data*. Mais adiante, argumenta que:

[...] a **velha** garantia da **privacidade** pode ser presumida pela **intransgredibilidade** do domus, ou da **casa**. Hoje, diante das **teleobjetivas**, dos sensores eletrônicos, ela se torna um **muro de vidro**, um espaço **devassado**, exposto à publicidade. Aquela velha noção de Radbruch, por exemplo, de que ainda existe o **espaço da pessoa na sociedade eletrônica** e na **tecnologia contemporânea**. Uma Constituição, que os Srs. vão elaborar para esse tempo, precisa definir, ao lado da presunção arrombada da intransgredibilidade do domus, a possibilidade de se definir a **reserva da intimidade como algo fundamental** (Brasil, 1987, p. 64, grifo nosso).

Com efeito, a gramaticalidade da Constituição de 1988 (CF/88) imprimiu uma lógica fundamental defensiva de não-afetação (direitos de defesa) a cinco dispositivos normativos de proteção à privacidade, no rol de

⁵ O termo “privacidade” foi o adotado pela dogmática brasileira, portuguesa e espanhola (Cunha e Cruz; Castro, 2018).

direitos individuais e garantias fundamentais do art. 5º: a inviolabilidade da intimidade e da vida privada (inciso X); a inviolabilidade do domicílio (inciso XI); a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (inciso XII); a exceção da regra da publicidade de atos processuais (inciso LX); e o *habeas data* (inciso LXXII). Considerou a privacidade como uma das exceções (Ferreira Filho, 1995) ou limites materiais expressos ao poder de reforma (art. 60, § 4º, IV), componentes das *eternity clauses* (Brasil, 2020a), dos elementos de identidade e de continuidade da Constituição. Em 1988, a privacidade alcança, portanto, os “quatro extremos” dos direitos fundamentais (Alexy, 1999; Trivisonno, 2020): o grau hierárquico mais elevado, o maior potencial executório, um dos conteúdos mais importantes e de maior abertura dentro do sistema jurídico brasileiro.

Contudo, não consta na literalidade do texto constitucional a expressão “dados pessoais”, o que problematiza se há ou não um direito fundamental à proteção de dados pessoais. A objeção filológica da fundamentalidade formal pode ter fim 32 anos após a redação original do texto, pela Proposta de Emenda à Constituição nº 17-A, de 2019, que altera o inciso XII do art. 5º e insere o inciso XXX ao art. 22 da CF/88, para prever o direito fundamental à proteção dos dados pessoais, e estabelecer a competência privativa da União para legislar sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais.

Sem embargo, a superação da objeção filológica pode ser defendida pela configuração constitucional da fundamentalidade material⁶, com a coerência dos demais elementos de interpretação (histórico, sistemático e lógico⁷). Tais elementos sustentam a afirmação do direito fundamental à proteção de dados pessoais, por um lado, para a) a sua inclusão dentro de

⁶ Como precursora da abertura da fundamentalidade material, urge reportar à Constituição dos Estados Unidos que previu: USA Constitution (1787) Amendment IX (1791) “*The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people*”.

⁷ Sobre os critérios de interpretação constitucional, conferir Silva (2010).

um conceito unívoco, evolutivo e de indeterminação semântica (Pérez Luño, 2005) de privacidade, pela interpretação extensiva da conjugação do âmbito de proteção do inciso III, do art. 1º (dignidade da pessoa humana), do inciso X (vida privada), do inciso XII (sigilo de dados) e do inciso LXXII (*habeas data*) do art. 5º da CF/88. Por outro, cabe, também, a sua defesa para (b) a intelecção de sua autonomia jurídica⁸, com fundamento na cláusula aberta do art. 5º, § 2º, da CF/88⁹.

A consistência da fundamentalidade material pode ser aferida pela literatura científica, pela legislação e pela jurisprudência constitucional, que corroboram que a proteção jurídica de dados pessoais está inserida no regime protetivo de direitos fundamentais e dos princípios adotados pela CF/88. Como já previu José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 1052-1055), a proteção de dados pessoais se vincula à dignidade da pessoa humana “contra a explosão dos fenômenos de tratamento automatizado, conexão, transmissão e utilização de dados pessoais” e adimple os critérios de acumulação, de variedade e de abertura para incorporação de seu objeto ao regime jurídico-protetivo de direitos fundamentais.

A literatura brasileira, por sua vez, opinou pela existência de um direito à proteção de dados pessoais¹⁰ ou de um direito à autodeterminação informativa¹¹. Há parca produção destes trabalhos publicados na década de 1990. Essa lacuna pode ser explicada por várias razões, e urge reportar duas: i) a inefetividade do *habeas data* como um instrumento de defesa do direito à proteção de dados pessoais (Cunha e Cruz; Castro, 2018); ii) a própria

⁸ Pela sua autonomia jurídica, conferir: Murillo de la Cueva (1990); Rodotà (2004); e Bioni (2019).

⁹ Como um direito fundamental atípico (Gouveia, 1995) ou não-escrito (Alexy, 2011).

¹⁰ Cf. Atheniense (2002), Barrientos-Parra e Borges Melo (2008), Borges Fortes e Oro Boff (2014), Doneda (2011, 2019), Doneda e Mendes (2016), Drummond (2003), Frazão (2019), Gediel e Corrêa (2008), Guerra (2004), Limberger (2000, 2008, 2009), Mendes (2008, 2011, 2013, 2014, 2019), Pinheiro (2019), Reinaldo Filho (2002), Rodriguez e Ruaro (2010), Ruaro (2018), Veronese (2018) e Zanon (2013).

¹¹ Cf. Bioni (2014, 2019), Carvalho (2003), Cueva (2012), Laeber (2007), Maia (2012), Navarro (2012) e Souza (2011).

abertura da Internet no Brasil para o meio não acadêmico, que se deu em 1995 (NIC.BR, 2015).

A proteção constitucional da “privacidade” pela literatura brasileira figurou, em seus inícios, na inclusão semântica dos diferentes termos “intimidade” e “vida privada” (Giannotti, 1997; Jabur, 2000). José Adércio Leite Sampaio (1998) já opinou que a distinção dos conceitos estaria na amplitude do círculo de conhecimento de determinada informação: fato íntimo é aquele cujo conhecimento está destinado a um pequeno grupo de pessoas, assim, fato privado é o que ultrapassa tais divisas, contudo não explícito ao público em geral. Um argumento protetivo é que a humanidade sente a imprescindibilidade de proteger certos fatos particulares ocorridos na vida familiar e que tais fatos não devem transpor essa esfera, haja vista o risco de possibilitar transtornos, bem como ameaçar a liberdade individual (Bittar, 1995).

A palavra “privacidade” acima adotada nessa época (e ainda em vigor) pode ser um indicador da influência da *privacy*, cujo ponto de partida remonta as reflexões anglo-saxãs do artigo *The Right to Privacy* de Warren e Brandeis (1890). Esse texto deve ser localizado no espaço e no tempo diferentes do contexto brasileiro, mas é inegável o seu grande impacto histórico-jurídico por desvelar a autonomia do direito à privacidade como um direito de proteção da personalidade, sustentada na fórmula “*right to be let alone*”. O direito de ser deixado em paz, de não sofrer intromissão ou vigilância sem justo motivo, de ter respeitado seu espaço íntimo, de não ter sua reputação devassada por boatos – mesmo que sejam verdadeiros – compunham aquilo que podemos chamar de conceito *ad se* de privacidade (para si próprio): o direito de “ser deixado só”, seria um direito à própria personalidade¹².

¹² Já na década de 2000, com a obra “O direito de estar só”, Paulo José da Costa Junior (2004, p. 36-37) aduziu que o direito à privacidade seria gênero do qual a intimidade seria espécie, com fulcro na doutrina alemã das três esferas concêntricas (Sphärentheorie): privacidade (*Privatsphäre*); intimidade (*Intimsphäre*); e segredo (*Geheimsphäre*). Essa teoria é uma das mais citadas pela doutrina brasileira. Pauta-se no fato de que a sociabilidade de cada indivíduo é

Estas preocupações do conceito *ad se* de privacidade tiveram reflexo na lógica jurídica da dimensão defensiva (negativa) da “inviolabilidade da privacidade”. A sistemática da legislação federal previu a proteção de temas vinculados à proteção de dados pessoais/privacidade no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)¹³, na Lei da interceptação de comunicações telefônicas (Lei nº 9.296/1996), na Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), na Lei do *Habeas data* (Lei nº 9.507/1997) e na Lei de crimes de “lavagem” de bens, direitos e valores (Lei nº 9.613/1998), as quais, de alguma forma, poderiam ser utilizadas pelo titular de dados pessoais para sua defesa jurídica.

A interpretação lógico-jurídica defensiva da privacidade na década de 1990 retrata tanto um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, como um direito em face do Estado a que ele zele para que terceiros não intervenham. Essa proposta protetiva pode ser lida no Plenário do STF em alguns casos que tematizaram, principalmente o inciso XII do art. 5º, que envolviam a inviolabilidade do sigilo fiscal (Brasil, 2002), das interceptações telefônicas (Brasil, 1998, 2000a) e do sigilo bancário (Brasil, 1995a). Há também um caso sobre dados pessoais e histórico de consumo (Brasil, 2000b), cujo fundamento foi o inciso X; e outro importante que incluiu a

limitadora da liberdade individual. A proteção jurídica da personalidade deve ser inversamente proporcional, portanto, à sociabilidade do seu comportamento em questão como levantado por Szaniawski (2005, p. 358). A “teoria das esferas” resultou indubitavelmente útil, desde o momento que permitiu realizar uma orientação por parâmetros e critérios, indicando as possibilidades de resoluções de casos conflitivos. Todavia, a vulnerabilidade dessa teoria reside na indivisibilidade de uma linha nítida entre as esferas, consoante converge Manuel Medina Guerrero (1996, p. 14-18) e Marcel Leonardi (2011). Além disso, a rigidez conceitual da tese das esferas não permite responder a uma variada série de casos que a tutela da intimidade pode suscitar, pois somente se conceituam, *a posteriori*, os resultados a que se pode chegar por outras vias argumentativas.

¹³ Convém reportar a histórica decisão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça sobre a interpretação do art. 43, do Código de Defesa do Consumidor, o REsp 22.337/RS (j. 13/02/1995) em que enfatiza: “A inserção de dados pessoais do cidadão em bancos de informações tem se constituído em uma das preocupações do Estado Moderno, onde o uso da informática e a possibilidade de permitir o conhecimento unificado das diversas atividades da pessoa, nas múltiplas situações de vida, permite o conhecimento de sua conduta pública e privada, até nos mínimos detalhes, podendo chegar à devassa de atos pessoais, invadindo área que deveria ficar restrita à sua intimidade”.

proteção dos dados pessoais no conceito de privacidade e trouxe contornos decisivos para o manejo do *habeas data* do inciso LXXII (Brasil, 1995b).

O Brasil foi pioneiro em incluir uma garantia para a proteção de dados e informações pessoais no texto constitucional com o *habeas data*, tendo José Afonso da Silva como o idealizador da sua inserção. Surgiu como reação ao uso institucional autoritário da informação, como aduz Dalmo de Abreu Dallari (2002), em reação ao sistema de informações sigilosas tendo como vértice o Serviço Nacional de Informações (SNI). Os registros eram inacessíveis, pois considerados sigilosos por motivo de “segurança nacional”. O momento da concepção dessa garantia constitucional em 1988 era oportuno à abertura dos arquivos da ditadura, para que se pudesse ter noção ou retificar dados próprios. No entanto, ainda que recentemente tenha recobrado debate em 2015 (Brasil, 2015) e 2017 (Brasil, 2017), mostrou-se juridicamente inefetivo (*law in action*) no Supremo Tribunal Federal: a) por objeções processuais; b) por cinco óbices procedimentais (desvio de competência, inidoneidade processual, pretensão resistida, ilegitimidade passiva, e inadequação da via eleita); c) pela objeção substantiva do maniqueísmo protetivo do binômio acesso/retificação; e d) por uma objeção orgânica: a legislação esparsa foi mais efetiva, principalmente, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011)¹⁴.

Inobstante vários aportes doutrinários, é indisputável a contribuição para a dogmática brasileira de Danilo Doneda com sua tese doutoral em 2005, formalizada em livro em 2006, revisado e atualizado em 2019. O autor, avança da análise do tratamento de dados e informações pessoais da lógica negativa do conceito *ad se* de privacidade, do paradigma *zero-relationship* ou do eixo “pessoa-informação-segredo”, para a premissa “pessoa-informação-circulação-controle”, com bases teóricas em Stefano Rodotà, o qual evidencia que a maioria das relações mediadas na e pela Internet em que é produzido os

¹⁴ Para uma análise detalhada sobre a inefetividade do *habeas data*, conferir: Cunha e Cruz e Sousa (2014); Cunha e Cruz *et al.* (2015); Cunha e Cruz e Castro (2018).

transactional data ou telecommunications-related personal informations (TRPI). Tais dados são constituídos pela relação contratual e permitem a aquisição automática de uma série de dados/informações pessoais do consumidor ao fornecedor de serviços ou produtos (identificação, local, horário, forma de pagamento, modo de utilização de serviço) e se configuram, também, informações sobre as escolhas e preferências. Para Rodotà (2008), há de se prevalecer uma concepção do âmbito de proteção da privacidade que se vocacione no “direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar as modalidades de construção da própria esfera privada. O objeto deste direito pode ser identificado no ‘patrimônio informativo atual ou potencial’ de um sujeito”. Sobre essa suposição conceitual, adotada por Danilo Doneda (2019, p. 132), lê-se que a informação exsurge como mediadora entre a vida privada e o livre desenvolvimento da personalidade.

O conceito de privacidade, desse modo, emerge do filosófico foro interno, intrassubjetivo, estático, da interioridade (*ad se*) ao foro externo, dinâmico, prático, da alteridade, respeitadas, pois, suas implicações intersubjetivas (*ad alteros*). Esta modulação da morfologia conceitual da privacidade *ad alteros* teve por finalidade conferir a possibilidade de sua aplicação prática, pois um conceito que não transcendesse ao âmbito da sociabilidade, isto é, da convivência, poderia carecer de relevância jurídica (Pérez Luño, 2005).

No STF, na década de 2000, alguns julgados são representativos da relevante modulação conceitual da premissa “pessoa-informação-circulação-controle”, ainda que não diretamente vinculados à Internet, mormente nas discussões do âmbito de proteção do inciso XII, do art. 5º, CF/88. Houve improvimento de pedidos de sigilo de dados em Carta Rogatória originada do Reino Unido e Irlanda do Norte, a qual requeria o compartilhamento de informações pessoais, processos, depoimentos e documentação para investigação criminal. Os recorrentes, entre outros, argumentaram violação aos incisos X e XII do art. 5º, CF/88, contudo, o Plenário da Corte

não vislumbrou sua incidência, pois os dados se referiam a processos administrativos públicos (Brasil, 2003). Houve, também, denegação da ordem a uma então diretora da Companhia de Limpeza Urbana de Niterói (CLIN), que estava sendo processada por se recusar a prestar informações requisitadas pelo Ministério Público (art. 10, Lei nº 7.347/1985), com o argumento de proteção jurídica de seus dados pessoais, sustentado na inviolabilidade do inciso X, do art. 5º da CF/88. A Primeira Turma, por unanimidade, estimou que as informações não seriam dados pessoais da paciente, porque atinentes aos dados técnicos da CLIN (Brasil, 2005).

Um histórico julgado sobre a delimitação interpretativa da expressão “sigilo de dados” versou sobre uma impugnação ao deferimento de pedido de busca e apreensão na sede de empresas, com o objetivo de investigar eventuais crimes tributários. Foram apreendidos documentos e equipamentos de informática, que serviram para o acesso, pela Receita Federal e pelo INSS, ao material apreendido, com o fito de apuração e cooperação na persecução criminal. Pleiteou-se a declaração de proibição da utilização dos elementos resultantes da decodificação do material informatizado e o trancamento da ação penal. O Plenário do STF, seguindo o voto do Min. Sepúlveda Pertence, acatou a tese jurídica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1993), de que o inciso XII, do art. 5º, CF/88, “refere-se à comunicação de dados e não aos dados em si”, e rejeitou a suposta vulneração ao aludido dispositivo constitucional (Brasil, 2006).

Esse último entendimento foi posto em nova leitura argumentativa com o HC 168052 (Brasil, 2019), na Segunda Turma. Requereu-se a nulidade de processo penal que continha medida de busca e apreensão e a autoridade policial teve acesso, sem autorização judicial, ao aparelho celular e às conversas havidas no aplicativo *WhatsApp*. O Min. Gilmar Mendes admitiu que a interpretação estrita das “comunicações realizadas” do inciso XII do art. 5º, CF/88, teve como impacto a inaplicabilidade da inviolabilidade das

comunicações aos dados registrados. No entanto, observou que com a promulgação da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), houve avanço na proteção da privacidade, de dados pessoais, da vida privada, do fluxo de comunicações e das comunicações privadas dos usuários da Internet. Enfatizou que o inciso III, do art. 7º do Marco Civil prescreve a regra da inviolabilidade e sigilo das comunicações privadas armazenadas, com exceção por reserva de jurisdição, mediante prévia ordem judicial. Sustentou que essa hipótese normativa é contextual às circunstâncias fáticas do desenvolvimento dos mecanismos de comunicação e armazenamento de dados pessoais em *smartphones* da década de 2010. Tais aparelhos registram várias informações e dados pessoais e reclamam a incidência jurídico-protetiva de dados, dos fluxos de dados e demais informações ali contidas. Essa tese foi vencedora (3x2) no julgamento.

Outros temas o STF irá enfrentar sobre a proteção de dados pessoais, que por objeto “envolvem informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 1º, Lei Federal nº 13.709/2018), como a suspensão temporária de serviços de mensagens (Informativo STF nº 979 – ADI 5527/DF, rel. Min. Rosa Weber, 27 e 28/5/2020) ou o compartilhamento de dados pessoais pelo Serviço Federal de processamento de Dados (Serpro) à Agência Brasileira de Inteligência (Abin) (ADPF 695, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24/06/2020, DJe 161 26/06/2020). Sem embargo, o que esses casos comungam é que, a partir do desenvolvimento da Internet e das tecnologias informacionais e os seus decorrentes reflexos sociais, a captação e o tratamento de dados pessoais converteram-se a ser primordiais a entes públicos e privados, tanto para políticas públicas como para a *data-driven economy*, que encontram meios de transformá-los em inumeráveis utilidades/finalidades. Como já advertiu Torbjörn Fredriksson (2018, p. 39), “uma característica da economia digital é a sua dependência na geração, no armazenamento, no processamento e na transferência de dados, tanto internamente como entre os países”. O tratamento de dados pessoais, para

que se possa acessar os serviços fornecidos na rede, apresenta-se, pois, como um dos principais condutores da nova sistemática contratual das tecnologias interativas. A partir delas, o coletor das informações é, cada vez mais, o próprio fornecedor direto de um serviço, porquanto as novas mídias são, também (ou sobretudo), canais para fornecimento de bens ou serviços, com base em uma troca mais consistente de dados e informações pessoais.

Essas informações pessoais podem ser consultadas pelo fornecedor/prestador para finalidades estatísticas, para planejamento de campanhas publicitárias ou para cessão a terceiros. Além da soma de dinheiro, pois, há uma contraprestação inerente ao se obter um produto ou um serviço na maioria das relações mediadas na e pela Internet: a cessão das informações/dados pessoais. As relações comerciais não são mais pautadas apenas pelo simples *trade-off*, mas para que o serviço seja prestado ou para que o produto seja adquirido, a pessoa é obrigada a expor a sua *persona* representada pela posse do fornecedor/prestador/detentor das suas informações pessoais. Em uma paráfrase com a sociedade de controle de Deleuze (2010), não se está mais diante do par massa-indivíduo, pois os indivíduos tornaram-se “dividuais”, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou bancos.

Torna-se imprescindível, portanto, ter disponível a maior quantidade de dados dos destinatários de um produto, para individuar o alvo das campanhas (publicitárias, políticas etc.). Disso resulta uma produção, coleta e armazenamento de perfis individuais e de grupos para alimentar o tratamento dos dados e gerar as mais diversas informações sobre textos, fotos, músicas e vídeos, localização, padrões de comunicação, redes, compras, movimentos, cada clique, palavra com erro ortográfico, visualização de página e muito mais. A propagação da coleta de dados e informações pessoais avança com maior volume, variedade, veracidade e velocidade¹⁵, galvanizando especificidade e

¹⁵ Os quatro “V” do *Big Data* são assim explicados por Hoeren e Kolany-Raiser (2018): “Furthermore, the question arises what big data is all about. Data is called ‘big’ if it is characterized

amplitude, deslocando “o eu de cada um de nós para lugares diversificados, indeterminados, intangíveis” (Rodotà, 2008, p. 125). E, com isso, se perde o direito à unicidade de cada pessoa: um “corpo distribuído”, um indivíduo “planetário” (Rodotà, 2005, p. 5-22). Essa pulverização da pessoa em tantas “pessoas eletrônicas” fica a cargo da classificação/taxonomia impingida pelas regras de mercado e atende a interesses que induzem a coleta de informações. Não por acaso, a *Federal Trade Commission* (2014) já exortou o Congresso estadunidense a exigir, dos *Data Brokers*, mais transparência e que ofereçam, aos consumidores, maior controle sobre suas informações pessoais.

Na realidade da era digital/revolução digital, Alistair Nolan e Lorryne Porciuncula (2018), noticiam que a preocupação do campo produtivo se volta para os custos da coleta, do armazenamento, do processamento de dados, para o aumento do poder computacional e da crescente sofisticação da interação das tecnologias digitais entre si e com seu ambiente de armazenamento, transporte e replicação de “bens de informação”. Essas transações da economia voltada para os dados podem ser lidas a partir dos três componentes que caracterizam a concepção de “Economia Digital” do relatório *Digital Economy Report 2019* da Unctad: 1) aspectos centrais – inovações fundamentais (semicondutores, processadores), principais tecnologias (computadores, dispositivos de telecomunicações) e infraestruturas de habilitação (Redes de Internet e telecomunicações); 2) Tecnologia Digital e da Informação (TI) – setores que produzem produtos-chave ou serviços que dependem das principais tecnologias digitais, incluindo plataformas digitais, aplicativos móveis e serviços de pagamento; e 3) um conjunto mais amplo de setores de digitalização, que inclui aqueles em que produtos e serviços digitais (finanças, mídia, turismo, transporte) estão sendo, cada vez mais, usados (exemplo: *e-commerce*). A “Economia

by the ‘three Vs’: Volume, Velocity, Variety Additional characteristics such as Veracity are included in some definitions. Big data is about analyzing masses of data. Significant for big data is the quick and easy calculation of probability forecasts and correlations, which enables new insights and the deduction of (behavioral) patterns”.

Digital”, ademais, segundo esse mesmo relatório, está usualmente associada ao uso de *Big data*, *Blokchain*, *Data Analytics*, *Artificial Intelligence (IA)*, *3D printing*, *Internet of Things (IoT)*, *Automation & Robotics* e *Cloud Computing* (UNCTAD, 2019).

É indubitável, pois, o argumento de que na atualidade os dados/a informação compõem a matéria-prima em escala global, com a interação entre a revolução informacional e a reestruturação capitalista. Informacional, porque depende da capacidade dos agentes econômicos para gerar, processar e aplicar a informação/dados baseada em conhecimentos. Global, porque as principais atividades produtivas, o consumo e a circulação, assim como seus componentes (capital, trabalho, matéria-prima, informação, mercados) estão organizados em escala global (Werthein, 2000). Ao nosso escopo interessa, particularmente, com o que Rodotà se preocupou, com uma problematização sociopolítica destes “bens da informação”: os dados pessoais.

A partir dessa necessidade, Rodotà agrega a promoção das *Privacy Enhancing Technologies (PET)*, decorrentes do planejamento de sistemas que criam condições técnicas protetivas da privacidade, o que enseja o acerto de uma proposta de granularidade (graus) das autorizações especificadas nas preferências de privacidade (Bioni, 2019). É por isso que um dos pontos de defesa da proteção de dados pessoais como direito fundamental é a sua reinvenção, a partir de paradigmas de potencialidade sociopolítica, revestidos com o conteúdo da liberdade de desenvolvimento da própria personalidade, e não apenas como instrumento protetivo atrelado, estritamente, às estratégias dos interesses de segurança e da lógica do mercado, que podem desbordar na Sociedade Disciplinar (Foucault, 2014), na *Scored Society* (Citron; Pasquale, 2014) ou no recrudescimento da *Algorithmic Society* (Baker, 2018; Balkin, 2018; De Gregorio, 2019; Pasquale, 2017).

O monitoramento e a regulação de dados pessoais na *data-driven economy* do século XXI, pois, tem resposta em leis em, ao menos, 132 países (Greenleaf, 2019). A classificação do Brasil no *Data protection laws of the World* é “moderado”, pressupondo a LGPD (DLA Piper, 2020). Com o objetivo de suprir a lacuna legislativa acerca desta dupla função; de promoção adequada da *data driven economy* e de proteção de dados pessoais em âmbito nacional; editou-se a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Teve como origem dois projetos de lei, o PL nº 4.060/12 e o PL nº 5.276/16, este último elaborado pelo Ministério da Justiça, a partir de contribuições da sociedade. A principal influência estrangeira foi a GDPR, da União Europeia (Doneda; Mendes, 2016).

O argumento da fundamentalidade material do direito à proteção de dados pessoais, com a superação da objeção filológica, e a despeito da inefetividade do *habeas data*, consolida-se tanto na literatura científica como na jurisprudência constitucional, a partir da década de 2010. A proteção de dados pessoais reclama tanto um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir, como um direito em face do Estado, a que ele zele para que terceiros não intervenham e também um direito a uma ação positiva normativa, que tem por fim garantir tal proteção, consoante alertado por Laura Schertel Mendes (2011). Além da produção bibliográfica, a proteção de dados pessoais foi prevista na Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/2011), na Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011), na Lei de delitos informáticos (Lei nº 12.737/2012), no Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018). Esse *corpus* legislativo-protetivo não pode ser lido sem a sua conjugação com o art. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), dispositivo textual com *status* hierárquico-normativo infraconstitucional e supralegal, internalizado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992 (Brasil, 2009).

A interpretação jurídica do art. 17 do PIDCP foi o principal fundamento que conduziu Joseph A. Cannataci, o relator especial da ONU do painel “O direito à privacidade na era digital”, a defender a privacidade como um conceito habilitante: o direito de escolher o que, quando, onde e como estar, com quem estar e o que pensar e dizer fazem parte dos direitos inalienáveis que os países concordaram em proteger no PIDCP (United Nations Human Rights Council, 2019). Esse argumento decorre de duas premissas que se concretizam quando a privacidade é vulnerada: i) a violação, geralmente, faz parte de um sistema que ameaça outras liberdades; e ii) a ofensa é realizada por atores estatais ou não estatais para garantir e manter o poder de controle.

De fato, essas premissas descansam nas profundas transformações sociais ocorridas desde o início do século XX até o presente e que tornaram obsoletas as concepções clássicas (*ad se*) de privacidade. Já em Stefano Rodotà, localizamos uma descrição da mudança de paradigma relacionada às novas tecnologias e seus reflexos na transmissão de informação, relações sociais e privacidade (*ad alteros*), com foco nos seguintes pontos: 1) passamos de um mundo em que as informações pessoais estavam predominantemente sob o controle dos interessados, hoje são divididas com uma pluralidade de sujeitos; 2) a transmissão das informações acontecia, geralmente, como efeito de relações interpessoais (a fofoca, a injúria pessoal, o boato, entre outros), para um cenário em que a coleta de informações é feita por meio de transações abstratas; 3) não importam apenas as informações que saem da esfera privada, mas também aquelas que entram nela (direito de não saber, material publicitário, marketing direto, *spamming*); 4) o valor da informação aumentou, deixando em segundo plano o valor da pessoa em si em relação à informação como mercadoria; 5) as tecnologias da informação e da comunicação tornaram-se tecnologias sujas (sendo fundamental, pois, torná-las limpas); 6) as tecnologias da informação e da comunicação

tornaram mais sutil a fronteira entre as esferas pública e privada, de forma que o livre desenvolvimento da personalidade e da construção autônoma da esfera privada passam a ser condições para efetivar a liberdade na esfera pública.

A defasagem de poder entre o indivíduo isolado e grandes organizações de coletas de dados e dos *Data Brokers* torna ilusória qualquer intenção de controle de dados por parte do indivíduo, pela vigilância capilarizada, um mecanismo que supera o conceito clássico de privacidade e está diretamente ligado à possibilidade de transmitir informação de forma mais volumosa, veraz, fácil, ágil e desterritorializada. Nesse sentido, não se pode acolher, sem ressalvas, o reconhecimento formal de um direito de acesso às redes ou de um direito a conhecer quem irá coletar, conservar ou tratar as informações/dados provenientes da operação econômica, sob pena de se configurar o turismo ou *shopping jurídico* descrito por Rodotà (2005), “*de la búsqueda del lugar donde son más convenientes las condiciones para el desarrollo de una actividad económica*”. Com efeito, o direito à proteção de dados pessoais não pode ter reduzida suas projeções e se equivar, simplesmente, a uma nova *lex mercatoria* da monetização dos dados. É nesse embate que foi e é necessária uma regulação para desenvolver uma série de critérios, com os quais foram referenciados o direito de acesso e a preocupação de se relacionar a finalidade declarada e o tratamento de dados.

Esses critérios formam um construto sistemático, lógico e coerente, desde os *Fair Information Principles* da década de 1970 nos USA (*Advisory Committee on Automated Personal Data Systems-1973*), no Reino Unido (Comitê de Privacidade-Organizações Privadas-1973) e Alemanha (Lei do Estado de Hesse-1975); o *Privacy Act of 1974*; as *1980 OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal*, cuja revisão foi em *2013 OECD Privacy Guidelines*. Tais referenciais, ao nosso ver,

podem ser incluídos no que Rodotà (2004) já chamou de “instrumentos prospectivos”, que conformam os dispositivos do art. 6º da LGPD, e são os parâmetros para as análises dogmáticas desenvolvidas nos itens a seguir.

3 TRÊS MEDIDAS SOBRE O DIREITO À PRIVACIDADE NO ESTADO DE PANDEMIA NO BRASIL

A Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da Covid-19, no inciso III do § 2º do art. 3º assegura às pessoas afetadas pelas medidas previstas na lei, o respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas. Com o reconhecimento da pandemia em 11 de março de 2020 (World Health Organization, 2020), vários entes federativos brasileiros editaram atos normativos com medidas não-farmacológicas indiretamente restritivas à liberdade de reunião e de mitigação de possibilidades fáticas de liberdade de locomoção para redução do risco de contágio, reforçadas com a declaração de estado de transmissão comunitária da Covid-19, pela Portaria nº 454/GM/MS, de 20 de março de 2020. Três medidas [M] não-farmacológicas destacam-se por sua relação problemática com o direito à privacidade: o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas [M1]; o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde [M2]; e o compartilhamento de dados ao IBGE, de todos os consumidores de empresas de telecomunicações [M3].

A [M1] trabalha com o repasse de dados anonimizados pelas empresas operadoras de telefonia ao Poder Público. Seu funcionamento tem como objetivo a formulação de “mapas de calor”, a partir da comunicação entre o *chip* de celular e uma antena identificada. Quando o *chip* é conectado a uma antena (em linguagem técnica, “Estação Rádio-Base”), é possível identificar sua localização no espaço. A soma dos dados

de todos os *chips* viabiliza o monitoramento de locais de aglomeração, capacitando, assim, o Estado a intervir.

Na [M2], o Poder Público federal objetiva construir uma base de dados simplificada, somente com o número do telefone, idade e o município de todos os cidadãos em âmbito nacional, com a finalidade de estabelecer um serviço de teleatendimento para identificar os sintomas do novo Coronavírus, por meio de triagem à distância (tal sistema já está em funcionamento atualmente).

A [M3] foi juridicamente materializada com a edição da Medida Provisória nº 954/2020 (MPV 54), determinando, às empresas de telecomunicações, o compartilhamento de dados de todos os seus consumidores ao IBGE. Segundo o texto normativo do Executivo, os dados compartilhados seriam nome, número de telefone e endereço dos consumidores de Serviço Telefônico Fixo Comutado e Serviço Móvel Pessoal. O objetivo era que as atividades de estudos estatísticos realizadas pelo IBGE não fossem interrompidas pela pandemia de Covid-19. Na exposição de motivos da MPV 954 (Brasil, 2020b), justificou-se que a finalidade era conciliar a manutenção do serviço de estatística à preservação da saúde dos agentes responsáveis pela coleta, que, por intermédio do banco de dados fornecido pelos serviços de telefonia, operariam por telefone, ao invés de presencialmente.

Essas três medidas [M] diretamente restritivas da privacidade, de compartilhamento (inconsentido) de informações/dados pessoais, estariam sendo utilizadas para aferir as medidas indiretamente restritivas das liberdades de reunião e de locomoção, cuja finalidade seria a redução do risco de contágio de transmissão comunitária da Covid-19. O compartilhamento “entre órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, distrital e municipal de dados essenciais à identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção pelo coronavírus, com a finalidade exclusiva de evitar a sua propagação” está previsto no art. 6º, *caput*, da Lei nº 13.979/2020. Tal

obrigação pode, inclusive, estender-se a pessoas jurídicas de direito privado, “quando os dados forem solicitados por autoridade sanitária” (art. 6º, § 1º).

Todavia, o compartilhamento de dados pessoais e a coleta de dados de geolocalização de pessoas são medidas que podem representar violação do direito à privacidade. Na época da adoção dessas medidas [M], a LGPD já compunha o ordenamento jurídico e efetivamente serviu como modelo de referência para a conduta dos agentes estatais – por exemplo, o próprio Parecer nº 00281/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU fundamentou suas conclusões nos dispositivos da LGPD (Brasil, 2020c). O tema pode ser observado, ainda, a partir de um nível maior de abstração, no nível dos princípios de direitos fundamentais. Estão sob foco, os direitos fundamentais à privacidade (que, em relação ao tema deste artigo, materializa-se na proteção dos dados pessoais) e à saúde (cuja tutela materializa-se nas medidas de minimização do contágio comunitário da Covid-19). As medidas apresentadas neste trabalho demonstram que as ações para a promoção do direito à saúde podem esbarrar na tutela que deve ser promovida ao direito à privacidade.

No texto “Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, Alexy (1999) suscita que os direitos humanos/fundamentais podem se converter em um problema para a democracia, quando de um mero ideal sejam tornados em algo real. Essa problematização democrática cabe no recorte das três aludidas medidas [M] de redução do risco de contágio do Covid-19, pois podem estar em conflito dois direitos fundamentais. Com efeito, Alexy reforça a necessidade da fundamentação e do exame de proporcionalidade e distingue três modos de ver a relação entre direitos fundamentais e democracia: ingênuo – não existe conflito, porque tanto a democracia como os direitos fundamentais são “bons” e ilimitados; idealista – o conflito existe, mas dentro do ideal de uma sociedade politicamente perfeita, em que povo e representantes políticos não estão

interessados em violar os direitos fundamentais por decisões de maiorias parlamentares; e realista – direitos fundamentais são democráticos porque asseguram o desenvolvimento e a existência de pessoas capazes de manter as condições funcionais do processo democrático. Alexy (1999) aposta na visão realista com a resolução dos conflitos de direitos fundamentais pela representação política (parlamento) e pela representação argumentativa (judiciário): “O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente”. A representação argumentativa atua, negativamente, como instância de reflexão (e até objeção) do processo político e, positivamente, pois cabe aos cidadãos aprovar os argumentos do tribunal se aceitarem um discurso jurídico-constitucional racional. Se há uma estabilidade entre as representações e os papéis do Legislativo e do Judiciário, pode-se falar de uma institucionalização dos direitos humanos/fundamentais em um Estado Constitucional democrático e a reconciliação entre direitos fundamentais e democracia. Alexy atribui uma liberdade limitada à argumentação jurídica, enquanto atividade linguística de correção dos enunciados normativos em que se pode incluir o processo e a discussão científico-jurídica. O discurso jurídico, resumidamente, possui como condições limitadoras a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes e seu enquadramento pela dogmática elaborada pela Ciência do Direito (Alexy, 2013).

Tendo essas premissas em conta, no nível hierárquico extremo, a gramaticalidade do texto de 1988 atribui à saúde (art. 6º, 196 a 200) e à privacidade (art. 5º, incisos X, XI, XII, LX, LXXII,) dupla fundamentalidade (formal e material). Não há regras textual-normativas que estabeleçam relações de restrição. A restrição a direitos fundamentais é condição para a concordância prática e coexistência desses direitos e por essa razão são os direitos fundamentais restringíveis (Alexy, 2011; Silva, 2006). Há possibilidades fáticas e jurídicas para o seu maior grau de otimização (e também afetação), o que deflui da lógica da tipologia normativo-

teórica de princípios (Alexy, 2003). Ao examinar a volatilidade semântica da palavra “princípios” na literatura científica brasileira, Virgílio Afonso da Silva (2003) admite que o conceito de princípio para Alexy “nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um ‘mandamento nuclear do sistema’, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade”. Não há uma relação de precedência absoluta entre esses princípios. A solução para essa colisão levará em consideração o caso concreto [C] para a fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência condicionada em face do outro [P].

Não se reputa, como já advertiu Fernando Leal (2014), que as soluções dadas a seguir entreguem resultados matematicamente exatos, com ausência de variabilidade/indeterminação de resultados e/ou epistemologicamente imparciais. Contudo, as conclusões reportam enunciados racional e juridicamente fundamentados e justificados. Sob outras condições, é possível que, racionalmente, as questões de precedência sejam resolvidas de outra forma até oposta (Alexy, 2011, 2015), com o controle intersubjetivo de seus resultados decorrente de ônus argumentativo.

4 DAS RELAÇÕES DE PRECEDÊNCIA CONDICIONADA ENTRE AS MEDIDAS DESTACADAS

As três medidas sob análise assemelham-se porque operam a coleta de dados pessoais com a finalidade de auxiliar na construção de medidas não-farmacológicas de contenção da pandemia e visam a redução do risco de doença. A coleta de dados pessoais, por sua vez, é tutelada pelo direito fundamental à privacidade (proteção de dados pessoais), nos termos desenvolvidos no item 1 deste trabalho. Dessa forma, justifica-se

a formulação de critérios relacionados à proteção de dados pessoais para analisar cada uma delas.

No conceito de liberdades protegidas como “um feixe de direitos a algo e também por normas objetivas que garantem ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar a ação permitida” (Alexy, 2011, p. 233), incluem-se no contexto brasileiro as liberdades (1) de locomoção (art. 5º, XV, CF/88), (2) de manifestação religiosa ou de crença (art. 5º, VI, CF/88), (3) de pensamento e de expressão (art. 5º, IV, IX, CF/88), (4) de reunião (art. 5º, XVI, CF/88) e (5) de associação (art. 5º, XVII, CF/88). Em relação ao Estado, pois, tais liberdades são juridicamente protegidas para que o Estado não embarace o titular da liberdade no “fazer aquilo para o qual ele é constitucionalmente livre” (Alexy, 2011, p. 234). Este direito ao não-embaraço é um direito a uma ação negativa. Essa característica protetivo-negativa também está presente nos “direitos de defesa”.

Na interpretação sistemática da leitura infraconstitucional e supralegal, tanto no PIDCP¹⁶ como na Cadh¹⁷ a saúde pública é hipótese textual-normativa de restrição de liberdades protegidas (1) de locomoção, (2) de manifestação religiosa ou de crença, (3) de pensamento e de expressão, (4) de reunião e (5) de associação. A interpretação lógica protetivo-normativa do direito a saúde é uma hipótese jurídico-restritiva da dimensão defensiva dessas liberdades protegidas. Por sua vez, a lógica da dimensão defensiva (direitos a ações negativas) é a que inicialmente está inscrita nas premissas protetivas da privacidade (inviolabilidade moral, inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas). E a proteção os direitos fundamentais de liberdade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural é o objetivo legal da LGPD (art. 1º). Cumpre, pois, estabelecer

¹⁶ Arts. 12, 18, 19, 21 e 22 do Decreto nº 591/92.

¹⁷ Arts. 12, 13, 15, 16 e 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Decreto nº 678/92.

as relações de precedência condicionada que pautam esse conflito de direitos fundamentais, que como se verá, foram argumentadas no nível normativo infraconstitucional e legal, em hipóteses textual-normativas já previstas em leis ordinárias do ordenamento jurídico brasileiro.

Princípios e regras são razões para normas e indiretamente razões para ações. A doutrina do direito fundamental à privacidade/proteção de dados pessoais prevê alguns critérios que devem pautar o tratamento desses dados. Estes critérios são, sinteticamente, os seguintes: 1) correção; 2) exatidão; 3) finalidade; 4) publicidade; 5) acesso individual; e 6) segurança física e lógica do acervo de dados. Foram assimilados jurídico-positivamente na hierarquia infraconstitucional e legal pela LGPD em seu art. 6º, cuja redação contém:

Critérios jurídico-positivos para as atividades de tratamento de dados pessoais	
Finalidade:	realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.
Adequação:	compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento.
Necessidade:	limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados.
Livre acesso:	garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais.
Qualidade dos dados:	garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento.
Transparência:	garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial.
Segurança:	utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão.
Prevenção:	adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais.

Critérios jurídico-positivos para as atividades de tratamento de dados pessoais	
Não discriminação:	impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos.
Responsabilização e prestação de contas:	demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esses critérios jurídico-positivos que conformam as atividades de tratamentos de dados pessoais, se traduzem em parâmetros de análise às medidas [M] estudadas neste trabalho. Para o exame, integram, contudo, o mesmo campo denotativo: (1) a análise da qualidade dos dados, da prevenção e da segurança está relacionada à obrigação de o agente de tratamento (nesse caso, o Poder Público) adotar medidas capazes de coletar os dados com exatidão e, ao mesmo tempo, proteger esses dados contra a intervenções externas; (2) o livre acesso e a transparência relacionam-se à comunicação entre o agente do tratamento e o titular dos dados. Esses requisitos são preenchidos quando o titular dos dados é capacitado a conhecer quais foram seus dados pessoais coletados, bem como os agentes, a duração e o processo do tratamento; (3) a não discriminação no caso das três medidas aqui estudadas está devidamente preenchida, uma vez que a finalidade do tratamento de dados – tutela da saúde pelo estabelecimento de medidas de contenção da pandemia – não tem nenhum cunho discriminatório, ilícito ou abusivo; e (4) por fim, quanto à responsabilização e prestação de contas, demonstra-se observada quando o agente garante a eficácia do cumprimento de todas as normas de proteção de dados pessoais na execução do tratamento de dados.

Esses quatro critérios, cuja aplicação dá-se de forma idêntica às três medidas [M], não compõem o centro de nossa análise. Sua observância é vinculativa e deve ser exercida mesmo durante o estado de pandemia. Além do mais, não são variáveis decisivas aos termos que pautam a hipotética precedência do direito à saúde em relação ao direito à privacidade. O direito

à privacidade, nesses específicos pontos, não cede diante do direito à saúde, de forma que tais critérios se afastam da problemática estabelecida neste artigo. Conforme evidenciaremos a seguir, os critérios que constituem variáveis relevantes às condições de precedência do direito à saúde sobre o direito à privacidade são os da finalidade e da necessidade.

Ao observar a finalidade do tratamento de dados pessoais relacionados a cada medida [M], na [M1], o fim da medida é capacitar o Estado a identificar pontos de aglomeração para atuar de forma repressiva. Considerando-se a aproximação um fator de maximização do contágio, a dispersão de aglomerações consubstancia-se em medida de promoção da tutela da saúde. Na [M2], o objetivo da tutela da saúde realiza-se pela construção de um terminal de teleatendimento para facilitar o diagnóstico e a identificação de pessoas contaminadas. Por fim, na [M3], a tutela relaciona-se à segurança do trabalho das pessoas que realizam as entrevistas para a construção de estatísticas pelo IBGE. Há diferença substancial entre as medidas: a [M1] demanda apenas dados anonimizados (geolocalização para formulação de mapas de calor), diferentemente das [M2 e M3], as quais para funcionarem, exigem dados particularizados.

Compreende-se, com efeito, que o grau de afetação que uma medida destinada a promover um princípio de direito fundamental representa em outro princípio de direito fundamental deve ser compensado pela importância da realização do direito fundamental promovido pela medida. A partir disso, precisamos analisar qual o grau de afetação que cada uma das medidas representa ao direito à privacidade e, então, se tal afetação está justificada pela promoção do direito à saúde. De início já se pode estabelecer que o grau de afetação das [M2 e M3] é superior ao da [M1], uma vez que esta trabalha com dados anonimizados, diminuindo o impacto ao direito à privacidade. Portanto, será necessária uma fundamentação mais consistente para sustentar a aplicação de [M2 e M3] em relação a [M1].

Tendo como razão a declaração de estado de transmissão comunitária da Covid-19 e defendendo o conceito expansionista de dados pessoais (Bioni, 2019), haverá precedência do direito fundamental à saúde no monitoramento da circulação de pessoas [M1] caso preenchidas as seguintes condições: (1) se o compartilhamento pelas operadoras for de informações agregadas e proveniente de dados anonimizados segundo o art. 72, § 2º, Lei nº 9.472/97. Trata-se de aplicação do critério da necessidade, na medida em que a formulação de mapas de calor dispensa a identificação das pessoas; (2) com a finalidade exclusiva de identificar situações de concentração de pessoas e risco de contaminação, durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei nº 13.979/20. Isso materializa um compromisso com uma finalidade estabelecida e condiciona a aplicação da tecnologia estritamente ao período da pandemia – em outras palavras, superado o estado de pandemia, a continuidade dessa tarefa deverá ser submetida a nova análise; (3) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies* melhor a proteção (na linha do descrito na Recomendação 2020/518 da Comissão Europeia¹⁸).

Sobre o compartilhamento de base de dados simplificada de âmbito nacional [M2] com o número do telefone, idade e o município para implantação de teleatendimento para triagem de identificação de indivíduos com sintomas da Covid-19 (dados sensíveis: art. 5, II, LGPD), o Ofício nº 401/2020/SE/GAB/SE/MS indica que a triagem à distância objetiva viabilizar a prevenção ativa e o monitoramento dos casos já identificados e “evitar que casos não críticos cheguem às unidades de saúde, impedindo a disseminação do novo vírus aos profissionais de saúde, mantendo maior controle da proliferação da doença, nos locais de sua maior incidência”. Tendo essa razão, haverá precedência do direito fundamental à saúde caso reunidas as seguintes condições: (1) se houver pedido de autoridade

¹⁸ *Commission Recommendation (EU) 2020/518 of 8 April 2020.*

competente (Ministério da Saúde: art. 47, III, Lei nº 13.844/2019), dentro da hipótese da previsão legal (art. 213, Lei nº 9.472/97; art. 6º, § 1º, Lei nº 13.979/2020); (2) utilização para finalidade específica (exclusiva) de evitar a propagação da Covid-19 e possível identificação de pessoas infectadas ou com suspeita de infecção; (3) durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei nº 13.979/20 e observado o art. 116 da Lei nº 8.666/93; e (4) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies*, maior extensão terá esta regra¹⁹.

Por derradeiro, quanto à [M3], em abono do reconhecimento judicial no Brasil do direito fundamental da proteção de dados pessoais em 2020, cabe citar a suspensão da MPV 954 pelo STF, em decisão da lavra da ministra Rosa Weber, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.387 (Brasil, 2020d). Posteriormente, esse ato normativo teve seu prazo de vigência encerrado no dia 14 de agosto de 2020 e declarada a perda do objeto da ADI 6.386. A despeito dessas superveniências, pela importância histórico-jurídica é cabível e consistente a análise da aludida medida provisória. A MPV 954 previa o compartilhamento de dados de usuários de telecomunicações com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para a produção de estatística oficial durante a pandemia do novo coronavírus. O STF, por maioria, referendou a decisão cautelar, com o entendimento de que ao obrigar as empresas de telefonia fixa e móvel a disponibilizar ao IBGE a relação dos nomes, dos números de telefone e dos endereços de seus consumidores, pessoas físicas ou jurídicas, haveria violação aos dispositivos da CF/88 que asseguram a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas e o sigilo dos dados.

¹⁹ A análise das medidas M1 e M2 foram expostas com muito menor consistência argumentativa, menos enfoque, menos amplitude, menor extensão, e sem a decisiva razão normativo-legal da LGPD em um texto preliminar (Cunha e Cruz; Camargo, 2020).

Com efeito, a “representação argumentativa” do STF como instância de reflexão e objeção deste procedimento político do Executivo (MPV 954) foi positivamente importante. A inadequação fática dessa medida restritiva da privacidade [M3] se desvelou pelo próprio IBGE, no que Fernando Leal (2016) já denominou de “otimização como composição de primeira ordem”, pois antes mesmo do *referendum* do Plenário do STF (7/5/2020) e sem se valer dos comandos normativos da MPV 954, iniciou-se (4/5/2020) a coleta de dados, a partir da base de dados de 211 mil domicílios que participaram da Pnad Contínua no primeiro trimestre de 2019, com a seleção daqueles com número de telefone já cadastrados (Brasil, 2012).

O texto da MPV 954 não motivou, suficientemente, a razão pela qual incluiu a obrigação de compartilhamento de dados do Serviço Móvel Pessoal (SMP), se o objetivo era a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua). Não motivou o alcance do aludido compartilhamento, se da totalidade ou não dos brasileiros. Não indicou a finalidade específica de qual “produção estatística oficial”, tampouco as responsabilidades e os graus de intensidade da afetação da proteção de dados pessoais. Seria, portanto, juridicamente incorreto realizar tratamento de dados pessoais de modo inadequado, faticamente desnecessário e não limitado “ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados” (art. 6º, III, LGPD).

A interpretação histórica demonstra o caráter contextual, sistemático e democrático que a proteção de dados pessoais possui no Brasil, e acrescenta mais uma, nas razões pelas quais foi correta a suspensão da efetividade da MPV 954, que é medida de exceção. A MPV 954 não trouxe evidências sobre o que, quem, como, quando, em que ocasião e com qual objetivo os dados seriam compartilhados, em remissão parcial ao famoso caso sobre a Lei do censo julgado pelo Tribunal Constitucional alemão,

em 15 de dezembro de 1983, configurador do “direito à autodeterminação informativa”.

5 CONCLUSÃO

O reconhecimento do estado de pandemia traz consigo diversas adversidades jurídicas, demandando esforços tanto para promover quanto para preservar direitos fundamentais nesse cenário. É preciso fixar a proteção de dados pessoais como um direito fundamental e, assim, tutelá-lo mesmo durante a pandemia, para que situações transitórias não se transformem em um campo fértil para “normalização” de exceções de afetação da privacidade a legitimar – uma de suas principais características – a vigilância indevida.

Neste artigo, destacamos três medidas que potencialmente afetam o direito à privacidade: [M1] o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação sobre a circulação de pessoas; [M2] o compartilhamento de dados pessoais para a implantação de teleatendimento pelo Ministério da Saúde; e [M3] o compartilhamento de dados ao IBGE de todos os consumidores de empresas de telecomunicações. Buscamos estabelecer os termos das relações de precedência condicionada entre os direitos à privacidade e à saúde nesses casos.

Sobre [M1], concluímos que o direito à privacidade é precedido pelo direito à saúde com os seguintes condicionantes: 1) se o compartilhamento pelas operadoras for de informações agregadas e proveniente de dados anonimizados; 2) se a finalidade *exclusiva* for identificar situações de concentração de pessoas e risco de contaminação, durante a situação de emergência de saúde pública prevista na Lei nº 13.979/20; e 3) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies*, melhor a proteção.

Sobre [M2], há precedência do direito fundamental à saúde quando preenchidas as seguintes condições: 1) se houver pedido de autoridade competente (Ministério da Saúde: art. 47, III, Lei nº 13.844/2019), dentro da hipótese da previsão legal (art. 213, Lei nº 9.472/97; art. 6º, § 1º, Lei nº 13.979/2020); 2) se a finalidade específica (exclusiva) for evitar a propagação da Covid-19 e identificar pessoas infectadas ou com suspeita de infecção; 3) se a duração da medida restringir-se à situação de emergência de saúde pública prevista na Lei nº 13.979/20, observado o art. 116 da Lei nº 8.666/93; e 4) quanto mais e maior o grau de *Privacy Enhancing Technologies*, maior extensão terá esta regra.

Por fim, verificou-se que a [M3] não foi capaz de sequer promover os fins por ela almejados e representa uma violação do direito fundamental à privacidade. A violação foi, neste trabalho, ilustrada com a objeção a esse procedimento político do Executivo (MPV 954), uma vez que [M3] é faticamente inadequada, não motivou suficientemente a razão pela qual estabeleceu a obrigação de compartilhamento de dados telefônicos com o Poder Público, não explicou o alcance da medida, não apontou a finalidade específica (qual estatística seria produzida), tampouco as responsabilidades dos agentes do tratamento. Ademais, não esclareceu, suficientemente, as razões pelas quais o tratamento de dados seria utilizado como medida para o controle do contágio da Covid-19 no Brasil, além de ter sido realizado outro procedimento fático de coleta, a partir da própria base de dados do próprio IBGE para o mesmo objetivo pretendido pela MPV 954, ou seja, era também faticamente desnecessária. Não foi suprido o ônus argumentativo indispensável para estabelecer uma adequada, necessária e proporcional relação de precedência do direito à saúde, prevalecendo, nessa hipótese, o direito à proteção dos dados pessoais. É juridicamente procedente a refutação da MPV 954 como uma medida de exceção e é coerente a representação argumentativa da decisão do STF no referendo à ADI 6.387, que suspendeu a eficácia da MPV 954/2020.

A única pessoa capaz de ver com os olhos no “Ensaio sobre a cegueira” era a mulher do médico – e não o médico. No livro há duas cenas emblemáticas. Logo, quando o médico perdeu sua vista, entrou no banheiro onde estava o espelho e estendeu as mãos até tocar no vidro. Sabia que sua imagem estava “ali a olhá-lo, a imagem via-o a ele, ele não via a imagem”. Ao entrar em uma igreja, a mulher do médico viu que as imagens de todos os santos tinham uma venda branca tapando-lhes os olhos. Em alguns municípios (do interior) do Brasil, em nossa realidade mundana, uma máscara facial de proteção foi colocada no rosto da imagem de santos. Além de sinalizar incentivo às medidas de contenção ao contágio, a presença ou a ausência de máscara também pode simbolizar nossa cegueira diante desse novo mal. Algumas medidas estabelecidas para a contenção do contágio da Covid-19 podem transformar-se em ferramentas para a implantação de um estado de vigilância indevida. Outras não. Contudo, para rechaçar a agnosia, a amaurose ou, até mesmo, cegueira branca, temos de estender nossos argumentos (mãos) até tocar os direitos fundamentais (o vidro), pois os direitos fundamentais estão “ali a olhá-lo, a imagem via-o a ele, ele não via a imagem”.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Constitutional rights, balancing and rationality. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9337.00228/pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

ALEXY, R. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, p. 55-66, jul. 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413/45319>. Acesso em: 11 out. 2021.

ALEXY, R. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; NERY DA SILVA, R. L. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 165-178.

ALEXY, R. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, J. C. V. Os direitos fundamentais do século XXI. *In*: Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional: Derecho constitucional para el siglo XXI, 8, 2006, Sevilla, Universidad de Sevilla, **Actas...** Navarra: Aranzadi, 2006. p. 1052-1055.

ATHENIENSE, A. As transações eletrônicas e o direito de privacidade. **Fórum Administrativo**: Direito Público, Belo Horizonte, v. 2, n. 19, p. 1170-1177, out. 2002.

BAKER, J. J. Beyond the information age: the duty of technology competence in the algorithmic society. **South Carolina Law Review**, v. 69, n. 3, p. 557-578, Spring 2018.

BALKIN, J. M. Free speech in the algorithmic society: big data, private governance, and New school speech regulation. **U.C. Davis Law Review**, v. 51, n. 3, p. 1149-1210, feb. 2018.

BARRIENTOS-PARRA, J. D.; BORGES MELO, E. C. O Direito à Intimidade na Sociedade Técnica: rumo a uma política pública em matéria de tratamento de dados pessoais. **Revista de Informação Legislativa**, ano 45, v. 180, p. 197-214, out./dez. 2008.

BIONI, B. R. O dever de informar e a teoria do diálogo das fontes para a aplicação da autodeterminação informacional como sistematização para a proteção dos dados pessoais dos consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 94, p. 283-324, jul./ago. 2014.

BIONI, B. R. **Proteção de dados pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BITTAR, C. A. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BORGES FORTES, V.; ORO BOFF, S. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. **Sequência**, Florianópolis, v. 35, n. 68, p. 109-128, jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p109>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Advocacia Geral da União. **Parecer nº 00281/2020/CONJUR-MCTIC/CGU/AGU**. Disponibilização de base de dados – ação de prevenção e monitoramento – (Covid-19). NUP: 01250.015606/2020-12. Brasília: Advocacia Geral da União, 2020c.

BRASIL. Agência. **Governo usará dados de teles para monitorar circulação de pessoas**. Brasília, 5 de abril de 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/governo-usara-dados-de-teles-para-monitorar-circulacao-de-pessoas>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. 1987. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte** (Suplemento). Brasília: Imprensa Nacional, 1987. p. 63-74.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Marco legal da proteção de dados pessoais é sancionado**. 2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/561337-MARCO-LEGAL-DA-PROTECAO-DE-DADOS-PESSOAIS-E-SANCIONADO;-LEI-ENTRA-EM-VIGOR-EM-2020.html>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. 2012. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/27552-ibge-comeca-coleta-por-telefone-da-pnad-covid-em-mais-de-190-mil-domicilios?utm_source=covid19&utm_medium=hotsite&utm_campaign=covid_19. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 954/2020**. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv954.htm. Acesso: 11 out. 2021.

BRASIL. Ministério Da Saúde. **Mais de 2 milhões de pessoas já utilizaram os serviços do TeleSUS**. 2021. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46734-teleatendimento-mais-de-2-milhoes-de-pessoas-ja-utilizaram-os-servicos-do-telesus>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Poder Executivo. **EM nº 00151/2020 ME**. 2020b Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-954-20.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 22.337/RS**, Quarta Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 13/02/1995, DJ 20/03/1995, p. 6119. 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199200114466&dt_publicacao=20/03/1995. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 736 MC**, Pleno, rel. Min. Carlos Velloso, j. 04/06/1992, DJ 14/06/2002. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346572>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.790 MC**, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23/04/1998, DJ 08/09/2000. 2000b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347269>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.935**, Pleno, rel. Edson Fachin, j. 22/05/2020, DJe-137 03-06-2020. 2020a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752834387>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **CR 9.854 AgR**, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, j. 28/05/2003, DJ 27/06/2003. 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324413>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 58.883**, Primeira Turma, rel. Soares Muñoz, j. 26/05/1981, DJ 09/10/1981. 1981. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=66734>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 72.588**, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 12/06/1996, DJ 04/08/2000. 2000a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73874>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 75.338**, Pleno, rel. Min. Nelson Jobim, j. 11/03/1998, DJ 25/09/1998. 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 84.367**, Primeira Turma, rel. Min. Carlos Britto, j. 09/11/2004, DJ 18/02/2005. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79569>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 944** – HC 168052/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 11.6.2019. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 976** – ADI 6387 MC-Ref, rel. Min. Rosa Weber, 6 e 7.5.2020. 2020d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=adi%206387&numero=976&pagina=1&base=INFO>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo STF nº 979** – ADI 5527/DF, rel. Min. Rosa Weber, 27 e 28.5.2020. 2020e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo979.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 21.729**, Pleno, rel. Min Marco Aurélio, red. p/ Acórdão: Min. Néri da Silveira, j. 05/10/1995. 1995a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 100.037**, Segunda Turma, rel. Francisco Rezek, j. 18/10/1983, DJ 18-11-1983. 1983. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=192448>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 418.416/HC 83168**, Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10/05/2006, DJ 19/12/2006. 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=395790>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 466.343** rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 601.766 AgR**, Primeira Turma, rel. Min. Roberto Barroso, j. 29/09/2017, Dje-235 16/10/2017. 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13808231>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 673.707**, Pleno, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/06/2015, DJe-195 30/09/2015. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC 59.394**, Primeira Turma, rel. Néri da Silveira, j. 13/11/1981, DJ 11/06/1982. 1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=98430>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHD 22**, Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, red. p./ Acórdão Min. Celso de Mello, j. 19/09/1991, DJ 01/09/1995. 1995b. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=362613>. Acesso em: 11 out. 2021.

CARVALHO, A. P. G. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. **Revista de direito do consumidor (RT)**, v. 12, n. 46, p. 77-119, abr./jun. 2003.

CITRON, D. K.; PASQUALE, F. The Scored Society: Due Process for Automated Predictions. **Washington Law Review**, v. 89, n.1, p. 1-34, March 2014.

COMMISSION RECOMMENDATION (EU) 2020/518 of 8 April 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32020H0518&from=EN>. Acesso em: 11 out. 2021.

COSTA JUNIOR, P. J. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 3. ed. São Paulo: Sciliano, 2004.

CUEVA, R. V. B. Há um direito à autodeterminação informativa no Brasil? *In*: MUSSI, J.; SALOMÃO, L. F.; MAIA FILHO, N. N. (org.). **Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3. p. 220-241.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CAMARGO, L. H. K. As relações de precedência condicionada como limite à vigilância extrema: o repasse de informações pelas operadoras de telecomunicação. *In*: BIONI, B. R. *et al.* (org.). **Os dados e o vírus: pandemia, proteção de dados e democracia**. 1. ed. São Paulo: Reticências Creative Design Studio, 2020. v. 1, p. 145-152.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; CASTRO, M. F. O habeas data e a concretização do direito à proteção de dados pessoais na metódica constitucional de Friedrich Müller. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)**, v. 19, p. 191-230, 2018.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; OLIVEIRA, L. P. S.; SOUSA, J. M. A. (in)efetividade do habeas data como garantia da proteção de dados pessoais no STF. **Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global**, v. 4, p. 171-189, 2015.

CUNHA E CRUZ, M. A. R.; SOUSA, J. M. A proteção dos dados pessoais e o Habeas Data no STF. *In*: MACHADO, E. D.; BREGA FILHO, V.; KNOEER, F. G. (orgs.). **Direitos fundamentais e democracia I**. 1. ed. Curitiba: Clássica, 2014. v. 23, p. 411-440.

DALLARI, D. A. O habeas data no sistema jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 97, p. 239-253, jan. 2002.

DE GREGORIO, G. From Constitutional Freedoms to the Power of the Platforms: Protecting Fundamental Rights Online in the Algorithmic Society. **European Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 2, p. 65-104, 2019.

DELEUZE, G. **Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

DLA PIPER. **Data protection laws of the World**: full handbook. DLA PIPER: 2020. Disponível em: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>. Acesso em: 11 out. 2021.

DONEDA, D. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DONEDA, D. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

DONEDA, D.; MENDES, L. S. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei nº 5.276/2016. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 9, p. 35-48, out./dez. 2016.

DRUMMOND, V. **Internet, privacidade e dados pessoais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC Recommends congress require the data broker industry to be more transparent and give consumers greater control over their personal information**: agency report shows data brokers collect and store billions of data elements covering nearly every U.S, 2014. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2014/05/ftc-recommends-congress-require-data-broker-industry-be-more>. Acesso em: 11 out. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 88, p. 439-459, jan. 1993.

FERREIRA FILHO, M. G. Significação e alcance das “cláusulas pétreas”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 202, p. 11-17, out. 1995. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46613/46348>. Acesso em: 11 out. 2021.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRAZÃO, A. Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: FRAZÃO, A.; TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 23-52.

FREDRIKSSON, T. Esforços necessários para transformar o comércio eletrônico em um motor do Desenvolvimento. In: **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras**: TIC empresas 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018.

GEDIEL, J. A. P; CORRÊA, A. E. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o estado e o mercado. **Revista da Faculdade de Direito (UFPR)**, Curitiba, v. 47, p. 141-153, 2008.

GIANNOTI, E. **A tutela constitucional da intimidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

GREENLEAF, G. Global Tables of Data Privacy Laws and Bills. **Supplement to 157 Privacy Laws & Business International Report**, Sydney, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3380794>. Acesso em: 11 out. 2021.

GOUVEIA, J. B. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

GUERRA, S. C. S. **O direito à privacidade na internet: uma discussão da esfera privada no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

HOEREN, T.; KOLANY-RAISER, B. **Big Data in Context**. Switzerland: Springer International Publishing, 2018.

JABUR, G. H. **Liberdade de pensamento e direito à vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

LAEBER, M. R. S. Proteção de dados pessoais: o direito à autodeterminação informativa. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 37, p. 59-80, jul./set. 2007.

LEAL, F. Irracional ou hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C – R. Dir. Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LEAL, F. O que significa otimizar princípios? Uma pergunta, três respostas, três problemas. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJL]**, v. 17, n. 2, p. 411-424, 31 ago. 2016.

LEONARDI, M. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMBERGER, T. A informática e a proteção à intimidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 8, n. 33, p. 110-124, out./dez. 2000.

LIMBERGER, T. Da evolução do direito a ser deixado em paz, à proteção dos dados pessoais. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 27-53, 2009.

LIMBERGER, T. Proteção de dados pessoais e comércio eletrônico: os desafios do século XXI. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 67, p. 215-241, jul./set. 2008.

MAIA, F. J. F. *O habeas data e a tutela da dignidade da pessoa humana na vida privada*. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória-ES, n. 12, p. 269-303, jul./dez. 2012.

MEDINA GUERRERO, M. **La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales**. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MENDES, L. S. O direito fundamental à proteção de dados pessoais. **Revista de direito do consumidor**, v. 79, p. 45-81, jul./set. 2011.

MENDES, L. S. O regulamento europeu de proteção de dados pessoais e a lei geral de proteção de dados brasileira: mapeando convergências na direção de um nível de equivalência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 124, p. 157-180, jul./ago. 2019.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de dados pessoais e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.

MENDES, L. S. Segurança da informação, proteção de dados pessoais e confiança. **Revista de direito do consumidor**, v. 90, p. 245-260, nov./dez. 2013.

MENDES, L. S. **Transparência e privacidade**: violação e proteção da informação pessoal na sociedade de consumo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

MURILLO DE LA CUEVA, P. L. **El derecho a la autodeterminación informativa**. Madrid: Editorial Tecnos, 1990.

NAVARRO, A. M. N. P. O Direito Fundamental à autodeterminação informativa. *In*: NASPOLINI SANCHES, S. H. D. F.; DUARTE, F.; ALENCAR, M. L. P. (coords.). *Conpedi/UFF (org.)*. Direitos fundamentais e democracia II. **XXI Congresso Nacional do Conpedi**. Funjab, 2012. p. 429-458.

NOLAN, A.; PORCIUNCULA, L. Indústria 4.0: tecnologias emergentes e as políticas públicas. *In*: **Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nas empresas brasileiras**: TIC empresas 2017. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2018. p. 43-51.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR (NIC.BR). **Uma breve história da internet e do Comitê Gestor da Internet no Brasil**, 8 de outubro de 2015. Disponível em: <https://www.nic.br/noticia/na-midia/uma-breve-historia-da-internet-e-do-comite-gestor-da-internet-no-brasil/>. Acesso em: 11 out. 2021.

PASQUALE, F. Toward a fourth law of robotics: preserving attribution, responsibility, and explainability in an algorithmic society. **Ohio State Law Journal**, v. 78, n. 5, p. 1243-[iv], 2017.

PÉREZ LUÑO, A-E. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005.

PINHEIRO, P. P. G. Nova Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e o impacto nas instituições públicas e privadas. **Revista dos Tribunais**, v. 1000, p. 309-323, fev. 2019.

REINALDO FILHO, D. A privacidade na Sociedade da Informação. *In*: REINALDO FILHO D. (coord.). **Direito da Informática, temas polêmicos**. Bauru, SP: Edipro, 2002.

RODOTÀ, S. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODOTÀ, S. Cual Derecho para el Nuevo Mundo. **Revista de Derecho Privado**, n. 9, p. 5-22, 2005.

RODOTÀ, S. Derecho, ciencia, tecnologia. modelos y decisiones de regulaci3n. **Derecho PUCP**, n. 57, p. 105-122, 2004.

RODRIGUEZ, D. P.; RUARO, R. L. O direito à proteç3o de dados pessoais na sociedade da informaç3o. **Direito, Estado e sociedade**, n. 36, p. 178-199, jan./jun. 2010.

RUARO, R. L. O direito fundamental à proteç3o de dados pessoais do consumidor e livre mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 118, p. 195-219, jul./ago. 2018.

SAMPAIO, J. A. L. **Direito à intimidade e à vida privada**: uma vis3o jur3dica da sexualidade, da fam3lia, da comunicaç3o e informaç3es pessoais, da vida e da morte. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARAMAGO, J. **Ensaio sobre a cegueira**. S3o Paulo: Cia das Letras, 2017.

SILVA, V. A. Interpretaç3o constitucional e sincretismo metodol3gico. *In*: SILVA, V. A. (org.). **Interpretaç3o constitucional**. 1. ed. S3o Paulo: Malheiros, 2010. p. 115-143.

SILVA, V. A. O conte3do essencial dos direitos fundamentais e a efic3cia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, V. A. Princ3pios e regras: mitos e equ3vocos acerca de uma disti3o. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

SOUZA, V. R. C. O acesso à informaç3o na legislaç3o brasileira. **Revista da Seç3o Judici3ria do Rio de Janeiro**, v. 19, p. 161-181, 2011.

SZANIAWSKI, E. **Direitos de personalidade e sua tutela**. S3o Paulo: RT, 2005.

TRIVISONNO, A. T. G. Direitos Humanos e Fundamentais: quest3es conceituais. **Espaço Jur3dico Journal of Law [EJLL]**, v. 21, n. 1, p. 7-18, 30 jun. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Digital Economy Report 2019**: implications for developing countries. New York: UN Publications, 2019. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_en.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS COUNCIL. **UN Special Rapporteur on the right to privacy**. New York: Annual Reports UN, 27 fev. 2019. A/HRC/40/63 Advance unedited version. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/AnnualReports.aspx>. Acesso em: 11 out. 2021.

VERONESE, A. A proposta brasileira de proteção de dados pessoais em comparação ao novo regulamento europeu. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 71-99, jan./mar. 2018.

WARREN, S. D.; BRANDEIS, L. D. The right to privacy. **Harvard Law Review**, v. 4, n. 5, p. 193-220, 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 11 out. 2021.

WERTHEIN, J. A sociedade da informação e seus desafios. **Ci. Inf.**, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**, 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>. Acesso em: 11 out. 2021.

ZANON, J. C. **Direito à proteção dos dados pessoais**. São Paulo: RT, 2013.

A LÓGICA DE UMA TENSÃO: JUSTIÇA, PODER E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DEBATE KELSEN E ALEXY

JUSTICE AND POWER IN THE FUNDAMENTAL RIGHTS APPLICATION: A CONFRONTATION BETWEEN KELSEN AND ALEXY

Matheus Felipe de Castro¹

1 INTRODUÇÃO

A antiga questão do relacionamento tenso entre o poder e a justiça no interior do direito ainda não foi resolvida. E, ao que parece, jamais o será a contento. A cada novo paradigma jusfilosófico que se sucede, a confusão em torno dessa temática parece se ampliar, indicando uma convivência estável entre o desejo de realização do justo e a efetivação da vontade do poder, uma tensão paralática ou dialética, como quer o referencial teórico da filosofia da práxis.

Ora, nesse sentido, o debate acerca da assunção dos direitos fundamentais ao posto de núcleo fundante do ordenamento jurídico constitucionalizado vem merecendo um aprofundamento em torno da questão da dogmática desses direitos, entendida, aqui, restritivamente como método de interpretação/aplicação do direito à realidade, aquilo que muitos identificaram, no passado, como o processo por excelência de “subsunção dos fatos à norma”, ou seja, a busca de um sentido de verdade oculto na “essência” dos textos legais.

Há muito que a dogmática foi proclamada como “único” método essencialmente jurídico, isolando os juristas numa espécie de *Lebensraum*, que vem sendo, cada vez mais, questionado pela teoria crítica, como um isolamento orientado a cumprir certas funções numa ordem social,

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0534-7981>. E-mail: matheusfelipedecastro@gmail.com.

política e econômica determinada, além de que reduziria, sobremaneira, as possibilidades de um estudo do direito para além do método dogmático que, obviamente, predispõe resultados desejáveis pelo *establishment*, fechando outras possibilidades existentes no trânsito da vida social.

E o que a dogmática teria a ver com a discussão jusfilosófica da relação tensa entre o poder e a justiça no interior do direito? Ora, enquanto método de interpretação/aplicação do direito aos fatos sociais, a questão específica da interpretação dogmática do direito é de ser destacada, eis que aquele método exige do jurista uma forma de atuação internamente coerente com a sua lógica, permitindo uma interpretação/aplicação do direito primeiramente previsível e, em segundo, cumpridora das funções do direito perante a sociedade.

E é exatamente por meio desse tipo de interpretação que o jurista tradicional pensa fazer “ciência” e cumprir uma “relevante” função social “pacificadora” dos conflitos sociais, quando não estaria mais que reproduzindo o “senso comum teórico dos juristas”, uma espécie de crença na cientificidade (e imprescindibilidade) da técnica de controle social por eles operada e que, em última instância, possibilitaria, aos operadores do direito, a execução da vontade do poder ocultada pelo sentimento ideológico de cumprimento do sentido do justo.

A transição do direito privado (civilismo) para o direito público (constitucionalismo) como eixo legitimador do poder de Estado, o que corresponde, no fundo, à transição tardia do Estado (neo)liberal para um novo tipo de Estado intervencionista, agora com o Judiciário assumindo papel de tutoria constitucional, inclusive das políticas públicas, vem colocando, cada vez mais, esse problema, abrindo por demais o leque interpretativo do direito e colocando novos desafios antes não observados pela chamada “ciência jurídica”, eis que se transitou de formas estritamente regulamentadas (normas estritamente especificadas), para formas principiológicas, com baixíssimo

grau de normatividade imediata, o que permite ao Estado-juiz o exercício do poder a partir de formas aparentemente mais flexíveis que outrora.

Nesse passo, o presente artigo, partindo do referencial teórico da filosofia da práxis (teoria dialética do Direito = método da concreção) e adotando uma metodologia indutiva, buscará realizar uma reflexão crítica sobre as relações tensas que a justiça e o poder mantém no interior da interpretação/aplicação dos direitos fundamentais pelo Estado-juiz, objetivando verificar as articulações que subjazem ao discurso asséptico da ciência jurídica, tanto do passado como do presente, especificamente em sua abordagem dos direitos fundamentais como *novel* ideologia legitimadora da atuação estatal, num quadro de profunda defasagem entre o que é declarado (discurso oficial dos direitos fundamentais) e aquilo que é empiricamente observável na prática social da atuação do Estado e dos juristas.

2 A INTERPRETAÇÃO/APLICAÇÃO DO DIREITO E O MÉTODO DOGMÁTICO

O esgotamento do positivismo jusprivatista como discurso de legitimação científica do direito, exigiu o desenvolvimento de novas formas, pretensamente “pós-positivistas” de legitimação do ordenamento jurídico posto pelo Estado, que transitaram para o direito público, o direito constitucional e os direitos fundamentais, ganhando em força social, pela natureza pretensamente “democrática”² do seu discurso, mas perdendo em termos de força normativa, na medida em que permitiu uma interpretação mais aberta do sentido das normas e da sua aplicação à sociedade. Mas vem permitindo à teoria crítica do direito descortinar aspectos que antes permaneciam ocultados pela assepsia do discurso técnico-jurídico e

² Afirma-se que esse discurso seria “pretensamente” democrático, na medida em que ele vem se revelando uma técnica de atuação estatal, em que o povo, detentor do poder soberano, não aparece ou aparece de forma meramente discursiva, para a legitimação da atuação de uma casta da burocracia estatal que atuaria de modo a realizar o “desejo” da constituição.

que levavam muitos juristas e pesquisadores sociais bem-intencionados a constatar, errônea e perplexamente, uma absoluta separação ou descolamento entre a teoria e a prática do que era declarado pelo direito e o que era por intermédio dele praticado.

Lentamente e após as confissões realizadas pela teoria funcionalista do direito, inspiradas na teoria geral dos sistemas, de Luhmann (1980, 1983), acabou ficando claro que o tal descolamento entre a teoria e a prática do direito simplesmente não existia³. Percebeu-se que antes de separados, estavam unidos, com a teoria do direito, cumprindo certas funções legitimadoras da prática do direito, sendo antes facetas do mesmo fenômeno contraditório, em uma relação entre o que é real e o que é ideológico, entre aquilo que acontece e aquilo que é dito sobre o que acontece (discurso).

Ora, o método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, compor-se-ia de um procedimento indutivo-dedutivo (Andrade, 2003), em que caberia ao jurista, em primeiro lugar, conhecer o direito positivo (cognição formal da lei), organizando mentalmente os conceitos mais elementares, partindo-se, então, para a indução do sistema, entendido como a formulação das leis gerais que organizam o ordenamento jurídico (Teoria Geral do Direito). Enfim, partiria o jurista para o momento propriamente dedutivo, de subsunção dos fatos às normas, ou aplicação do sistema jurídico aos casos concretos. Enfim e como uma fase pós-jurídica (uma fase não propriamente jurídica, mas política), caberia ao jurista criticar o sistema, entendida a crítica não como um ataque aos fundamentos ou às funções que o direito cumpriria na sociedade, mas como oferta de proposições para o aperfeiçoamento do sistema de controle social, como um todo.

³ “A função do procedimento (jurídico) é, portanto, a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos” (Luhmann, 1980, p. 97). Em sua “Sociologia do direito I”, Luhmann (1983, p. 121), define o direito como “estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”, exercendo, portanto, uma função determinada no sistema social, o que demonstra a total improcedência das teses sobre uma possível separação entre um direito teórico “bom” ou “puro” e uma prática jurídica “má” ou “deturpada”.

Fica claro que, perante esse método, não haveria espaço algum para que o jurista questionasse aquilo que estava colocado antes da lei, os seus fundamentos econômicos, políticos e sociais, eis que a lei seria, para ele, um dado posto, um ponto de partida, que somente poderia ser questionado por outras “ciências” não jurídicas, como a política e a sociologia, sempre rebaixadas a uma condição secundária, eis que o direito ocuparia a posição de “ciência oficial de Estado”, somente aceitando as conclusões das outras disciplinas que porventura concordassem com o seu ponto de vista.

O fundamento último do direito, o poder, que na percepção de Bobbio (2008, p. 194) seria o ponto em comum dos estudos do jurista e do cientista político⁴, deveria ser analisado em termos maniqueístas de preeminência, para o primeiro, do direito sobre o poder e, para o segundo, de preeminência do poder sobre o direito, em uma discussão que, de tão escolástica, se assemelharia àquela outra e velha, sobre as origens dos ovos e das galinhas e que há muito foi resolvida pela teoria da evolução das espécies, de Darwin.

No entanto, embora o método lógico-abstrato tenha sido concebido como solução para o problema da cientificidade do direito, uma tentativa de conceder ao direito uma precisão quase matemática, o problema da

⁴ “O conceito principal que os estudos jurídicos e políticos têm em comum é, em primeiro lugar, o conceito de poder”. Em sua “Teoria do ordenamento jurídico”, enfrentando a questão tormentosa da natureza extrajurídica da sanção jurídica, Bobbio (1999) acaba por enfrentar a questão da dimensão fática dentro da teoria do direito, argumentando em um sentido que acaba por revelar a verdadeira natureza da norma fundamental que sustenta todo o Ordenamento Jurídico: “Ora, aquele que está em condições de exercer a força para tornar eficazes as normas é justamente o poder soberano que detém o monopólio do exercício da força” (Bobbio, 1999, p. 25). “Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico” (Bobbio, 1999, p. 49). “Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro [...] A norma jurídica que produz o poder constituinte é a norma fundamental” (Bobbio, 1999, p. 59). E, enfim: “E como pode um mero fato produzir direito? A pergunta não nos assusta, uma vez que acreditamos que o direito nasce do fato: o fundamento de um ordenamento jurídico é um poder tão grande que possui não só a autoridade de estabelecer normas para os membros de um grupo, mas também a força de fazê-las cumprir por aqueles que não querem saber delas” (Bobbio, 1999, p. 176). Ora, esse poder tão grande a que se refere Bobbio é, segundo ele, a Revolução, um fato político fundamental que estabelece o poder que dá sustentação de validade a todo o Ordenamento Jurídico, a verdadeira essência oculta da *Grundnorm* kelseniana.

interpretação jurídica e da sua aplicação aos casos concretos, jamais conseguiu ser explicada nesses termos, eis que por mais estritamente regulamentada se encontrasse uma situação jurídica, a textura aberta (jamais admitida) dos conceitos jurídicos sempre permitiu ao Estado, representado por seus juízes, a possibilidade de manobrar decisões de forma absolutamente discricionária, tornando o ideal de segurança jurídica, apenas uma promessa jamais cumprida pelo sistema, ou seja, não mais que um discurso de legitimação do poder.

Ora, para além do discurso dogmático, sempre se admitiu que o direito, por mais estritamente regulamentadas que possam ser as situações que normatiza, admite uma grande margem de discricionariedade em sua interpretação, no momento de sua aplicação pelo Estado-juiz. Kelsen (1998) foi muito preciso quando indicou essa discricionariedade na aplicação do direito, na medida em que os conceitos fixados na lei seriam meras formas legais, carentes de uma complementação que somente se pode operar no momento da transição entre aquilo que hoje chamamos de programa da norma e a realização do *âmbito da norma*.

Para o autor da “Teoria Pura do Direito”, o texto normativo colocaria somente uma “moldura”, dentro da qual uma decisão poderia ser considerada “legal” ou válida, admitindo-se a possibilidade, destarte, de várias decisões corretas em direito, perante fatos semelhantes e diante do mesmo quadro normativo. Ora, o sentido verbal da norma não é unívoco, colocando o órgão julgador diante de uma infinidade de significações possíveis, todas elas legítimas:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e,

consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (Kelsen, 1998, p. 247).

Kelsen (1998) diferenciava, substancialmente, o trabalho do cientista do direito, o sujeito encarregado da interpretação da ordem jurídica (trabalho de identificação das múltiplas possibilidades, mesmo que politicamente indesejáveis, que se colocam dentro daquela moldura) e que deveria se pautar pela neutralidade científica naquela identificação, da atividade do aplicador do direito, ou seja, do sujeito que tem por função criar direito judicial, a partir do direito legislado. Para este, a escolha de uma ou outra dessas significações, no momento da aplicação da lei ao caso concreto, não passaria de um ato de vontade que, segundo Kelsen, teria natureza política e não jurídica, como se poderia imaginar, num primeiro momento:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas (Kelsen, 1998, p. 249).

Kelsen (1998) esclarecia que todos os métodos de interpretação elaborados conduziram sempre a vários resultados possíveis, nunca a um resultado que fosse o único correto. A pretensão de neutralidade advogada

por ele se dirigia somente e tão somente ao mister exercido pelo cientista do direito, que teria por função aquela identificação dos resultados (significados) possíveis e atribuíveis ao texto normativo, sendo que a atividade do juiz seria o momento eminentemente político da escolha (ato de vontade), da melhor decisão, dentre outras, aplicável ao caso concreto:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicada (Kelsen, 1998, p. 249).

Por meio desse ato de vontade, decisão de natureza política, se distinguiria a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pelo cientista do direito. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito seria sempre autêntica. Ela cria Direito e na base da criação do direito está sempre o poder, a questão política por excelência:

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento do seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesma reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito (Kelsen, 1998, p. 251).

Concordamos com Kelsen (1998) quando ele admite a natureza eminentemente política da aplicação do direito pelo Estado-juiz, no método dogmático. No entanto, cremos, com Oscar Correias (1989), que Kelsen optou, politicamente, por uma despolitização da ciência do direito (da atividade do cientista do direito, não do aplicador do direito), mediante a desideologização

dos cientistas do direito⁵, que a nosso ver, seria absolutamente impossível de ser atingida, mas que à sua época e diante do paradigma cientificista vigente e da “filosofia da consciência”, no qual o jusfilósofo estava impregnado, seria impossível a ele admitir⁶.

No entanto, não se pode negar que a Teoria Pura do Direito é uma obra de teoria política e que, portanto, o seu objeto mediato (em última instância) é o poder e não o direito em si, o que vem sendo historicamente negligenciado pelos estudiosos do direito (Bobbio, 2008, p. 167)⁷, que se negam a perceber que a razão para Kelsen (1998) ter fundado uma teoria pura do direito não consistia em justificar todo o poder, mas pelo contrário, despojar de toda “justificação científica” a qualquer poder (Correas, 1989, p. 28).

No entanto, embora o maior representante do positivismo jurídico não o admitisse, tornou-se corrente, no discurso que compõe o senso comum teórico dos juristas (Warat, 1995), o tratamento dessa relação tensa entre o pretensamente objetivo (a lei, objeto do conhecimento) e o subjetivo (o jurista, o sujeito cognoscente), a partir da absoluta separação das instâncias, sem qualquer admissão de interpenetração de uma esfera na outra. O sujeito do conhecimento, dotado de racionalidade, teria a capacidade de desvendar o sentido encoberto pelas normas, numa tarefa quase religiosa de desvendamento do sentido oculto dos textos. Daí os velhos jargões jurídicos da “vontade da lei”, do “sentido das normas”, os quais poderiam ser

⁵ “La Teoría ‘pura’ no es una ciencia sino una filosofía política que, por razones políticas, quiere fundar una ciencia apolítica [...] Lo que estos kelsenistas occultan es este radical fondo político de la filosofía de Kelsen” (Correas, 1989, p. 28).

⁶ Na medida em que o cientista do direito interpreta o texto normativo, também ele, como o aplicador do direito, atribui significados novos aos textos normativos, conforme seu momento histórico e toda a sua carga cultural, política, social, ideológica, psicológica etc., criando, também, novas interpretações possíveis e realizando um papel político, de ampliação da moldura do possível em direito.

⁷ “Por mais que Kelsen tenha reiterado o caráter científico da Teoria Pura do Direito e rechaçado toda interpretação ideológica, não se pode renunciar completamente a tentar captar o sentido de sua construção e de entender o porquê de certas teses por meio de suas opções políticas”. E arremata: “Não me resulta que o problema do poder na Teoria Pura do Direito tenha sido objeto de atenção especial por parte dos diversos estudiosos do pensamento kelseniano” (Bobbio, 2008, p. 142).

descobertos pelo jurista mediante um procedimento meramente técnico e neutro de avaliação do direito positivo.

De qualquer forma, pode-se concluir que, na filosofia política de Kelsen (1998), representante maior do positivismo jurídico, se admitia: a) a natureza política do ordenamento jurídico, eis que fundado num poder constituinte originário, que como bem demonstra Bobbio, é uma questão de fato, não de direito, embora tenha tentado submeter, teoricamente, todo esse poder ao controle do próprio direito; b) a natureza política da atividade do aplicador do direito, encarregado da interpretação autêntica do ordenamento jurídico, fundada em um ato discricionário de vontade, ou seja, de escolha diante das múltiplas opções que a moldura jurídica possibilita ao julgador; e c) a irredutibilidade do ato de decidir a uma mera operação lógico-formal, eis que no ato de escolher uma das múltiplas opções que a moldura jurídica disponibiliza, incidiriam opções pessoais do julgador, acima de qualquer neutralidade, impossível nesta instância⁸.

3 A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A obra que mais tem merecido atenção dos juristas brasileiros nos últimos tempos é a “Teoria dos Direitos Fundamentais”, de Robert Alexy (2008), sendo que diversos dos seus pressupostos teóricos (natureza dos direitos fundamentais como princípios, princípios como mandamentos

⁸ “Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ter ainda lugar uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo da criação jurídica, podem ter a sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato” (Kelsen, 1998, p. 249).

de otimização, localização de regras e princípios no quadro maior da normatividade, necessidade de ponderação entre mandados de otimização na análise do caso concreto etc.), já foram absorvidos pelo discurso jurídico constitucional pátrio.

Alexy (2008) parte do pressuposto de que sua obra estaria colocada nos marcos da superação do positivismo jurídico, permitindo a construção de pressupostos de análise jurídica mais adaptados ao moderno Estado democrático de Direito. O pressuposto filosófico para sua afirmação de superação do positivismo jurídico está centrado, conforme ele mesmo explica, na abertura que os Direitos Fundamentais teriam realizado do sistema jurídico ao sistema moral (Alexy, 2008), eis que os princípios que conformariam uma ordem constitucional poderiam ser identificados a valores, ou seja, a pressupostos de ordem axiológica: “princípios e valores são a mesma coisa, de um lado em uma roupagem deontológica e, de outro, em uma roupagem axiológica” (Alexy, 2008, p. 561).

Feita essa distinção inicial entre valores (nível do bom e do desejável) e princípios (nível normativo, do dever-ser), Alexy (2008) parte para a identificação entre ambos na Constituição alemã, pelo menos, a partir da interpretação que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o *Bundesverfassungsgericht*, daria aos seus dispositivos, na medida em que os valores escolhidos na Constituição se expressariam por intermédio de normas, portanto, com caráter de dever-ser:

Ainda que o Tribunal Constitucional Federal parta do pressuposto de que os ‘direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera da liberdade do indivíduo contra intervenções dos poderes públicos’, ou seja de que eles são ‘direitos de defesa do cidadão contra o Estado’, ele acrescenta, na mesma decisão, que igualmente correto é o fato de que a Constituição, que não pretende ser uma ordenação axiologicamente neutra, também estabeleceu, na seção dedicada aos direitos fundamentais, uma ordem objetiva de valores (Alexy, 2008, p. 154).

Essa “ordem objetiva de valores” expressa pela Constituição levaria a uma inevitável hierarquia de valores, no âmbito da qual o Poder Judiciário deveria atuar, mediante sopesamentos, ou seja, definições sobre quais valores deveriam prevalecer em cada caso concreto. Com isso Alexy (2008) dá razão a Kelsen (1998) de que o ordenamento jurídico seria uma moldura de decisões possíveis, rejeitando a tese de Dworkin da possibilidade de uma única decisão correta em direito.

Dessa forma, Alexy (2008, p. 26) constata uma segunda ordem de problemas ligados a interpretação dos direitos fundamentais: além da necessidade de uma ponderação quanto à hierarquização de valores que deveriam prevalecer nos casos concretos, os direitos fundamentais seriam as estruturas jurídicas de menor densidade regulatória no Ordenamento Jurídico, em virtude da “abertura das disposições do catálogo de direitos fundamentais”, ou seja, da “ausência de conteúdos inequívocos” que permitiriam “conceitos maleáveis” ou até mesmo “fórmulas vazias” que admitiriam qualquer interpretação.

Alexy (2008, p. 26) admite, no entanto, que a textura aberta dos direitos fundamentais não seria, por si só, uma explicação suficiente para a intensidade de controvérsias que esses direitos provocam na sociedade e perante o *Bundesverfassungsgericht*: “mesmo que extremamente aberta, uma normatização pode não suscitar grandes discussões caso haja um amplo consenso sobre a matéria”. Ocorre que em uma sociedade plural, marcada pela divisão em classes, segmentos e outros grupos de interesse, esse amplo consenso seria impossível: “mas, se a abertura estiver associada a um profundo dissenso sobre o objeto regulado, estará aberto o flanco para uma ampla disputa. É exatamente esse o caso dos direitos fundamentais”.

Ora, os direitos fundamentais regulam de uma forma extremamente lacônica, questões bastante controversas acerca da constituição do Estado e da organização da sociedade, o que pode ser percebido quando se

abordam conceitos de direitos fundamentais como a dignidade, a liberdade, a igualdade e a democracia, dentre outras formas vazias, carentes de conteúdo concreto sem que se recorra previamente a pré-compreensões políticas e ideológicas dos seus intérpretes: “Esses conceitos continuam a ser conceitos fundamentais da filosofia política. Ao mesmo tempo, são eles utilizados, nas discussões ideológicas, como armas semânticas” (Alexy, 2008, p. 27).

Dessa forma, percebe-se que o grave problema que se colocaria para a efetivação dos direitos fundamentais, a partir do próprio Estado (por meio de um Tribunal), seria genético, na medida em que a própria textura aberta dos direitos fundamentais (necessidade de recorrência à ciência política e à ideologia para complementação de seus conteúdos) e a possibilidade de colisão desses princípios no caso concreto, que demandaria uma escolha de vontade sobre a hierarquização de valores que deveriam prevalecer sobre outros, estaria indiciando uma tensão paralítica, um *locus de ruptura*, em que aquilo que é, torna-se o seu contrário para poder se revelar, emergir como algo definido no real, aquilo a que Giorgio Agamben (2004, p. 133) se referia em seu “Estado de Exceção” como: “Mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana que, há algum tempo, reivindicava para si o nome política”, o que necessariamente passa por uma interpretação desconstrutiva da aura mística que envolve a obediência à lei, como queria Derrida (2010, p. 26): “Que o direito seja desconstruível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico”.

Mas antes de adentrar na questão específica do sopesamento como método de interpretação proposto por aquele autor, há que considerar que o positivismo jurídico não foi superado na obra de Alexy (2008), embora ele rejeite uma separação rígida entre direito e moral: essa admissão não é suficiente para afastar o positivismo jurídico. Ele não se caracteriza somente pela enunciação pura dos enunciados formulados pela ciência do direito,

livres de influências de ordem moral, política, econômica ou sociológica. O positivismo jurídico se caracteriza, sobretudo, pela utilização de um método específico que se tornou, na história do Direito no século XX, o *único* aceito pela comunidade jurídica internacional, tornando-se verdadeiro paradigma⁹ de produção do senso comum teórico dos juristas.

A dogmática jurídica, marcada pela utilização incontestada do método lógico-abstrato ou técnico-jurídico parece ser o elemento principal de caracterização do positivismo jurídico, para além da admissão de que o direito não seria uma instância isolada (avaliativa) da totalidade social. E, nesse sentido, Alexy (2008) em momento algum nega a aplicação desse método em sua obra. Ao contrário, como em qualquer obra tradicional, o método dogmático (que constitui apenas uma das formas possíveis de se pensar o fenômeno jurídico) é confundido com a própria ciência do direito, num procedimento de superposição entre o que é a espécie e o que é o gênero.

Ora, despicendo afirmar que a ciência não pode ser confundida com um dos métodos que pode adotar em determinado momento histórico. A ciência é muito mais ampla que os métodos que surgem para fazê-la avançar. O método técnico-jurídico surge e se desenvolve, principalmente, a partir do século XIX, primeiramente, com Savigny e depois com Ihering (Andrade, 2003, p. 45), consolidando-se no século XX e acaba por engolir a própria ciência do direito, na medida em que acaba se tornando o único método aceito pela comunidade jurídica tradicional. Não é incomum que os manuais de Direito façam afirmações do tipo: “a ciência do direito é a dogmática jurídica”, demonstrando absoluta confusão entre ciência e método, uma profunda absorção do segundo sobre o primeiro.

⁹ Utilizamos aqui o termo paradigma científico na acepção de Khun (2009, p. 29 e 45), ou seja, entendida a ciência como um conjunto de pressupostos teórico-práticos aceitos ou consensuados pela comunidade científica como tal, até a sua superação por novo paradigma científico, com exclusão seletiva de outras hipóteses igualmente factíveis como sendo “sérias” ou dignas de atenção “oficial”.

Alexy (2008) sustenta a correção desse método, propondo-se, inclusive, a construir uma dogmática dos direitos fundamentais que teria, por função, estabelecer parâmetros de racionalidade para a definição das decisões judiciais, eis que, como acima foi exposto, a Constituição Alemã teria realizado uma abertura dos seus princípios a uma ordem objetiva de valores, que precisariam ser sopesados em cada caso concreto, tornando o sistema mais instável, ou seja, menos seguro:

Enquanto teoria do direito positivo de um determinado ordenamento jurídico, uma teoria jurídica dos direitos fundamentais da Constituição alemã é uma teoria dogmática [...] É natural orientar-se, de início, por aquilo que de fato é praticado como Ciência do Direito e designado como 'dogmática jurídica' ou 'ciência do direito' em sentido estrito e próprio [...] A dogmática jurídica é, em grande medida, uma tentativa de se dar uma resposta racionalmente fundamentada a questões axiológicas que foram deixadas em aberto pelo material normativo previamente determinado (Alexy, 2008, p. 32-26).

Pela citação se vê que Alexy (2008) não só não nega o método lógico-abstrato, como afirma, textualmente, que ele seria o único método estritamente jurídico, bem como que sua teoria dos direitos fundamentais seria a tentativa dogmática de estabelecer parâmetros racionais para que os magistrados alemães pudessem sopesar (decidir) valores nos casos concretos a eles submetidos, em um procedimento de apropriação da teoria da justiça (axiologia) pela decisão judicial¹⁰.

Ora, o método adotado é determinante do tipo de ciência que se faz. O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo uma atividade reprodutiva do direito (dedução das normas gerais que sustentam

¹⁰ Aqui, fazemos uma diferenciação: na medida em que o cientista do direito resolve absorver uma teoria de justiça no conteúdo da norma, como o faz Alexy na Alemanha e Miguel Reale no Brasil, com sua teoria tridimensional do direito, há uma apropriação do axiológico pelo deontológico, justificando uma pretensa natureza de justiça insita à norma jurídica: todo direito seria justo por ser direito! No caso do aplicador do direito, a decisão, de natureza política, é que se apropria do deontológico, escolhendo uma das suas direções possíveis. Logo, no mister do aplicador do direito, o que haveria, seria uma apropriação da política sobre a axiologia, em um procedimento ideológico de justificação da decisão como sábia, justa e boa.

o sistema de poder aos casos individuais), eis que explicitaria por meios puramente lógico-rationais, o conteúdo das normas jurídicas previamente dadas aos casos particulares, configurando a interpretação/aplicação do direito como a tarefa principal do Estado-juiz (Bobbio, 1995).

É evidente que esse método oculta a própria natureza política da atividade do jurista prático, na medida em que faz parecer que a atividade de aplicação da lei seria apenas uma dedução lógica, a partir do sistema legal e dentro dos quadrantes da moldura de possibilidades que o direito coloca (como se o julgador fosse um autômato que não participa daquilo que faz). É isso, mas não é só isso, na medida em que dentro da moldura de possibilidades, o juiz deveria, como acima exposto, decidir, ou seja, realizar uma escolha, a partir da sua vontade, do valor que deveria prevalecer no caso concreto, o que não configura uma operação jurídica *stricto sensu*, mas uma operação típica da política:

A interpretação do direito feita pelo juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base num procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar à decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar (Bobbio, 1995, p. 237).

O sopesamento, enquanto método de aplicação do direito ao caso concreto, encontrar-se-ia dentro desse paradigma metodológico. Verifica-se que ele, como procedimento de interpretação que se coloca nos quadrantes do método dogmático, participaria ativamente da reprodução do direito nos marcos do positivismo jurídico, do qual não se libertaria por admitir a abertura do sistema jurídico ao sistema moral. Na realidade, perante esse marco teórico, não parece ser o sistema moral que avança sobre o sistema jurídico, mas ao contrário, parece ser o sistema jurídico que se apropria do sistema moral como forma de se (re)legitimar, “juspositivando” a moral e os valores de uma sociedade marcada pela hegemonia de um modo de

produção político, social e econômico, determinado e impondo esses valores a todos os integrantes da sociedade, para além de qualquer pluralismo social realmente existente.

O grave problema, que já havia sido indicado por Habermas (1997a, 1997b), é que a abertura do sistema jurídico ao sistema moral, longe de democratizar o direito, pode torná-lo autoritário, na medida em que valores não são comungados por todos os membros do corpo social, em uma sociedade dividida em classes, segmentos, grupos de interesses etc. O direito, pela sua estrutura deontológica, expõe aquilo que deve-ser, relativamente independente de valores sociais pré-concebidos, como expunha Habermas (1997a, p. 259): “Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas – porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica”.

A assim chamada textura aberta das normas de direitos fundamentais não seria um problema novo, mas um velho problema enfrentado por toda a ciência do direito e que parece ampliar as margens do poder discricionário de decidir, ocultando, ainda mais, o seu sentido político nos Estados de Direito atuais, mas tornando evidente, que o direito, enquanto instrumento ideológico de legitimação do poder de Estado, encontra-se em uma encruzilhada, da qual não pode sair sem que admita, explicitamente, a sua realidade. Talvez a ciência do direito esteja se debatendo há anos no sentido errado: talvez a questão não seja buscar eliminar essa possibilidade discricionária, mas admiti-la em seu significado e natureza reais.

Então, poder-se-ia questionar: qual a vantagem do sopesamento de Alexy (2008) sobre a hermenêutica jus-positivista tradicional? Avança rumo a uma diminuição da margem política de manobra que o julgador possui no momento de aplicação da lei (questão da moldura, de Kelsen), otimizando a segurança jurídica? É legítimo que imponha valores aos cidadãos, a despeito

de impor normas de dever-ser (mandamentos, proibições e permissões), escolhidas por intermédio de procedimentos minimamente democráticos, dentro dos limites dos Estados realmente existentes na atualidade?

O sopesamento de valores de Alexy não resolve o problema da discricionariedade na aplicação da lei, nem pretende passar de uma teoria formal do direito para uma teoria material, que admitisse a possibilidade de uma solução correta em direito, como o fez Dworkin. Ora, a questão principal não estaria mais centrada na admissão, como o faz Kelsen, da natureza política da aplicação da lei pelo órgão julgador, diante das várias possibilidades que a moldura da lei disponibiliza à sua vontade? Será que o sopesamento não estaria realizando uma mistificação do processo de aplicação da norma que nem Kelsen admitiu realizar¹¹?

Dessa maneira, ao mistificar o sopesamento como um processo de escolha de valores que deveriam preponderar no caso concreto, superpondo o caráter axiológico dos valores sobre o caráter deontológico das normas de direito, não estaria Alexy apenas ampliando as margens de escolha (discricionariedade) do órgão julgador, ou seja, suas opções políticas, agora disfarçadas de opções jurídico-constitucionais, o que teria o condão de aumentar, ainda mais, a insegurança do sistema de decisões?

Enfim, seriam os magistrados os órgãos políticos adequados para impor valores ao conjunto social, se bem se sabe que uma decisão, longe de ser um procedimento meramente lógico-racional de dedução do sistema no caso concreto, é antes uma atribuição de significantes pessoais, realizada por uma pessoa que não foi escolhida democraticamente para impor valores a sociedade? São perguntas que permanecem sem resposta na obra de Alexy, porque longe de superar o positivismo jurídico, ele permanece em seus

¹¹ Kelsen admitia, explicitamente, que a neutralidade científica somente poderia ser alcançada pelo cientista do direito, não pelo aplicador do direito, que realizaria tarefa política, de escolha da solução a aplicar ao caso concreto, dentro das múltiplas possibilidades colocadas pela moldura do direito.

quadrantes, apropriando-se da moral (ou seja, juridicizando-a, o que significa, no fim, torná-la direito positivo por meio dos princípios) para legitimar a aplicação do direito em certo sentido que seria dotado das qualidades da justiça e de bondade:

A vigência das normas de direitos fundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto em face da Moral. Isso é perceptível de forma clara no caso dos conceitos materiais básicos de direitos fundamentais, os conceitos de dignidade, de liberdade e de igualdade. Esses conceitos são, ao mesmo tempo, conceitos fundamentais da Filosofia prática. Com eles, os princípios mais importantes do direito racional moderno são incorporados à Constituição e, com isso, ao direito positivo. A definição desses princípios e o sopesamento entre eles leva ao problema da justiça. Isso fica claro, de forma exemplar, a partir dos princípios da justiça formulados por Rawls, que nada mais são que uma tentativa de estabelecer uma relação entre a liberdade e a igualdade (Alexy, 2008, p. 544).

A tensão se tornaria máxima, na medida em que a pretensão de eficácia imediata dos direitos fundamentais (assim axiologicamente concebidos) às relações privadas ou marcadas pela horizontalidade, deixaria de ser apenas a imposição de um dever-ser ao conjunto social (uma forma mínima de comportamento e convivência em sociedade), para passar a ser uma forma orgânica de pensar e agir em conformidade com um valor oficial de Estado, manifestado por intermédio do Poder Judiciário, em um Estado pós-legislativo e pós-executivo: “A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da ideia de justiça a todos os ramos do Direito” (Alexy, 2008, p. 544).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Kelsen concebeu o direito como um sistema meramente formal de normas de dever-ser, na base das quais se encontra um poder constituinte originário. Na base desse sistema, estaria a *Grundnorm* que Bobbio,

perspicazmente, identificou com a Revolução, um poder de fato que estabelece o direito válido em uma época histórica, embora jamais Kelsen tenha podido admitir o caráter não jurídico desse poder. Dessa forma, a teoria apolítica de Kelsen representaria uma opção política por um sistema jurídico, em que se estabelecem as regras do jogo, sem grandes ilusões quanto à sua capacidade de impor um (dos possíveis) conceito(s) de justiça em uma sociedade plural. Kelsen é claro ao rejeitar qualquer critério de justiça como fundamento do ordenamento jurídico, pelo menos no sistema da Teoria Pura do Direito.

Ora, a ideologia jurídica, como ressalta Marilena Chauí (1997, p. 91), tenta operar processos de superposição do direito (terreno do deontológico) sobre a justiça (terreno do axiológico), com isso fazendo crer que todo o direito do Estado seria justo: “A função da ideologia consiste em [...] fazer com que o legal apareça para os homens como legítimo, isto é, como justo e bom”. Daí que as teorias da justiça acabem por ocultar o caráter real do direito em sua relação genética com o poder. Ora, na medida em que Kelsen identifica direito e Estado, politiza a discussão, porque admite que no centro nevrálgico do ordenamento jurídico se encontra o poder, eliminando dele qualquer ilusão de justiça, escancarando, como diria Bobbio (1999), que o direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos.

O mesmo não acontece na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, que ao estabelecer um sistema jurídico fundado sobre a concepção de princípios que cristalizam valores, acabaria por admitir a imposição de valores dominantes na lei a toda a sociedade, embora essa mesma sociedade seja plural e dotada, ela mesma, de uma multiplicidade de concepções diferenciadas sobre o conteúdo do justo.

Ora, em última instância, a concepção formal de Kelsen não nega o caráter de classe do Estado, nem tenta impor qualquer valor material de uma classe sobre a outra: limita-se a estabelecer as regras do jogo. Na medida

em que Alexy admite um sistema de valores consagrado na Constituição e que poderia ser imposto (cobrado) a todos os cidadãos em suas relações privadas, esse autor admitiria o aprofundamento do sistema de dominação ao se homogeneizar valores perante toda a sociedade.

Se os valores que se expressam no direito de uma época são os valores daqueles que possuem o poder de estabelecer a lei, eis que, embora as constituições modernas, como a brasileira, declarem uma pretensa soberania popular que se expressaria por intermédio dos instrumentos da democracia representativa, isso parece mais uma petição de princípios do que uma realidade efetiva, não seria um aprofundamento autoritário a imposição de valores ao conjunto social plural, ainda mais que se sabe que, também, os valores sociais que se embatem possuem profunda natureza assimétrica? Uma teoria material do direito e da constituição não seria somente do interesse daqueles que possuem efetivamente o poder de impor os seus valores aos demais membros da sociedade?

Nesse sentido e nos marcos do atual regime político e jurídico dominante nas sociedades ocidentais, a opção por uma teoria formal ou material do direito passa por uma autocompreensão do papel que o intérprete exerce no mundo em que se reproduz, e dos compromissos que ele assume perante essa realidade, configurando uma evidente escolha política que marcará o desenvolvimento de toda a sua concepção sobre o direito, o Estado e a sociedade. Para o jurista comprometido com a mudança, com a transformação das estruturas sociais, somente faz sentido uma teoria do direito e da constituição que conceba o direito como instrumento de definição dos procedimentos e limites das regras do jogo, dentro das quais se pode operar a disputa pelo poder social.

Concebido como moldura formal dentro da qual uma sociedade plural, porque marcada pela diferença de interesses, pode se manifestar sem ser absorvida pelos valores daqueles que podem impor seus valores, concebe-se

um regime minimamente democrático, uma verdadeira arena de disputa. E, nesse particular aspecto, para além de qualquer ilusão sobre uma improvável neutralidade do jurista diante da realidade, o direito deve ser concebido como um espaço de terra arrasada, ou seja, o mais livre possível de ideologias oficiais.

Aquele espaço em que a ideologia da dominação é reduzida ao mínimo indispensável para a sua própria existência, mas dentro do qual qualquer concepção pode encontrar espaço para a disputa, embora se saiba que as decisões que encontram consistência são aquelas que se fundamentam nas relações reais de poder, como bem salienta Tarso de Melo: “A hermenêutica jurídica, quando demonstra a abertura que os textos normativos comportam para interpretações diversas, deixa de revelar que, salvo em casos excepcionais, as decisões jurídicas que se sustentam são aquelas a que correspondem fatores reais de poder” (Melo, 2009, p. 36).

Ora, daí que os Estados de Direito do pós-guerra, em geral, tenham instituído tribunais constitucionais com a finalidade de fazer prevalecer, dentro da grande moldura de possibilidades que o direito positivo estabelece as decisões possíveis que se sustentem nos fatores reais de poder, filtrando aquelas que, embora legítimas perante o Ordenamento Jurídico, não interessam oficialmente, como é explicitamente admitido por Alexy, quando afirma que, no terreno dos direitos fundamentais “seria de se esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limites”, acrescentando que “se não é isso que ocorre, isso se deve, em grande medida, à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal” (Alexy, 2008, p. 27).

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ANDRADE, V. R. P. **Dogmática jurídica**: esboço e sua configuração e identidade. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BOBBIO, N. **Direito e poder**. São Paulo: Editora Unesp, 2008.
- BOBBIO, N. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: EdUnB, 1999.
- CHAUÍ, M. **O que é ideologia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1997.
- CORREAS, O. **El otro Kelsen**. Ciudad de México: Unam, 1989.
- DERRIDA, J. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, J. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KHUN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora UNB, 1980.
- LUHMANN, N. **Sociologia do direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MELO, T. **Direito e ideologia**: um estudo a partir da função social da propriedade rural. São Paulo: Expressão Popular, 2009.
- WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito II**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

O RECONHECIMENTO DOS CONTRATOS CONEXOS NO CASO CONCRETO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

RECOGNITION OF RELATED CONTRACTS IN A CONCRETE CASE: THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN LEGAL BUSINESS

Paulo Junior Trindade dos Santos¹

Arnaldo Rizzardo Filho²

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre a temática da coligação contratual, mais especificamente sobre os contratos conexos em sentido estrito e contratos em rede, ambos integrantes do grupo dos contratos conexos em sentido amplo. A coligação, em tais casos, não advém dos termos da lei, tampouco da voluntariedade explicitada em cláusulas contratuais, portanto, exige do Poder Judiciário uma interpretação para seu reconhecimento, apresentando novas situações ao direito que derivam do afã de uma sociedade globalizada, plural e complexa.

A justificativa advém da importância de se discutir as novas maneiras de manifestação contratual, já que as relações comerciais estão sempre a (re)criar modelos negociais, parcerias e demais estratégias, a fim de otimizar a percepção econômica e aprimorar os ganhos. Ademais, a boa compreensão dos contratos por parte dos juristas permite que as empresas, ao realizarem esse tipo de negócio, cientifiquem-se das possíveis consequências. Cabe ressaltar que, como se trata de assunto novo, ainda pouco discutido na seara jurídica, o Poder Judiciário possui uma barreira para compreender e reconhecer os casos de conexão contratual.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. *E-mail*: pjtrindades@hotmail.com.

² Doutorando em Administração de Empresas pela Universidade do Rio do Sinos – Unisinos.

Diante da ausência de regulamentação estatal específica sobre o tema, apresenta-se a seguinte questão-problema: como o Direito deve reconhecer os contratos conexos? Assim, o estudo tem o objetivo geral de apontar as implicações jurídicas mais comuns no que tange aos contratos conexos em sentido estrito e em rede. Os objetivos específicos são singelos, porém, não menos importantes: a) definir a coligação e a conexão contratuais; b) esclarecer as hipóteses de configuração do abuso de direito nos contratos conexos; e c) elucidar o papel do Poder Judiciário nos casos em que se verifica a violação da boa-fé objetiva na constituição das conexões contratuais.

A construção argumentativa é feita pela ótica da epistemologia civil-constitucional, observando-se os institutos do direito civil, a partir da rede de proteção dos direitos humanos proporcionada pela Constituição. Para tanto, emprega as técnicas bibliográfica e documental, consultando-se a bibliografia nacional sobre o tema (técnica bibliográfica), a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor, além de julgados do Superior Tribunal de Justiça (técnica documental) e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 CONTRATOS CONEXOS: O RECONHECIMENTO DA CONEXÃO COMO PROTEÇÃO DA PARTE MAIS FRÁGIL

As múltiplas operações econômicas que ocorrem na sociedade manifestam-se de modo plural, dando origem a relações que estão ganhando novas formas e expressões sentidas no campo contratual, dado o afã da contratualização da vida. Os contratos assumem os mais variados formatos, e o direito, visto como um processo de adaptação social (Miranda, 1970, 1972), busca acompanhar os fluxos, refluxos e influxos que caracterizam a complexidade do mundo, passando a ter uma melhor performatividade adaptativa ao plano social. Dessa forma, os negócios jurídicos complexos

ganham um amplo espaço e diversas possibilidades constitutivas, exigindo que as construções inorgânicas que se dão pela dogmática, sejam revistas em sua função e estrutura no tocante à possibilidade de novos horizontes.

As relações jurídicas negociais vão além dos contratos corriqueiramente vistos e previstos em forma típica (Saavedra, [2010 ou 2011]), obrigando que a teoria do fato jurídico se reestruture perante os diversos negócios complexos. Conforme discorre Gomes (2007, p. 119-120), “[...] é facultado ao sujeito de direito criar, mediante vínculo contratual, quaisquer obrigações. As pessoas que querem obrigar-se não estão adstritas, com efeito, a usar os tipos contratuais definidos na lei [...]”: é por tal definição que se compreende a natureza dos contratos atípicos, contratos não estabelecidos mediante lei pelo direito. Cabe ressaltar que o próprio texto do Código Civil admite expressamente, como regra geral, a liberdade das formas na confecção de contratos, bem como a celebração de contratos atípicos, observadas as normas gerais, nos termos dos arts. 107³ e 425⁴ (Brasil, 2002a).

O princípio da autonomia privada, que funda e legitima esse sem-número de possibilidades contratuais atípicas, como os contratos conexos, aparece em duplas vestes e funções: como meio de superação dos inevitáveis desajustamentos legislativos e de adequação das relações, ao evoluir da práxis socioeconômica e, nesse sentido, como veículo de progresso; mas ao mesmo tempo, como possível instrumento de opressão e de injustiça substancial (Roppo, 2009).

Assim, o direito deve se abrir a esses novos (e também aos antigos) fenômenos em consonância com o núcleo existencial dos direitos humanos, adaptando as novas formas contratuais à Constituição, mais especificamente

³ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” (Brasil, 2002a).

⁴ “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código” (Brasil, 2002a).

aos princípios da isonomia (art. 5º, *caput*⁵) e da função social do contrato (art. 5º, incisos XXII e XXIII⁶, e art. 170, inciso III⁷), bem como ao princípio maior da proteção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III⁸), na busca de uma sociedade mais justa e solidária (art. 3º, inciso I⁹) (Brasil, 1988). Isso, repita-se, em uma nova concepção do direito privado, no plano civil-constitucional, pela qual o civilista do nosso século deve se guiar rumo à tendência de personalização (sem deixar que o direito venha a ser revestido de ideologias sociais ou liberais), demarcando uma produtiva relação dos direitos humanos com o direito dos negócios (Ojea, 2014).

2.1 NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE COLIGAÇÃO CONTRATUAL

A teoria contratual contemporânea denomina de coligação contratual, em sentido amplo, a relação existente entre contratos diferentes, mas que possuem um mesmo sujeito em comum entre eles. Enquanto em um dos polos da relação subjaz a mesma parte em comum com o contrato coligado, no outro polo subjaz uma parte diferente, que se conecta à parte do outro contrato por interesse econômico. É pela unidade de interesses econômicos que ocorre a coligação contratual, a qual estabelece uma relação de dependência entre um contrato e outro, sendo a circunstância do negócio que determina as relações entre eles (Marino, 2009).

⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes” (Brasil, 1988).

⁶ “Art. 5º [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá a sua função social” (Brasil, 1988).

⁷ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] III – função social da propriedade” (Brasil, 1988).

⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (Brasil, 1988).

⁹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária” (Brasil, 1988).

Nas palavras do falecido Ministro Ruy Rosado “[...] é possível que os figurantes fujam do figurino comum e enlacem diversas convenções singulares (ou simples) num vínculo de dependência, acessoriedade, subordinação ou causalidade, reunindo-as ou coligando-as de modo tal que as vicissitudes de um possam influir sobre o outro” (Aguiar Junior, 1991, p. 37) Ainda, segue julgado do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do suprarreferido Ministro, no qual é reconhecida a existência dos contratos coligados (Brasil, 2002b):

[...] celebrados dois contratos coligados, um principal e outro secundário, o primeiro tendo por objeto um lote com casa de moradia, e o segundo versando sobre dois lotes contíguos, para área de lazer, a falta de pagamento integral do preço desse segundo contrato pode levar à sua resolução, conservando-se o principal, cujo preço foi integralmente pago.

Na mesma Corte, entende-se que o contrato de trabalho entre clube e atleta profissional é o negócio principal, sendo o contrato de exploração de imagem o negócio jurídico acessório, o que é fundamental para fixar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar a lide envolvendo tais pactos (Brasil, 2009b). Ainda, vale citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu a dependência econômica e a coligação (independentemente da existência de cláusula expressa) entre contrato de financiamento e contrato de fornecimento de combustíveis, celebrado entre distribuidora e posto revendedor (Brasil, 2009c).

Fendrich e Silva (2014) indicam cinco elementos que caracterizam os contratos coligados: a) a coexistência de dois ou mais contratos diferenciados; b) a existência de nexos funcional e c) nexos econômico entre eles; d) a relevância jurídica da ligação entre eles; e) o dever de cooperação entre os fornecedores. Ressalta-se, ainda, que os contratos coligados não se confundem com os contratos unitários, como o misto, mas se assemelham a eles: os contratos coligados são, na maioria das vezes, requeridos pelas

partes contratantes, que condicionam a existência de um ao sucesso logrado no outro, de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante; importante relevar, todavia, que os contratos não se fundem (Gomes, 2007).

Essa coligação resulta no vínculo entre a relação de direito material de um contrato com a de outro, o que possibilita que dois ou mais contratos estejam unidos mesmo quando são diferenciados funcional e estruturalmente (entre partes diferentes e com objeto diverso) (Leonardo, 2006). Nesse sentido, por meio dos chamados contratos coligados, os contratantes buscam conjugar esforços para, conjuntamente, negociar com risco diminuído e aumentar o lucro (Fendrich; Silva, 2014). Tepedino, Konder e Bandeira (2020) explanam que a coligação contratual, embora mais frequente no âmbito empresarial, contemporaneamente está também presente em outras relações, como nos contratos de turismo, no cartão de crédito, no *leasing*, na incorporação imobiliária e no *time-sharing*.

Observa-se que a interligação de contratos tem uma finalidade supracontratual que se estende para além do âmbito formal de cada contrato (Farias; Rosenvald, 2015). O vínculo entre mais de um contrato é visualizado do ponto de vista funcional, pois diz respeito à operação unificada que visa obter uma maior eficiência no que toca ao lucro (Marino, 2009). Conforme explanado, é a partir do gênero “coligação contratual” que se reconhecem situações em que há operação econômica unificada, que se sobrepõe a de cada um dos contratos coligados vistos separadamente (Leonardo, 2013).

Os contratos coligados possuem o marco de serem contratos complexos, principalmente, em razão da pluralidade de sujeitos (Marino, 2009; Marques, 2016). O envolvimento subjetivo jurídico que ocorre supera o que se vê tipicamente nos contratos e, uma vez que as responsabilidades são partilhadas, as implicações são muito profundas. Cabe ressaltar, ainda, que é essa característica de pluralidade de contratos, a princípio óbvia, que permite

distinguir a coligação contratual de outras situações semelhantes, como a dos contratos de longa duração (Uribe; Wilson, 2021).

2.1.1 Contratos coligados em sentido amplo: contratos conexos e demais classificações

Os contratos coligados, em sentido amplo, explicitam um gênero maior que abarca três espécies: a) contratos coligados em sentido estrito, impostos pela lei, tratando-se dos casos tipicamente previstos, como o contrato de transporte aéreo e o de seguro de passageiro (Gomes, 2007); b) contratos coligados por cláusula expressa, podendo ser típicos ou atípicos; e c) contratos conexos, em que a coligação não advém nem da lei nem da vontade das partes, mas sim, da interpretação das cláusulas, pelo nexos existente entre eles (Leonardo, 2012, 2013). Outras classificações denotam, também, os vínculos de acessoriedade, dependência e coordenação, manifestações da coligação contratual (Leonardo, 2013)¹⁰.

A doutrina ainda divide a categoria dos contratos conexos em contratos em sentido estrito e contratos em rede: (c.1) contratos em rede, ou redes contratuais, configuram um articulado entre contratos que se destina à oferta de produtos e serviços ao mercado para consumo, restando importante diferenciá-los em razão do especial tratamento conferido ao consumidor por força do código consumerista; já nos (c.2) contratos conexos, em sentido estrito, existe um nexos econômico e funcional, mas em relações não abarcadas pelo Código de Defesa do Consumidor (Leonardo, 2013).

A seguir, um quadro de origem autoral ilustrando a classificação supramencionada:

¹⁰ Gomes (2007), por exemplo, somente trata de duas espécies de coligação contratual: a necessária ou genética, imposta pela lei, e a voluntária, decorrente da vontade dos interessados.

Quadro 1 – Espécies de contratos coligados (em sentido amplo)

Espécies de contratos coligados		Origem da coligação
Contratos coligados em sentido estrito		Lei
Contratos coligados por cláusula expressa		Vontade das partes
Contratos conexos	Contratos conexos em sentido estrito	Interpretação das cláusulas com base no Código Civil
	Contratos em rede (redes contratuais)	Interpretação das cláusulas à luz do Código de Defesa do Consumidor

Fonte: elaborado com base em Leonardo (2012).

Cabe ressaltar, entretanto, que a nomenclatura de tais contratos não é pacífica, variando conforme a origem da doutrina, e mesmo entre autores de igual nacionalidade. Uribe e Wilson (2021, p. 156-174) indicam que a expressão “grupo de contratos” é utilizada pela doutrina francesa, enquanto as denominações “contratos conexos”, “contratos vinculados” e “contratos coligados” – todas entendidas como sinônimas pelos autores – são empregadas pela doutrina espanhola, italiana e argentina. Konder (2019a) mostrando, também, a vasta controvérsia terminológica acerca do tema, entende que os contratos conexos são gênero do qual as coligações são espécies. Todavia, não se ignorando tais divergências, o presente estudo seguirá a classificação exposta nos dois parágrafos anteriores e no Quadro 1, que inauguram esta seção.

A coligação entre contratos, seja necessária ou voluntária, típica ou atípica, ou mesmo pela conexão, importa em obrigações que devem ser repartidas pelas partes contratantes, bem como na reflexividade direta dos planos da existência, da validade e da eficácia de um contrato sobre o outro. O instituto revela uma hipercomplexidade contratual, o que gera a incidência imediata de diversas normas, como as do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, em incessante diálogo e interação (Fendrich; Silva, 2014).

2.2 CONTRATOS COLIGADOS E AFETAÇÃO DOS PLANOS JURÍDICOS

Para que um dado negócio jurídico gere efeitos no mundo do direito, ele deve preencher os planos da existência, da validade e da eficácia. No plano da existência, há fatos jurídicos, e não mais suportes fáticos, atendidos os requisitos do elemento nuclear; no plano da validade se assenta, se o ato humano é válido ou não válido (nulo ou anulável); e no plano da eficácia se irradiam os efeitos dos fatos jurídicos¹¹: direitos e deveres; pretensões e obrigações; ações em sua atividade (posição de autor) e em sua passividade (posição do réu); e exceções (Didier Junior; Nogueira, 2011; Miranda, 1988).

Na aceção tradicional dos contratos, um dos princípios que vigora é o da relatividade dos efeitos (Tepedino; Konder; Bandeira, 2020), o qual estabelece que os efeitos contratuais são relativos apenas às partes contratantes, não atingindo (nem em benefício nem em desfavor de) terceiros. Todavia, com a transformação das relações negociais e da própria epistemologia jurídica, tal princípio passou a ser mitigado em situações específicas, passando a coexistir com outros dois princípios: o da oponibilidade dos efeitos do contrato e o da ampliação do conceito de parte (Konder, 2019a). Um exemplo da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos é descrito por Konder, ao tratar da hipótese em que o “contratante-terceiro”, que celebrou um contrato coligado ao que contém uma cláusula compromissória, é submetido à arbitragem (Konder, 2019b).

Se o contrato principal for considerado nulo por vício no plano da validade, em razão da coligação contratual, o efeito reflete também no contrato coligado. Ademais, a retirada de cláusulas contratuais consideradas

¹¹ “São efeitos dos fatos jurídicos as consequências que deles decorrem no mundo jurídico. Mas aí a eficácia já supõe a entrada do fato no mundo jurídico, com a sua irradiação” (Miranda, 1988, p. 22-23).

abusivas pode importar em reflexos no contrato coligado, que é afetado igualmente. Conforme posto, quando o negócio jurídico entabulado (ou uma cláusula contratual específica) evidencia o não preenchimento do plano da validade, tal tratamento atinge o contrato coligado, visto como negócio jurídico complexo. Desse modo, “[...] o desequilíbrio (aparente) de um contrato pode vir a compensar com o desequilíbrio oposto no contrato a ele conexo [...]” (Konder, 2006, p. 202), dado que produzem as máculas quanto à validade do negócio entabulado.

Também por força da mitigação do princípio da relatividade dos efeitos, a decretação da ineficácia de um negócio pode conduzir ao imediato afastamento de todo o sentido da coligação, eis que a privaria da correspectividade das prestações que seria esperada no contexto dos contratos, ocasionando a retirada da eficácia dos demais contratos coligados (Balbela, 2014)¹². Nesse sentido, se referindo especificamente aos contratos conexos em sentido estrito, Leonardo (2013, p. 25-26) expõe que:

As consequências jurídicas próprias aos contratos conexos em sentido estrito se dão no plano da validade e no plano da eficácia, com fundamento nas cláusulas gerais do direito dos contratos e em uma releitura de alguns dispositivos tradicionais à disciplina contratual. Em especial a cláusula geral da boa-fé objetiva e justifica o surgimento, nos contratos conexos, de deveres para-contratuais ou sistemáticos voltados a ordenar os diversos contratos para o alcance dos objetivos próprios ao sistema.

Essas novas situações demonstram que a dogmática pandectista protecionista de uma interpretação rígida e apregoada ao paradigma cartesiano não tem mais espaço, haja vista serem os contratos a explicitude de negócios jurídicos complexos, que ultrapassam sua simples acepção de não correlação de um contrato com o outro. Superados os dogmas antigos,

¹² “[...] a ineficácia de um dos contratos também pode conduzir a uma retirada da eficácia dos demais colocados em coligação, eis que tal pode gerar a absoluta impossibilidade de se alcançar a finalidade concretamente pretendida pelas partes” (Balbela, 2014, p. 40).

apregoa-se uma epistemologia constitucional, fundada nos direitos humanos e que protege o contratante de eventuais lesividades.

2.3 CONTRATOS CONEXOS E SEU RECONHECIMENTO PELO DIREITO

Inicialmente, se reconhecia a coligação contratual apenas quando o vínculo entre as diferentes relações jurídicas era previsto pelo Legislativo (coligação contratual em sentido estrito) ou por cláusulas expressas nos contratos (coligação contratual por cláusula expressa), ou seja, de algum modo dogmatizadas. Isso porque, na época, predominava uma teoria jurídica fundada na autonomia privada e na impossibilidade de interpretação para além do texto, ignorando que o direito vai além da previsão (Leonardo, 2013).

No cenário atual, todavia, não é mais possível que o direito ignore os contratos conexos que, como visto, têm sua existência jurídica condicionada à interpretação acerca do fim pretendido pelos contratantes (Balbela, 2014; Marques, 2016). Assim, para se identificar os casos de conexão contratual, são considerados alguns critérios, além da pluralidade de contratos e do nexo contratual entre eles (Uribe; Wilson, 2021), elementares para a funcionalidade de todos os contratos conexos. Leonardo (2013) indica alguns requisitos objetivos e subjetivos, que não precisam estar somados, para a evidenciação da conexão contratual:

a) proximidade temporal na realização dos diferentes contratos que compõem o conjunto; b) atuação empresarial conjunta na oferta de produtos e/ou serviços parcelares que se complementam (como, v. g., ocorre em uma loja de automóveis que oferta crédito para a aquisição do bem ou funciona em parceria com a oferta de consórcios para aquisição de produtos); c) a retribuição econômica pela prestação inserida em um contrato se dá por uma prestação integrante de outro contrato; d) utilização conjunta de estratégias e meios de publicidade para a oferta de produtos e serviços; e) mecanismos de controle de qualidade, produtividade ou de operação exercidos entre as partes dos diferentes contratos; f) estabelecimento de metas

comuns, prazos ou objetivos integrados; g) fixação de garantias que geram consequências para as diferentes partes que integram o conjunto contratual (Leonardo, 2013, p. 25-26).

A peculiaridade dos contratos conexos abre espaço para que, na busca por se otimizar lucros, sejam perpetradas inúmeras lesões ao elo mais fraco da relação, decorrentes da má-fé contratual. Nos casos em que a conexão é utilizada para lesar os deveres de boa-fé objetiva, é possível falar em solidariedade da cadeia de fornecimento, impondo responsabilidade àqueles que se beneficiaram da lesividade, e interdependência dos contratos quanto ao fim (Marques, 2016). Nesses casos, é fundamental que o judiciário realize essa interpretação e reconheça os contratos analisados como conexos, a partir da hermenêutica do caso concreto, como forma de balanceio do mercado e dos direitos humanos.

Ademais, com o reconhecimento da existência e das consequências dos contratos conexos, os operadores do direito se guarnecem de uma nova forma de proteção do elo mais fraco da relação, com a incidência dos princípios operadores da boa-fé objetiva, da razoabilidade e da proporcionalidade, que possibilitam, assim, um sistema do direito que supere a letra da lei e tenha nos contratos conexos atípicos uma forma de proteção da parte desprotegida no que toca aos direitos humanos (Farias; Rosenvald, 2015).

2.3.1 Abertura do poder judiciário às novas relações contratuais

O direito racionalizado está na base da burocratização da instância política e privada, na qual subjaz a economia. Para que a economia renda seus frutos e não seja atrapalhada pela instância política, necessário que o direito seja certo e ofereça segurança jurídica (Ojea, 2014). Em uma sociedade complexa, na qual o cidadão passa a cobrar seus direitos, a resposta dos Tribunais acaba não podendo se limitar ao texto de lei. O direito vai muito

além do que é legislado, uma vez que todas as normas devem se adequar à normativa constitucional, aos direitos humanos.

A situação hoje encarada pelos Tribunais é a de desafios cada vez maiores, em busca da tutela e efetivação dos direitos humanos, desafios esses trazidos pela epistemologia constitucional, que cobra do judiciário um ativismo perante as políticas institucionais e políticas sociais que não são cumpridas nem evidenciadas pelos demais órgãos estatais. Essa nova visão não reconhece mais somente às regras a capacidade de responder as demandas de justiça, que provêm de uma sociedade pluralista e que comporta um repensar das categorias jurídicas tradicionais (Groppi, 2003).

A jurisdição, permeada por ampla legitimidade democrática, adquiriu poderes que ultrapassam os limites da rígida e inflexível separação dos poderes, um rigoroso sistema, segundo o qual, os órgãos estatais não poderiam interferir nas atividades típicas uns dos outros. Os debates se tornam “pós-legislativos”, conectando, dessa maneira, um maior grau de responsabilidade social dos juízes para com a adequação da normativa geral à Constituição e para com a criação do direito no caso concreto. Na atualidade, as Constituições propiciam uma amplitude interpretativa muito mais significativa do que fora proposto no Estado Moderno, o que se deve aos sentidos possibilitados pelas cartas materiais, que gestam democracias não apenas formais, mas também, substanciais.

No direito contemporâneo, não mais prevalece o entendimento de que o arcabouço jurídico se limita ao texto de lei, nem mesmo à própria regulamentação estatal. O conteúdo das legislações infraconstitucionais deve ser harmonizado de acordo com a Constituição Federal, e não apenas na fase legislativa, de forma expressa ou implicitamente pelo legislador, mas também, no momento da interpretação jurisdicional (Tepedino; Oliva, 2020). Além disso, as formas de autorregulação de interesses – entre as quais se insere a figura dos contratos atípicos – ganham cada vez mais espaço nas

relações interpessoais, adquirindo juridicidade por força do princípio da autonomia privada.

2.4 ABUSO DE DIREITO NAS CONEXÕES CONTRATUAIS

Como visto, o que substancia a busca pela confecção de contratos conexos é que existe uma colaboração para baixar os custos ou aumentar a eficiência e vendas, com um efeito superior à soma das individualidades (Fendrich; Silva, 2014). Ocorre que tal objetivo pode ser deturpado pelos contratantes, que, em busca de maximizar lucros, agem em conjunto para lesar o elo mais fraco da relação.

Essa união para prejudicar o consumidor ou o contratante consubstancia o abuso de direito¹³, que, como define Stoco (2002, p. 59), se dá pelo “[...] uso indevido do direito para satisfação de interesse com o único objetivo de obter vantagem indevida ou de prejudicar terceiros, quer seja por simulação, fraude ou má-fé [...]”. Nas palavras de Reale (1985), o abuso de poder negocial se manifesta quando o detentor do direito exerce além do necessário e razoável à satisfação desse direito.

O abuso do direito também está previsto no art. 187 do Código Civil (Brasil, 2002a)¹⁴, que o caracteriza como ato ilícito e o descreve como o exercício de um direito ultrapassando, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes¹⁵. A consequência é o dever de indenizar, conforme estipula o art. 927 (Brasil,

¹³ Cordeiro (2015) destaca o elevado grau de abstração do instituto, relacionado ao conceito de direito subjetivo – que é, por si só, muito abstrato – e constituído em torno de princípios teóricos gerais, a partir dos quais decorreram, posteriormente, várias aplicações por dedução.

¹⁴ “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (Brasil, 2002a).

¹⁵ “[...] se o abuso de direito gera para o agente o dever de reparar o dano, da mesma forma que o ato ilícito, a aproximação dos efeitos leva a justificar a classificação de um dentro na doutrina legal do outro” (Martins-Costa, 2006, p. 21; Pereira, 2018, p. 330).

2002a)¹⁶ e, uma vez reconhecida a existência da conexão contratual, aqueles que agirem de má-fé contra o elo mais fraco (contratante/consumidor) devem arcar solidariamente com a indenização.

A constatação do ato ilícito em determinada negociação impulsiona o espectro da interpretação civil-constitucional, que observa os institutos de direito civil – entre eles o abuso de direito – como realizadores dos valores definidos na Constituição (Costa, 2014). Por essa principal razão, o abuso de direito se coloca como um “desafio hermenêutico” no Código Civil, não se fechando em um rol taxativo, sendo decorrente da violação da boa-fé objetiva.

A boa-fé objetiva e o abuso de direito complementam-se, operando este como parâmetro de valoração do comportamento dos contratantes: o exercício de um direito será irregular e abusivo se consubstanciar quebra de confiança. Sempre que a boa-fé objetiva – deveres de lealdade e cooperação, aos quais as partes de um negócio estão mutuamente sujeitas – for agredida, a teoria do abuso de direito pode ser invocada, para fazer cessar a situação agressiva da razoabilidade. Isso porque a boa-fé objetiva é multifuncional, como bem se deduz da leitura dos arts. 113¹⁷ e 422¹⁸ do Código Civil (Brasil, 2002a).

A teoria do abuso do direito se vê amplamente salutar à temática em análise, sendo necessário e urgente atualizar os textos legais em resposta às emergências impulsionadas pela evolução das relações econômicas e sociais. O abuso de direito deve atuar nas áreas que apresentam um espaço vazio legal, do qual as partes se utilizam para auferir lucro e criar situações que fogem da regulamentação, o que ocorre no caso do contrato conexo, que é derivado de uma hermenêutica contratual a ser realizada pelo

¹⁶ “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

¹⁷ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (Brasil, 2002a).

¹⁸ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (Brasil, 2002a).

judiciário. A indenização é fruto da égide epistemológica introduzida pela constitucionalização, que, entre outras repercussões, confere o direito ao reparo de um dano.

A título exemplificativo, expõe-se o caso em que foi reconhecida a conexão do contrato de financiamento celebrado entre a parte autora e a ré Santander com o contrato de compra e venda celebrado entre a autora e a ré “Copa Veículos”. A *ratio decidendi* se fundamentou no argumento de que tais contratos, mesmo que aparentemente independentes, eram funcionalmente interligados, uma vez que compunham a mesma operação econômica e não subsistiam de forma isolada. Na decisão, proferida na data de 9 de agosto de 2017, o Relator Desembargador Carlos Von Adamek, da 34ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, explanou: “É certo que as revendedoras de veículos e as financeiras são parceiras comerciais, na medida em que há concurso de interesses e ambas lucram com a captação do cliente, a venda do veículo e o financiamento do crédito”. Além disso, ao reconhecer a conexão contratual, a qual classifica como “fraude”, o Desembargador acolheu o pedido de indenização da parte autora pelos danos sofridos em razão de inscrição no cadastro de inadimplentes, considerada indevida pela má-fé dos contratantes coligados (São Paulo, 2017)¹⁹.

Desse modo, quando não preenchido o plano da validade dos contratos conexos, haverá ensejo para se postular a indenização (art. 927 do Código Civil) por abuso de direito (art. 187 do Código Civil), dando azo, assim, à reparação pecuniária dos danos sofridos pelo contratante, perante um contrato conexo estabelecido de má-fé (Marques, 2016). A contratualização da vida passa a abrir os olhos do jurista ao observar o que não é observado, devendo perpassar a interpretação fria e morta da lei e reconhecer situações

¹⁹ “[...] é evidente o dever da requerida de indenizar o autor pelos danos morais sofridos, tendo em vista que a anotação desabonadora, fruto de cobrança indevida pela fraude realizada em seu nome agravada, atingiu sua honra, causando-lhe constrangimento, angústias e inequívoca alteração de seu bem-estar, suficiente para caracterizar o dano dessa natureza” (São Paulo, 2017).

não previstas no texto legal. Em muitos casos ocorre pleno abuso de direito, em razão da desproporção econômica entre os contratantes que efetuam a coligação em face da outra parte, atentando contra a boa-fé (Boulos, 2006; Martins-Costa, 2006) e gerando dano injusto ao requerente (Venosa, 2004).

2.4.1 Contratos em rede e hermenêutica do código de defesa do consumidor

Conforme visto, a conexão contratual pode se dar em sentido estrito e por rede contratual. Quando se fala em rede contratual, está-se referindo à aplicação normativa do Código de Defesa do Consumidor que outorga proteção especial ao destinatário final desse conjunto contratual (Leonardo, 2013). Na Constituição Federal, a proteção ao consumidor é prevista pelo art. 5º, inciso XXXII²⁰, sendo também um princípio de ordem econômica, indicado no art. 170, inciso V²¹ (Brasil, 1988), por ser um limitador da autonomia privada dos fortes em relação aos fracos.

A principal implicação prática da aplicação do Código Consumerista às relações contratuais é a nulidade de cláusulas que estabelecem desvantagens manifestamente exageradas ou transfiram os riscos do negócio ao consumidor, ou que realizem outras práticas abusivas prescritas (não taxativamente) no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990), cujos parâmetros fornecem ajuda para que o juiz verifique, no caso concreto, o excesso de vantagem e desvantagem (Gonçalves, 2016).

Ressalta-se que a boa-fé objetiva se situa como princípio fundante da Política Nacional de Relações de Consumo (art. 4º, inciso III)²² e como

²⁰ “Art. 5º [...] XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (Brasil, 1988).

²¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: V – defesa do consumidor” (Brasil, 1988).

²² “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de

critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (art. 51, inciso IV)²³ (Brasil, 1990). É denominada objetiva porque “[...] a abusividade da cláusula não depende da boa ou má-fé subjetiva do fornecedor que a impôs ao consumidor. Talvez o fornecedor nem soubesse que tal cláusula é contrária ao espírito do CDC ou mesmo expressamente proibida na lista do art. 51 [...]” (Marques, 2016, p. 1043-1044). O consumidor deve necessariamente entender a extensão e a abrangência das obrigações que assume, a partir da clareza das cláusulas contratuais, e com a informação prestada à parte beneficiária no momento da assinatura do negócio jurídico.

Em razão da ampla gama de possibilidades de interpretação das relações contratuais, a boa-fé acaba por desempenhar uma função corretora do conteúdo contratual, promovendo o reequilíbrio de uma relação presumidamente assimétrica, por meio da revisão ou pela invalidação de cláusulas que venham a acentuar ou consagrar o desequilíbrio entre as respectivas posições jurídicas. A boa-fé objetiva postula a aplicação do dever de informação, previsto nos arts. 30²⁴, 31²⁵ e 46²⁶ do Código de Defesa

seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores” (Brasil, 1990).

²³ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (Brasil, 1990).

²⁴ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado” (Brasil, 1990).

²⁵ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (Brasil, 1990).

²⁶ “Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance” (Brasil, 1990).

do Consumidor (Brasil, 1990), que estabelecem que a informação acerca do contrato deve ser correta, clara, de fácil entendimento e sem falhas de informação ou promessas vazias, a fim de não induzir o consumidor ao erro.

Nesse sentido, cumpre ao julgador revisar os encargos decorrentes da relação contratual levada ao exame judicial, principalmente as cláusulas que “[...] estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade [...]”, nos termos o art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor (Brasil, 1990), afastando-se o princípio *pacta sunt servanda* para dar primazia às normas consumeristas (Gonçalves, 2016).

2.5 EXEMPLO PRÁTICO DE CONEXÃO CONTRATUAL COM FINS LESIVOS: CONTRATOS DE CORRETAGEM IMOBILIÁRIA E DE COMPRA E VENDA

Os fatos da vida que são levados ao judiciário conotam em si uma complexidade natural ao existir, exigindo-se do judiciário uma atuação ativa para reconhecer os casos de iminente lesão e ataque à boa-fé objetiva. Como posto, os fatos podem ser vários, porém, a compreensão dessa complexidade de casos torna mais fácil que sejam reconhecidas e banidas tais lesividades, que vão além da letra da lei e cobram dos Tribunais um exercício hermenêutico para elucidar a situação concreta nas suas peculiaridades.

Para melhor esclarecer o que se buscou elucidar neste trabalho, apresenta-se uma situação comumente verificada nas negociações imobiliárias: a conexão entre contrato de corretagem imobiliária e contrato de compra e venda de imóvel. A conjuntura, para ser bem compreendida, deve ser permeada (como todo o ordenamento jurídico brasileiro) pela normativa constitucional, mas para além disso, pela normativa consumerista.

No afã de uma sociedade de consumo, a necessidade de adquirir um imóvel é potencializada pela publicidade e propaganda, por meio das quais, as imobiliárias prometem cumprir a promessa de um sonho futuro e perfeito, fazendo com que as pessoas contratem sem que sejam devidamente informadas sobre as condições e estipulações contratuais. Dessa forma, segundo a legislação, os deveres de informação e de esclarecimento, ao lado da boa-fé objetiva, têm de perpassar todos os contratos de cunho consumerista, sob pena de nulidade contratual.

Peculiares conjunturas ocorrem em momentos de crise econômica, como a que se passa no Brasil, em que contratos de valores vultosos foram realizados por pessoas que possuíam renda significativa, mas que se viram, de uma hora para outra, sem emprego e com uma grande dívida relativa ao (tão sonhado) imóvel, cujo contrato, conseqüentemente, é rescindido: descobre-se que os encargos de corretagem imobiliária e a retenção dos valores por parte da empreendedora são abusivos. Tal cenário torna-se mais alarmante na medida em que o crescimento e o poder das grandes construtoras deram origem a um número imensurável de novos empreendimentos imobiliários lançados no mercado de consumo. Nesse sentido, o direito deve buscar tutelar as situações em que o mercado acaba sobrepondo-se à pessoa, observando o caso concreto minuciosamente.

A situação em que uma dada imobiliária contata um cliente com o fim de realizar a venda de um empreendimento específico, desconsiderando, assim, seu perfil (do cliente), evidencia uma hipótese de conexão contratual entre o contrato de corretagem e o contrato de compra e venda. O corretor não age, nessa hipótese, como intermediário ou prestador autônomo de serviço, mas como verdadeiro preposto da construtora, de modo a facilitar a atividade empresarial desta.

Ocorre que, segundo o art. 722 do Código Civil vigente (Brasil, 2002a), o contrato de corretagem é aquele em que uma pessoa, não ligada a outra

em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda, um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas. Percebe-se, assim, que a efetiva prestação do serviço de corretagem vincula-se a uma condição: não possuir o corretor nenhuma relação de dependência com a construtora ou incorporadora.

Não se considera atuação imobiliária quando se busca efetuar a venda de um empreendimento específico, pré-escolhido, pois a função do corretor é encontrar um imóvel que se adeque ao cliente, e não vice-versa. Entre as incumbências que devem ser exercidas pela imobiliária, destaca-se a intermediação do negócio, quando o corretor atua como um negociador que facilita o processo de compra e venda de um imóvel, oferecendo várias opções ao cliente, a fim de atender às suas necessidades. Por isso que é o *comprador quem* contata a imobiliária: é ele que pretende efetuar a compra e, para isso, contata um serviço que lhe possa ajudar a realizá-la, segundo sua condição financeira e o que procura no mercado. Ainda, uma segunda e fundamental função do corretor, é informar o cliente acerca do contrato de corretagem e seus pormenores, como as consequências no caso de eventual rescisão e os valores que serão retidos no caso de descumprimento contratual, conforme estipula o próprio art. 723, *caput* e parágrafo único, do Código Civil²⁷.

Não é função do corretor ligar para o cliente, visitá-lo, ir a seu trabalho e oferecer apenas um imóvel; sua principal incumbência é intermediar a compra e venda, segundo o que o comprador pode oferecer e deseja comprar (entre várias opções, ressalta-se). A atuação da corretagem, quando oferece apenas um imóvel, é, inclusive, desnecessária, pois isso poderia ser realizado por um funcionário da empreendedora. Nesse sentido, pode-se afirmar que uma das práticas abusivas adotadas na comercialização de unidades imobiliárias é a

²⁷ “Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência” (Brasil, 2002a).

imposição, pela própria construtora, de “corretores” para a concretização do negócio.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o ônus da corretagem cabe à parte vendedora, salvo na hipótese de o consumidor contratar o corretor para pesquisar e intermediar a negociação. O referido Tribunal também já determinou a divisão solidária da comissão entre vendedor e comprador: “Em regra, a responsabilidade pelo pagamento da comissão é do vendedor; contudo, considerando os elementos dos autos, justifica-se a distribuição da obrigação” (Brasil, 2009a).

Assim, tem-se que é abusiva a imputação, ao consumidor, do pagamento de taxa de corretagem para profissional contratado por incorporadora ou construtora para vender, exclusivamente, as unidades imobiliárias de seu empreendimento, configurando a prática de venda casada (Gonçalves, 2016). Cabe lembrar que tal prática abusiva ocorre sempre violando os direitos consumeristas, infringindo o art. 6º, inciso IV²⁸, o art. 39, inciso I²⁹ e o art. 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor³⁰ (Brasil, 1990), além dos princípios da isonomia, do equilíbrio, da boa-fé, da harmonia e da função social do contrato e das relações de consumo.

3 CONCLUSÃO

O direito é responsável por recortar a liberdade existencial e devolver a liberdade jurídica das pessoas, para que estas persigam seus objetivos, em

²⁸ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (Brasil, 1990).

²⁹ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos” (Brasil, 1990).

³⁰ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (Brasil, 2002a).

consonância com os direitos humanos, o que proporciona uma boa convivência em sociedade. Para que isso efetivamente ocorra, mostra-se necessária a discussão sobre os negócios jurídicos e as novas formas que tomam na sociedade, a fim de que o direito fundamental da liberdade contratual não acabe tendo maior peso em detrimento de outros fundamentais direitos e do respeito à pessoa.

A presente análise demonstrou que a coligação contratual (em sentido amplo) é um instituto que se caracteriza, basicamente, pela existência de uma unidade de interesses econômicos entre dois ou mais contratos diferentes, mas que possuem um mesmo sujeito em comum. Trata-se de um gênero constituído pelas espécies dos contratos coligados em sentido estrito, dos contratos coligados por cláusula contratual e dos contratos conexos em sentido amplo, os quais se diferenciam pela origem da coligação, respectivamente: por força de lei; pela vontade dos contratantes; ou por interpretação do negócio. Os contratos conexos em sentido amplo ainda se subdividem em contratos em rede, nos quais se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, e contratos conexos em sentido estrito, nos quais se aplicam apenas as normas do Código Civil.

A constatação da conexão contratual, portanto, é feita pelo Poder Judiciário, sendo necessário que os Tribunais efetuem um exercício hermenêutico permeado pela normativa constitucional e pelos direitos humanos, que, juntos, oferecem um grau maior de humanidade e existencialidade à letra da lei. Ao se permitir essa hermenêutica, passa-se a um segundo momento, que é o de repressão aos contratos conexos com fins lesivos. Mostra-se necessário que o judiciário se volte às situações especiais que diminuem a capacidade da pessoa, punindo aqueles que perpetuam práticas abusivas, o que pode ser melhor efetivado por meio de uma maior compreensão acerca dos contratos coligados e conexos.

Tendo em vista a ausência de regulamentação estatal a respeito, resta à jurisprudência reconhecer a conexão contratual, quando presentes seus elementos caracterizadores, e efetivar a proporcionalidade nesses casos, cuja forma contratual é nova e diferente do que, até então, se delineava no mundo dos negócios jurídicos. Utilizando-se dos direitos humanos, dos princípios constitucionais e das previsões do Código de Defesa do Consumidor – aplicadas à maior parte das relações negociais no Brasil –, é possível que o judiciário seja capaz de proteger a parte mais vulnerável, prejudicada nos casos de abusos de direito.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, R. R. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

BALBELA, J. R. P. **Inadimplemento nos contratos coligados: o descumprimento e seus efeitos para além do contrato**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/35359>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BOULOS, D. **Abuso do direito no novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2006.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. [Código de Defesa do Consumidor]. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Seção. Agravo Regimental no Conflito de Competência n. 69.689/RJ. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Decisão em 23 de setembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 2 de outubro de 2009b. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6030081/agravo-regimental-no-conflito-de-competencia-agrg-no-cc-69689-rj-2006-0213793-4-stj/relatorio-e-voto-12159911>. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 985.531/SP. Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Decisão em 1 de setembro de 2009c. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 28 de outubro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200702212232&dt_publicacao=28/10/2009. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Recurso Especial n. 337.040/AM. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar Junior. Decisão em 2 de maio de 2002. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 1 de julho de 2002b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200100917401&dt_publicacao=01/07/2002. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.119.920/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Decisão em 13 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 24 de abril de 2009a. Disponível em: <http://www.portaldori.com.br/wp-content/uploads/2015/03/MON.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

CORDEIRO, A. M. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

COSTA, J. S. Responsabilidade civil por abuso de direito: uma análise sob a ótica do direito civil constitucional. *In*: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), 2014, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f5ffbe75132e215>. Acesso em: 18 ago. 2021.

DIDIER JUNIOR, F.; NOGUEIRA, P. H. P. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2015.

FENDRICH, C. B.; SILVA, M. A. Redes contratuais: perspectivas e a responsabilidade solidária entre os contratos relacionados aos serviços de turismo. *In*: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi), 2014, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a6f39a1c9403d1b8>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GOMES, O. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, E. P. Abuso do direito das incorporadoras e construtoras nos contratos imobiliários. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 25, v. 104, p. 471-495, mar./abr. 2016. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/5ed7739d-7ca8-4078-a705-77880cc49ca9.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, ano 36, n. 107, p. 481-504, maio/ago. 2003. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/107/art/art2.htm>. Acesso em: 18 ago. 2021.

KONDER, C. N. A “relativização da relatividade”: aspectos da mitigação da fronteira entre partes e terceiros nos contratos. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 1, p. 81-100, mar. 2019a. Disponível em: <http://konder.adv.br/wp-content/uploads/2019/03/Carlos-Nelson-Konder-A-relativizacao-da-relatividade.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

KONDER, C. N. **Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KONDER, C. N. O alcance da cláusula compromissória em contratos coligados: leitura a partir da tutela da confiança. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 16, v. 63, p. 295-331, out./dez. 2019b.

LEONARDO, R. X. A súmula nº 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça. *In*: PEREIRA JÚNIOR, A. J.; JABUR, G. H. (coords.). **Direito dos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEONARDO, R. X. Contratos coligados, redes contratuais e contratos conexos. *In*: FERNANDES, W. (coord.). **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

LEONARDO, R. X. Os contratos coligados. *In*: BRANDELLI, L. (org.). **Estudos de direito civil, internacional privado e comparado**: coletânea em homenagem à professora Véra Jacob de Fradera. Porto Alegre: Lejus, 2013.

MARINO, F. P. C. **Contratos coligados no direito brasileiro**. Saraiva: São Paulo, 2009.

MARQUES, C. L. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS-COSTA, J. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. *In*: Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da cidade do Rio de Janeiro, 2006, Rio de Janeiro. **Anais [...]**. Rio de Janeiro, 21-23 set. 2006. Disponível em: <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Costa-Judith-Os-avatares-do-Abuso-do-direito-e-o-rumo-indicado-pela-Boa-Fe.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2021.

MIRANDA, F. C. P. **Sistema de ciência positiva do direito**: investigação científica e política jurídica. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. v. 3.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado das ações**: ação, classificação e eficácia. Campinas: Bookseller, 1988. v. 1.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado de direito privado**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. v. 1.

OJEA, I. A. Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos. *In*: CABOT, F. J. Z.; CÍVICO, J. G.; PALLARÉS, L. S. **La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de derechos humanos**. Alcalá: Universidad de Alcalá, 2014.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REALE, M. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1985.

ROPPO, E. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SAAVEDRA, J. L. Autonomía privada y contrato. **Revista Oficial del Poder Judicial**, [Lima], n. 6, p. 267-290, [2010 ou 2011]. Disponível em: <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/download/204/259/>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 34ª Câmara Cível. **Recurso de Apelação**. Acórdão nº 0003055-64.2012.8.26.0025. Relator: Desembargador Carlos von Adamek. Decisão em 9 de agosto de 2017. São Paulo, 2017.

STOCO, R. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, G.; KONDER, C. N.; BANDEIRA, P. G. **Fundamentos do direito civil: contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 3.

TEPEDINO, G.; OLIVA, M. D. **Fundamentos do direito civil: teoria geral do direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 1.

URIBE, R. M.; WILSON, C. P. Fisionomía y efectos de los contratos conexos o grupo de contratos. **Revista Ius et Praxis**, Talca, ano 27, n. 2, p. 156-174, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000200156>. Acesso em: 27 set. 2021.

VENOSA, S. S. **Direito civil: responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AUTONOMIA DECISÓRIA E DIREITO AO PRÓPRIO CORPO NOS PROCESSOS DE SUBJETIVAÇÃO CONTEMPORÂNEOS: OS REFLEXOS DA CONCEPÇÃO DE AUTONOMIA PRIVADA DECISÓRIA NAS DECISÕES PESSOAIS SOBRE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA¹

DECISION AUTONOMY AND THE RIGHT TO ONE'S OWN BODY IN CONTEMPORARY SUBJECTIVATION PROCESSES: THE EFFECTS OF THE CONCEPT OF PRIVATE DECISION AUTONOMY ON PERSONAL DECISIONS ABOUT GENDER, GENETIC IDENTITY AND EUTHANASIA

Riva Sobrado de Freitas²

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca identificar alguns desafios presentes nas lutas por emancipação social, que tiveram a sua origem a partir da última década do século XX, época também conhecida como pós-socialista, período de grande proliferação de lutas sociais que pleiteavam a satisfação e a superação de outros tipos de demandas e injustiças, para além da redistribuição de riquezas, que até então, constituíam o cerne das reivindicações trabalhistas nos conflitos capital/trabalho.

Para esses movimentos, a questão central era o reconhecimento e o respeito pela diversidade de cada segmento social. Os novos atores sociais e os novos grupos de libertação pleiteavam a construção de uma sociedade pluralista e entendiam que essas distorções não seriam corrigidas apenas por meio de uma justiça redistributiva, divergindo dessa forma, das lutas sociais tradicionalmente travadas no século XX pelos sindicalistas.

Embora a proliferação das lutas emancipatórias pelo reconhecimento terem alcançado grande visibilidade, a partir da década de 1990 do século

¹ Essa publicação é uma versão atualizada do artigo publicado na Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça. Para acessá-lo entre no DOI: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.659>.

² Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unesco. E-mail: rivafreit@gmail.com.

passado, o que se observa é que esses movimentos também dirigiram suas demandas ao Estado Social de Bem-Estar, assim como os movimentos operários do século XX e, também, confiaram em seus mecanismos de intervenção e regulação para a promoção do reconhecimento que pretendiam.

Ocorre, entretanto, que o fenômeno da globalização na economia e a internacionalização do capital já tinham promovido uma profunda erosão na estrutura do Estado Social de Bem-Estar e seus mecanismos de intervenção e de regulação já estavam bem menos operantes. Pleitear a emancipação social e o reconhecimento por meio da regulação, se tornava, cada vez mais, inviável.

Observou-se, a partir de então, o aprofundamento das reivindicações em prol do reconhecimento e o abandono, de forma progressiva, das lutas por redistribuição de riquezas. Esse fato, apesar de haver contribuído para o aprofundamento de algumas lutas sociais (gênero, por exemplo), promoveu a atomização e a segregação entre os movimentos, de maneira geral. Esses passaram, muitas vezes, a competir entre si, o que dificultou a articulação de um projeto comum de lutas por emancipação social.

Entretanto, embora a emergência de uma grande variedade de atores sociais e a proliferação das lutas pelo reconhecimento da diversidade terem alcançado grande visibilidade na última década no século XXI, é preciso reconhecer que as expectativas quanto à solução dessas demandas não se distanciavam, significativamente, daquilo que tradicionalmente pleiteavam os movimentos operários do século XX. Os novos movimentos sociais da era “pós-socialista” também buscavam no Estado Social de “Bem Estar” e seus mecanismos de intervenção e regulação, os caminhos para a promoção da emancipação social pretendida.

Ocorre, entretanto, que o fenômeno da globalização na economia e a internacionalização do capital já tinham promovido à época, erosão significativa na estrutura do Estado Social de Bem-Estar, seus instrumentos

tradicionais de intervenção e pacificação social já estavam bem menos operantes. Esse modelo de Estado já havia promovido, de maneira global, o fenômeno da retração em sua estrutura, consoante o que propugnava o neoliberalismo, privatizando estatais e, sobretudo, flexibilizando e desregulando direitos sociais. Pleitear a emancipação social por meio de regulação não só se tornava, cada vez mais inviável, como evidenciava a falência desse modelo de Estado (Santos, 2016).

Em face da desmontagem do Estado Social de Bem-Estar, observa-se, a partir de então, algumas tendências nas lutas sociais por emancipação: em um primeiro momento, o crescimento das reivindicações em prol do reconhecimento, pautadas em concepções multiculturais de Direitos Humanos, abandonando progressivamente as agendas de lutas pela redistribuição de riquezas. Naturalmente, esse fato representou, a princípio, um aprofundamento significativo, especialmente para os movimentos sociais de gênero. Entretanto, promoveu, de outra parte, uma dificuldade na construção de um projeto comum emancipatório, com outros setores sociais em luta por inclusão social.

Esse separatismo entre os movimentos sociais, para além do esvaziamento de suas propostas de transformação social contribuiu para o aprofundamento da intolerância, e para o recrudescimento do machismo e do autoritarismo promovendo, sob ponto de vista dos valores sociais, um retrocesso.

Esse fato é, também, mencionado por Boaventura Sousa Santos (2016) quando diagnostica em sociedades contemporâneas o que ele reconhece como “fascismo social”. O autor faz, à propósito, uma distinção entre o conceito de “fascismo social” dos regimes de fascismo político, que vigoraram na Itália, Portugal e Espanha até 1975.

Para ele, o “fascismo social” se estabelece em sociedades em que as relações sociais se assentam em um cenário de profundas desigualdades, sob

forte influência do racismo, da violência doméstica, de relações trabalhistas flexibilizadas das leis do trabalho, privatizações de bens essenciais à vida, como água etc.

Naturalmente, essas formas de sociabilidade ocorrem fora daquilo que o Liberalismo Clássico convencionou conceituar como esfera pública, de forma estrita (Habermas, 2002), mas nem por isso perdem a sua natureza de opressão aos setores subalternos, de censura contra a diversidade, do discurso do ódio contra os excluídos etc. São relações com características fascistas por excelência, muito embora possam estar presentes em regimes constitucionais de Democracia Representativa (Santos, 2016).

Diante de tantas adversidades, em momentos de segregação social, em que o autoritarismo se espalha no tecido social e o Estado contemporâneo se mostra ineficiente para realizar a inclusão social necessária, é fundamental que os movimentos sociais que lutam pela libertação busquem novos caminhos para a superação de seus desafios.

Para autores como Boaventura Sousa Santos (2016), a luta social não deve se ater apenas às lutas anticapitalistas, contra a concentração de riquezas, que nos dias atuais se estabelece na “financeirização” do capital. Deve levar em conta que esse regime de acumulação está articulado a fatores como: o colonialismo que promove o racismo e o colonialismo interno; e o patriarcado se identifica com o sexismo.

Afirma, ainda, que o patriarcado e o colonialismo devem ser combatidos simultaneamente às lutas anticapitalistas, sob pena de não democratizar as relações interpessoais, além de contribuir com o “fascismo social”.

Para autores como Jean Cohen (2012), a forma de superação dos impasses e desafios no tocante aos movimentos de libertação, especialmente para aqueles que tocam as questões de gênero, passa pela reconfiguração do Direito ao Corpo, em uma perspectiva de retomá-lo sob a ótica da Autonomia

Privada Decisória, redesenhando o seu conteúdo, para melhor adequá-lo à construção da identidade pessoal.

Avançar no caminho da construção da identidade pessoal, certamente, trará repercussões decisivas no empoderamento do próprio corpo, ou seja, no direito de decidir como dispor do próprio corpo, sobre a orientação sexual de cada pessoa, sobre questões de gênero etc., sem intervenções do Estado, ou da própria comunidade.

Trata-se de uma ótica distinta da abordagem liberal sobre a Autonomia Privada. Refere-se à Autonomia Privada revisitada à luz da Autonomia Decisória, que determina uma esfera de autodeterminação, dentro da qual a pessoa se encontra no centro do seu processo decisório, para construir, efetivamente, a sua identidade pessoal, de forma concreta, efetuando escolhas pessoais, pelos próprios motivos. Assim, não se estaria pretendendo o desenraizamento do indivíduo dos valores da comunidade, consoante proposta liberal, mas tão somente propondo a construção de um escudo protetor para o desenvolvimento da sua identidade pessoal, sem qualquer forma de intervenção, quer do Estado ou mesmo da comunidade onde estiver inserido (Arendt, 1998).

Sem abandonarmos absolutamente as propostas indicadas por Boaventura Sousa Santos (2016), aos movimentos sociais para a sua efetiva libertação tais como: solidariedade entre movimentos sociais nas lutas anticapitalistas, e combate concomitante ao colonialismo e ao patriarcado; entendemos que talvez a grande inovação, no que toca à resistência a qualquer tipo de exclusão social, discriminação etc., deve, também, considerar a construção efetiva da identidade pessoal. Certamente são caminhos complementares. Promover a afirmação e o reconhecimento dos movimentos sociais de maneira solidária deve estar garantido, assim como o espaço para a construção da identidade de cada pessoa deve ser tutelado.

Entre as alternativas propostas, nosso trabalho vai centrar-se, nos próximos tópicos, no desenvolvimento das bases teóricas para a construção da Autonomia Privada Decisória, como forma de promoção da identidade pessoal e sua real contribuição para os movimentos sociais contemporâneos que postulam o direito ao próprio corpo, emancipação das mulheres, gênero etc.

2 AUTONOMIA DECISÓRIA: A REDEFINIÇÃO DO DIREITO À AUTONOMIA PRIVADA E SEUS REFLEXOS NOS PROCESSOS DE SUBJETIVAÇÃO E CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE PESSOAL

A Liberdade, uma das primeiras aspirações da modernidade, significou, desde então, um espaço sem ingerências de terceiros, de forma a garantir a qualquer indivíduo a possibilidade de sua autodeterminação sem submissão a outrem. Caracterizou-se, portanto, desde o século XVIII, em uma esfera, garantida pelo ordenamento jurídico, dentro da qual o indivíduo poderia efetuar as suas escolhas, em oposição aos interesses do Estado, e da comunidade, o qual não estaria obrigado, nem proibido, por qualquer determinação legal.

Entretanto, é importante salientar que a Liberdade para os gregos era formulada de maneira distinta. Consistia somente na prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisso diferenciava-se substancialmente do liberalismo moderno (Coulanges, 1971). A realização da Liberdade, para os antigos, portanto, centrava-se unicamente na primazia da participação política, sem quaisquer restrições previamente estabelecidas. Assim, o cidadão, poderia propor qualquer alteração legislativa, tomar qualquer decisão política, sem qualquer temor de que ela fosse considerada ilegal.

De outra parte, e nisso também constituía a Liberdade, o cidadão na antiguidade, apenas haveria de se submeter às leis que ajudara a elaborar,

participando da sua construção, por meio do procedimento estabelecido pela Democracia Direta (Habermas, 2002).

A Liberdade para os antigos consistia, portanto, no exercício coletivo e direto de diferentes parcelas da soberania popular. Dessa forma, poderia deliberar em praça pública, votar as leis sem nenhuma vedação prévia etc., entretanto, deveria haver submissão plena à autoridade dessa decisão, e como não era possível nenhuma restrição à atividade legislativa, qualquer tema poderia ser objeto de intervenção dessa natureza, inclusive ações privadas de modo geral, tais como: opção religiosa; relações domésticas etc. As leis poderiam regular, inclusive, os costumes. Como observa Benjamin Constant (1819), o indivíduo exerceria plenamente a sua soberania popular nas questões públicas, entretanto, seria absolutamente submisso, como um escravo, nas questões de ordem privada.

Entretanto, no século XVIII, com o advento da Modernidade e a construção dos pactos constitucionais, os direitos individuais, tais como: o direito de escolher o trabalho, de expressar suas opiniões, de efetuar a opção religiosa, passaram a ser configurados como liberdades individuais, ou seja, um espaço para a autodeterminação pessoal, oponível contra possíveis intervenções, especialmente aquelas provenientes do Estado, significando dessa maneira, esferas de Autonomia Privada capazes de constituir verdadeiros escudos de proteção às atividades deliberativas estatais, inclusive as legislativas. O temor à “tirania da maioria” passou a ser real, a partir de então. Assim, com a Modernidade e a construção do Estado Liberal Constitucional, não foram mais aceitas as instituições que pudessem restringir liberdades individuais (Constant, 1819).

Dessa maneira, a Liberdade na Modernidade deve ser compreendida como a Liberdade negativa, ou seja, uma esfera de Autonomia Privada, em que a intervenção do Estado ou da comunidade deve ser negada. Ela se estabelece, definitivamente, no direito privado pelo ideário liberal a partir do século XVIII (Meireles, 2009), como um valor essencial à condição humana, mas perdura até

os dias atuais como um direito humano fundamental à dignidade pessoal de cada indivíduo.

Consoante o que foi exposto, seria possível constatar uma contraposição entre soberania política, relativa ao exercício da atividade legislativa e Autonomia Privada, enquanto uma restrição, um escudo oponível à atividade estatal de legislar? A esse respeito Habermas (2002) observa que não existe uma tensão entre ambas, mas apenas uma relação de complementaridade, na medida em que a Autonomia Privada confere legitimidade à Autonomia Pública e, dessa forma, a legitimação do Poder do Estado se assenta na Autonomia Privada dos cidadãos.

Ainda nesse sentido, Stuart Mill (2010), evidenciando uma preocupação em relação às decisões tirânicas da maioria, defende a proteção da diversidade entre os membros da sociedade. Para o autor, a única justificativa pela qual a sociedade (ou a humanidade) poderia individual ou coletivamente interferir na liberdade de decisão de seus membros seria em situações em que essa intervenção tivesse por escopo a prevenção de danos à própria sociedade. Para Mill (2010), a única parcela de conduta pela qual o indivíduo poderia ser responsabilizado, seria aquela que pudesse causar danos aos demais. Sobre si mesmo, seu próprio corpo, suas opiniões etc., deveria haver total autonomia para o indivíduo.

Nosso objetivo neste trabalho não é absolutamente a defesa das teorias de Mill (2010), sobre a liberdade individual (o autor pertence a uma corrente teórica denominada utilitarista), mas tão somente constatar a sua preocupação com a proteção da diversidade de cada indivíduo, em face da possibilidade de uma imposição tirânica e castradora por parte da comunidade como um todo. Consoante sua opinião, existem nos seres humanos tantas diferenças no que toca às fontes de prazer e mesmo na maneira como se ressentem à dor etc., que não poderia o Estado, nem a própria comunidade efetuar uma imposição de seus

valores, sob pena de impedir que seus membros pudessem alcançar qualquer parcela de felicidade ou mesmo desenvolver a sua identidade de forma plena.

Em que pese a importância da construção teórica da Autonomia Privada para a Modernidade, no sentido de oferecer limites a intervenções não desejadas na órbita individual, observamos que a Liberdade, ou o poder de autodeterminação individual aí protegido ficou circunscrito a uma abordagem negativa, ou seja, uma técnica de proteção em que a tutela se restringe a impedir intervenções do Estado ou da sociedade, e o direito de estar só, de ser deixado em paz com a sua diversidade estaria garantido. Essa proteção, ainda nos dias atuais é extremamente importante, sobretudo em face da tecnologia contemporânea bastante desenvolvida, capaz de tornar vulnerável a vida pessoal.

Entretanto, estaríamos ainda dentro de uma perspectiva de não intervenção, nos moldes do liberalismo clássico. O que gostaríamos de propor para os dias atuais, como forma de superação dos impasses contemporâneos à emancipação individual, com repercussões para a sociedade como um todo seria a Autonomia Decisória, no que se refere à disponibilidade do próprio corpo (aspecto físico e mental), necessária para a construção da identidade pessoal e proteção da própria dignidade. Nesse sentido, não se estaria pleiteando a tutela de um valor em abstrato, consoante a ótica liberal, atribuído ao indivíduo “natural”, mas uma proteção necessária para um processo de individuação (Young, 1990), com vistas à construção, projeção e reconhecimento social da personalidade de cada pessoa, na sua diversidade.

Observamos, portanto, que o direito de não ser submetido a controle indevido, embora importante para a construção da Autonomia Decisória, não seria suficiente. Deveriam estar presentes outros requisitos, tais como: o Direito ao Corpo (aspecto físico e mental), dentro de uma configuração mais abrangente, o que implicaria no controle efetivo do próprio corpo, essencial para uma percepção íntegra de si mesmo. Consoante Erving Goffman (1971), o sentimento de controle sobre o próprio corpo, para além

de ser necessário à própria autoconfiança pessoal é fundamental para a configuração da própria identidade.

A esse respeito, em uma abordagem sobre Autonomia Decisória, mediada pelo corpo Jean Cohen (2012, p. 195) afirma: “nós somos o próprio corpo”, numa tentativa de esclarecer a importância do corpo para a individualidade e identidade pessoal.

A questão da identidade pessoal, ligada ao corpo, como forma de garantia da dignidade pessoal foi utilizada amplamente pelo movimento feminista para defender o direito ao aborto, por exemplo. Nesse sentido, afirmam: “nosso corpo, nós mesmas”, pontuando a importância da integridade corporal para efeitos da Autonomia Decisória. O foco central dessa defesa toca a identidade pessoal feminina. Forçar uma mulher a uma gravidez indesejada significaria a imposição de uma identidade não desejada de mulher grávida e de mãe à mulher, promovendo-lhe uma mudança substancial no próprio corpo e em sua identidade pessoal, com reflexos emocionais profundos, para além de alterações significativas de natureza econômica (Cohen, 2012). Daí a importância que adquiriu o termo *embodiment*, como emblemático da importância da corporificação, nas lutas feministas, que estaria a indicar o próprio corpo como o substrato mais importante da identidade pessoal.

Não temos por objetivo, neste trabalho, o tema do aborto, porque então teríamos que esgotá-lo em toda a sua profundidade. Nossa abordagem, neste momento, é apenas exemplificativa, buscando esclarecer a relevância da integridade corporal (física e mental) para a integridade da personalidade.

Ainda, no tocante à construção do Direito ao Corpo, como mediador da Autonomia Decisória e da identidade pessoal, nossa preocupação indica, também, à necessidade de salvaguardar outro Direito Humano Fundamental, ou seja, o Direito à Informação. Esse, apresenta caráter difuso e constitui direito de toda a coletividade à informação. Sem a informação precisa, veiculada de forma clara e sem manipulações, não pode haver escolha verdadeira e satisfatória

para a construção de uma identidade. O controle sobre o próprio corpo engloba a possibilidade de tomar decisões sobre ele, no que se refere, por exemplo: à saúde, questões genéticas, riscos possíveis quanto a ingestão de medicamentos etc. Assim, informações mais próximas da realidade quanto aos resultados das opções seria fundamental para a construção da identidade pessoal, na medida em que possibilitaria decisões em conformidade com a vontade pessoal.

Nesse sentido, também se dá o entendimento de Beauchamp e Childress (2013). Esses autores mencionam a necessidade do respeito ao direito a ter opiniões, indicando que para assegurá-lo, mais do que a não intervenção nas decisões das pessoas, deveria haver a informação necessária para que pudessem decidir sem medos, ou outros entraves capazes de comprometer o exercício da sua autonomia. Para esses autores, a autonomia estabelece um direito de autoridade para o controle do próprio destino.

Assim, em uma tentativa de redesenhar o conceito e o conteúdo da Autonomia Privada de origem liberal, de modo a melhor adequá-la às necessidades contemporâneas de emancipação social, buscamos reescrevê-la e caracterizá-la, de modo a que pudesse se constituir em um caminho a ser trilhado para a construção da identidade pessoal. No próximo tópico passaremos, então, à verificação de suas contribuições para os movimentos sociais nos dias atuais.

3 AUTONOMIA DECISÓRIA E SEUS REFLEXOS EM DECISÕES PESSOAIS SOBRE GÊNERO, IDENTIDADE GENÉTICA E EUTANÁSIA

Como já informamos anteriormente, a construção do conceito de Autonomia Decisória foi essencial para a ampliação das lutas feministas levadas a efeito, a partir das últimas décadas do século XX. Mais precisamente em 1973, registra-se como marco histórico para elaboração desse conceito uma decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, caso *Roe v. Wade* (Cohen,

2012). Essa decisão teve como ponto de partida a discussão sobre o direito da mulher para decidir sobre o aborto, com base no “direito à privacidade”, constitucionalmente protegido.

Naturalmente não estava ainda, nesse momento, estabelecido o conteúdo da Autonomia Decisória da maneira como o concebemos atualmente, entretanto, discutia-se a privacidade enquanto uma possibilidade para assegurar decisões pessoais, como por exemplo, a liberdade reprodutiva. A partir dessa decisão, passou-se, então, à interpretação da Autonomia Privada, nos termos de um direito à privacidade pessoal, para garantir que a mulher pudesse efetuar escolhas relacionadas com o seu próprio corpo, tais como: sexualidade, aleitamento, reprodução etc., redesenhando o seu conteúdo.

Certamente, essa nova interpretação significou um retorno ao privado, o que levou a Autonomia Decisória a ser alvo de muitas desconfianças, inclusive por parte dos movimentos que militavam pela emancipação das mulheres. Foi acusada, em um primeiro momento, de reforçar o estereótipo da dicotomia público/privado, de corte liberal, por (re)colocar as lutas feministas no patamar da privacidade doméstica que tanto havia contribuído para a exclusão das mulheres das decisões políticas, do mercado de trabalho etc., relações precipuamente atribuídas à esfera pública, intensificando as hierarquias sociais entre os sexos (Cohen, 2012).

De outra parte, também foi objeto de críticas severas por parte dos movimentos sociais, e responsabilizada por reforçar as tendências liberais que buscam promover o apartamento do indivíduo dos valores da sua comunidade (Cohen, 2012).

Entretanto, não obstante as reações oferecidas à formulação contemporânea da Autonomia Decisória, o que se observa é que sua proposta se distancia substancialmente da perspectiva liberal, no que se refere ao indivíduo. O que se procura tutelar, por meio da Autonomia Decisória não é

absolutamente o indivíduo “natural” considerado em abstrato, para o qual seriam atribuídos valores ideológicos da ética burguesa liberal, como se fossem valores universais da natureza humana. O que se procura garantir, por meio da Autonomia Decisória, é a construção da identidade pessoal de cada um, a partir da sua diversidade. Trata-se, portanto, da proteção ao indivíduo concreto, considerado na sua singularidade, certamente, um processo a ser desenvolvido durante toda a vida.

3.1 TRANSGÊNEROS E AUTONOMIA DECISÓRIA: A IMPORTÂNCIA DA AUTONOMIA DECISÓRIA PARA A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE PESSOAL EM DECISÕES SOBRE GÊNERO

Sem termos como objetivo esgotar, com a profundidade necessária, os aspectos que envolvem o tema da transexualidade neste momento, esclarecemos que o nosso intento será apenas o de indicar as possíveis contribuições da Autonomia Decisória para a construção e reconhecimento da identidade pessoal do transgênero.

Em um primeiro momento, buscaremos a formulação de um conceito operacional para a pessoa transexual, certa de tratar-se de assunto extremamente polêmico.

Dias (2009) trabalha com a definição de transexualidade como sendo a falta de concordância entre o sexo biológico e o sexo psicológico. Já Vieira (2008), complementando essa definição, informa que o transexual possui a convicção de pertencer ao sexo oposto àquele que aparece no seu registro de nascimento, e se sente profundamente desconfortável em relação aos seus órgãos sexuais externos, procurando, muitas vezes, uma cirurgia para adequá-los, ou um tratamento hormonal capaz de levá-lo à aparência externa do sexo oposto, ou ainda poderá optar por ambas as alternativas. Teríamos, então,

como fruto dessa adequação, a possibilidade de um transexual masculino ou feminino.

De outra parte, autores como Pinto e Bruns (2009) afirmam que a transexualidade tem natureza distinta da orientação sexual e, dessa forma, haveria a possibilidade para o transgênero de ter orientação afetivo-sexual de natureza heterossexual, homossexual ou bissexual. Esclarecem, ainda, que a identidade de gênero do transexual refere-se, unicamente, ao gênero com o qual ele se identifica e quer ser reconhecido, diferindo da orientação sexual que indicaria o gênero pelo qual se sente atraído sexualmente.

Há que se fazer, ainda, outra importante distinção em relação à intersexualidade. O intersexual, também conhecido como hermafrodita, apresenta características sexuais de ambos os sexos. Trata-se de uma indeterminação anatômica quanto ao sexo e não uma questão de natureza psicológica, como a intersexualidade.

Para o momento, trataremos unicamente da transexualidade, especialmente no que toca suas principais reivindicações expressas pelos movimentos sociais LGBT, que protagonizam essa luta.

Consoante também ao que é referido pelos movimentos LGBT, não trataremos a transexualidade pelo sufixo “ismo” (transexualismo), porque esse sufixo promoveria uma abordagem preconceituosa, caracterizando o transexual como portador de doença. O sufixo “dade”, por outro lado, indicaria o modo de ser da pessoa transexual, terminologia que nos parece mais adequada.

Partindo então das necessidades expressas nas reivindicações dos movimentos LGBT, observamos que, já num primeiro momento, a questão mais emergente indicaria para a necessidade de um processo transexualizador quer por meio de tratamento hormonal, procurando uma adequação de sua aparência ao sexo com o qual ele se identifica, e/ou por meio de uma cirurgia de designação de gênero.

É importante salientar que, a natureza da escolha, a respeito dessas transformações, é absolutamente pessoal, variando de indivíduo para indivíduo. Para alguns transexuais, bastará o tratamento hormonal, para uma transformação externa de sua aparência. Entretanto, para outros será realmente necessária, além da ingestão de hormônios, a cirurgia de reconstrução genital. Essa decisão será sempre personalíssima, e deve estar fundamentada na Autonomia Decisória, que seria adequada para tutelar decisões pessoais tomadas sobre o próprio corpo, como também, embasaria a construção efetiva e necessária da identidade para esses casos.

Entretanto, ocorre que essas demandas estariam no campo da tecnologia médica, e teriam caráter oneroso. Dessa forma, a transexualidade foi transformada em uma patologia médica, para que a transformação desejada pudesse ser mais acessível aos transexuais, nos sistemas de saúde. De outra parte, como durante muito tempo a cirurgia de “mudança de sexo” foi considerada uma mutilação, responsabilizando criminalmente o médico que pudesse realizá-la, considerá-la uma patologia contribuiu para a legalização dessa intervenção médica.

Dessa maneira, temos de reconhecer que esses “caminhos” construídos pela área médica, ainda que com a anuência dos transexuais, reduziram, ou mesmo, retiraram da órbita do transexual qualquer possibilidade de decisão sobre as transformações em seu próprio corpo, comprometendo a sua Autonomia Decisória. Decisões de cunho personalíssimo acerca do próprio corpo passaram para a área médica, e ficaram a depender de diagnósticos médicos, avaliação de psicólogos etc. A medicina, cujo conhecimento técnico e todo o seu aparato tecnológico deveria servir unicamente para informar as pessoas sobre as consequências das intervenções (hormonais e cirúrgicas), invadiu a esfera de decisão pessoal do transexual, e acabou por efetuar escolhas em seu lugar. Não devemos nos esquecer, ainda, que patologizar a transexualidade sempre reforça o preconceito social e contribui para promover o retrocesso nos valores de toda a sociedade.

De outra parte, é preciso que coloquemos em dúvida o próprio binarismo de gênero (masculino e feminino), como um fator de ordem “natural”, como majoritariamente se convencionou (Bento, 2006). Autores como Berenice Bento (2006), Judith Butler (2002), Nancy Fraser (2008), entre outros, questionam a sua veracidade e defendem o entendimento de que a orientação sexual e a identidade de gênero são construções sociais. Assim, não existem papéis sexuais essenciais ou biologicamente atribuídos à natureza humana. Conseqüentemente, seria bastante pertinente indagarmos sobre a validade do próprio processo transexualizador, como forma de alcançar a suposta “normalidade”, e buscar uma relação de pertencimento ao binarismo de gênero.

Nesse sentido, entendemos que a própria patologização da transexualidade levou ao reforço desse binarismo de gênero: ou se é masculino, ou feminino. Qualquer diversidade para além dessas possibilidades é caracterizado como doença. O respeito à Autonomia Decisória poderia contribuir para que a pessoa pudesse se identificar consoante suas características pessoais, sem que se sentisse estigmatizado como um portador de uma doença.

Essas questões referidas acima sobre a transexualidade foram meramente exemplificativas, com o escopo de servir à reflexão sobre a aplicabilidade da Autonomia Decisória em questões de identidade.

3.2 IDENTIDADE PESSOAL EM QUESTÕES ATINENTES À GENÉTICA E AUTONOMIA DECISÓRIA: LIMITES E POSSIBILIDADES

Abordaremos, neste tópico, alguns aspectos polêmicos sobre o tema: “reprodução humana assistida heteróloga”, que apresenta regulamentação ainda bastante escassa no ordenamento jurídico brasileiro, com implicações

diretas para o Direito Civil, no que toca à filiação, mas que sobretudo promove repercussões profundas e irreversíveis na construção da identidade da pessoa, originada dessa reprodução.

A reprodução humana assistida heteróloga consiste em uma técnica de inseminação em que uma terceira pessoa doará seu sêmen para que a mulher venha a ser fecundada. Naturalmente, o material biológico não será do pai “presumido”, esposo ou companheiro da mulher. Será de um doador externo e desconhecido para o casal que deseja conceber. Também poderá ocorrer a doação de um óvulo, que uma vez fecundado, seja introduzido no útero da mulher “receptora”. O filho nascido dela, nesse caso, só se ligará biologicamente ao marido ou companheiro, que forneceu o espermatozoide. A mulher, nessa situação, será apenas a “receptora” do óvulo da doadora, fecundado pelo marido.

Podemos observar, então, que em termos exclusivamente biológicos, o pai que forneceu o espermatozoide ou a mãe “receptora” é que seriam verdadeiramente os pais biológicos dessa criança. A questão, objeto da nossa reflexão, seria sobre a possibilidade de a pessoa concebida, nessas circunstâncias, poder conhecer seus pais biológicos.

É importante frisar que a legislação brasileira é bastante exígua a esse respeito. No Brasil, algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina, tentaram solucionar a polêmica, estabelecendo que o entendimento prevalente é o de garantir o sigilo do doador. Também no direito comparado, o anonimato do doador é regra em todos os países, com exceção da lei sueca, motivada pela necessidade de prevenir doenças e por entender que a pessoa possa, com a maioria, conhecer o pai biológico (Machado, 2005).

Certamente, a grande motivação que tem norteado esse entendimento procura evitar que o pai, ou a criança, busquem estabelecer relações interpessoais com o objetivo de obter vantagens pecuniárias (Machado, 2005). Nesses casos, especialmente o doador se sentiria desconfortável e desmotivado à doação, com a possibilidade de uma ação na área cível. Para a medicina, naturalmente interessa

e que seja fundamental que haja doadores. A reprodução humana assistida utiliza-se de uma tecnologia extremamente sofisticada e dispendiosa, havendo, portanto, interesse na sua continuidade, não apenas pelo desenvolvimento tecnológico que ela pode promover, mas também, pelo lucro que ela pode gerar. Sem a disponibilidade do doador ou doadora não haveria reprodução humana assistida heteróloga.

Entretanto, em que pese os interesses de ordem econômica capazes de levar à proteção do anonimato, para garantir a presença do doador, a pessoa, produto dessa reprodução parece ter sido colocada em segundo plano. Sua identidade, que certamente estaria na dependência de informações dessa natureza não foi cogitada, na maioria dos países.

Na maior parte dos casos, o filho, produto dessa reprodução heteróloga busca, o conhecimento da sua origem genética por motivos íntimos, psicológicos, que passam a atormentar suas vidas. Certamente, isso não ocorrerá com todas as pessoas. Entretanto, em muitas situações, a possibilidade de desvendar a sua origem, para conhecer sua história e construir a sua identidade pode ser extremamente importante.

Consoante a Autonomia Decisória, preceito que entendemos estar plenamente defeso no princípio da Liberdade e no poder de autodeterminação como um direito fundamental na quase totalidade dos países ocidentais, essa necessidade deveria ser sempre tutelada, sob pena do comprometimento da identidade de cada pessoa interessada.

Poderia haver um questionamento em relação à vontade do doador de permanecer em sigilo. Naturalmente, essa expectativa é plenamente legítima e pode ser, inclusive, objeto de contrato para efeitos de doação. Entretanto, deveria ser contemplada, também, a possibilidade de quebra desse sigilo, para os casos em que tal informação fosse determinante para o filho dessa reprodução. Certamente vantagens pecuniárias, na órbita cível, tais como pensões alimentícias, ou outras situações que pudessem repercutir em ônus para o

doador, teriam de ser afastadas por meio de regulação, entretanto, o anonimato não deveria ser imposto pela legislação, nem interpretado de forma absoluta, sob pena de inviabilizar a construção da identidade do interessado.

Ainda em defesa da flexibilização do sigilo contribuiria outro argumento: a própria manutenção da saúde e a prevenção de doenças genéticas para a pessoa originada de reprodução humana assistida. Certamente, o direito de saber sobre a sua ascendência biológica para prevenir, ou mesmo curar doença é direito inalienável, contra o qual nenhum ordenamento jurídico pode criar obstáculos.

Pesa ainda, em favor da quebra do sigilo do doador, a flagrante desigualdade de tratamentos promovida em situações de equivalência na regulação brasileira. Estamos nos referindo à discrepância entre a posição assumida pelo Conselho Federal de Medicina e o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. O art. 27 estabelece de maneira inequívoca que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”. Dessa forma, ferindo a própria aplicação do princípio da igualdade, teríamos uma situação de tratamento diferenciado a situações equivalentes, depreciando a condição da criança originada de reprodução assistida heteróloga.

Pelos argumentos mostrados, constatamos a importância fundamental do respeito à Autonomia Decisória para os filhos de reprodução assistida heteróloga. Sem a sua tutela, teríamos o amesquinamento da sua dignidade pessoal.

3.3 AUTONOMIA DECISÓRIA DO PACIENTE TERMINAL: A DIGNIDADE PESSOAL PARA OS CASOS DE EUTANÁSIA

O recorte de abordagem, nesta parte do trabalho será exclusivamente, sobre alguns aspectos polêmicos que permeiam o tema da eutanásia, e do

suicídio assistido e as possíveis contribuições que a Autonomia Decisória poderia promover para a elucidação dessas questões.

Antes, porém, de tocarmos diretamente quer no tema da eutanásia ou do suicídio assistido, é importante salientarmos que ambos são concebidos como possibilidades para se colocar um fim a uma situação de extremo sofrimento para o paciente em fase terminal. Dessa maneira, a antecipação da morte, como forma de se extinguir a dor extrema, que amesquinha a dignidade pessoal do doente é vislumbrada como um caminho para a promoção da sua “morte com dignidade”.

Quando nos referimos ao paciente em estágio terminal, por sua vez, estamos indicando uma situação tal de enfermidade, em que já se pode perceber que as condições de saúde do ente não mais serão recuperadas, que a morte virá em curto lapso de tempo, com intenso sofrimento. Assim, a antecipação da morte, seria forma de culminar um processo inexorável de dor, degradação física e psíquica que precisaria chegar ao fim. Em casos dessa natureza teríamos como possibilidade, a tutela do direito à incolumidade física e psíquica. Entendemos que a antecipação da morte por escolha do paciente, seria defensável nessas situações, e estaria fundamentado, inclusive, no direito à incolumidade física da pessoa.

Entretanto, no que se refere ao tema antecipação da morte, para os casos de eutanásia e suicídio assistido, a fundamentação, objeto do nosso trabalho, é a Autonomia Decisória. Poderíamos perguntar então, se a Autonomia Decisória poderia autorizar, ou justificar o direito de morrer de forma digna, pela eutanásia ou pelo suicídio assistido?

De maneira concisa, apenas para que se estabeleça um conceito operacional para ambas as categorias de morte antecipada, objetivando um melhor entendimento das mesmas, passaremos, então, à verificação de algumas características necessárias ao desenvolvimento do nosso trabalho.

A eutanásia, também conhecida como a “boa morte” é expressão utilizada para indicar uma ação médica que tem por finalidade a abreviação da vida de doentes incuráveis em processo de sofrimento extremo. Parte de uma conduta comissiva do médico, a pedido do paciente (Kovács, 2003) que, no exercício de seu poder de autodeterminação, busca da antecipação do óbito e tem como objetivo, uma morte sem sofrimentos extremos, consoante seus valores e sua dignidade pessoal.

No suicídio assistido, entretanto, o paciente é apenas assistido para a morte. Os atos são praticados pela própria pessoa, no sentido de antecipar a sua morte. A participação de terceiros será indireta, sempre com o consentimento prévio do paciente terminal e por motivos misericordiosos (Santorio, 2010).

Sabemos, entretanto, que o ordenamento jurídico brasileiro criminaliza ambas as condutas e, dessa forma, seriam, à primeira vista, condutas inadmissíveis. Entretanto, é necessário que nos lembremos dos ensinamentos de Roberto Lyra Filho (1985), para quem o direito positivo, embora relevante, não possui “todas as cotas de legitimidade da justiça”. Assim, a ordem posta é sempre provisória e passível de alterações. Dessa forma, a própria interpretação dos valores constitucionais, bem como a sua irradiação ao ordenamento jurídico poderiam propor uma interpretação mais consentânea com a autodeterminação e a dignidade pessoal.

Consequentemente, a Autonomia Decisória poderia propor caminhos no sentido de garantir as decisões do paciente, no que se refere ao último ato da sua vida, ou seja, escolher morrer com dignidade, para além de determinar o melhor momento e a melhor forma de morrer, consoante os valores por ele assumidos ao longo de sua vida (coerentes com a sua identidade). Decisões dessa natureza, são de cunho íntimo, personalíssimo e implicam, certamente, no exercício do direito ao próprio corpo. No controle e no empoderamento que o indivíduo deve ter sobre seu corpo físico e mental.

Para tanto, outro direito é fundamental: o direito à informação, que deve ser prestada pelo médico, em relação ao quadro clínico do paciente, bem como sobre as consequências que poderiam advir das suas decisões pessoais, trazendo os dados necessários para que a morte, ocorrida no momento escolhido e consoante os seus próprios valores pudesse representar o fim do seu sofrimento, mas sobretudo, uma opção pela dignidade.

É importante, também, que se observe que, não apenas a morte antecipada (eutanásia e suicídio assistido) faz parte das possibilidades de escolha do paciente, no exercício da sua Autonomia Decisória. Poderia optar, também, pela distanásia e pela ortotanásia.

Sem ter também a pretensão de esgotar a temática acerca das possibilidades elencadas, no que toca à morte digna (não é o objetivo do nosso trabalho), passaremos a expor algumas características das categorias mencionadas, de modo a promover melhor compreensão.

Compreende-se distanásia, a partir das considerações a respeito da atuação do médico, ou da equipe médica responsável. É identificada quando se constata a opção pela conservação da vida do paciente em estágio terminal a qualquer custo. Também é conhecida como “obstinação terapêutica”, em que se observa tentativa de prolongar a vida do paciente de forma injustificada, para os casos de morte irreversível. Naturalmente, alongar a própria vida, ainda que por meio de procedimentos dolorosos, pode ser opção legítima do paciente, no exercício da sua Autonomia Decisória. Entretanto, quando a conduta adotada pela área médica impõe ao paciente medidas extremas sem o seu consentimento e com o desrespeito, inclusive da sua autodeterminação, passa a não ser conduta razoável e, de forma nenhuma, deve ser aceita (Beauchamp; Childress, 2013).

Temos, também, a possibilidade da ortotanásia como opção para o paciente terminal. Esta seria uma morte ocorrida naturalmente, sem prolongamentos desnecessários e dolorosos, não se tratando, portanto, de

morte antecipada. Pressupõe, entretanto, procedimentos médicos paliativos, administrados para o doente, capazes de diminuir a sua dor e trazer-lhe conforto.

Não obstante ser defensável para o paciente a sua opção pelo suicídio assistido ou pela eutanásia, inclusive como forma de garantia da sua dignidade pessoal, é preciso que consideremos a posição do médico, no que toca o exercício, também, da sua Autonomia Decisória. Não se pode esquecer que o profissional médico pode opor objeção à realização da eutanásia e/ou suicídio assistido (Vieira, 2008). Para esses casos, ainda que não houvesse proibição legal, e repúdio expresso em Código de Ética Médica, como ocorre no Brasil, mesmo assim, o médico poderia arguir escusa de consciência, para não executá-las e nessas situações, não estaria obrigado. Passaria a conduta a outro médico que com ela estivesse de acordo.

Poderíamos concluir, a respeito da morte antecipada, com fundamento no princípio constitucional da Autonomia Decisória, pela necessidade de uma mudança de paradigmas na legislação pátria, bem como na hermenêutica constitucional e irradiação de seus princípios para o ordenamento jurídico. Só assim, poderíamos garantir sua efetivação, especialmente para os casos de sofrimento extremo do paciente terminal. De outra parte, é preciso que se entenda a morte como o último ato a ser tomado em vida e, assim, deve ser necessariamente uma manifestação da Autonomia Decisória da pessoa, para que ela possa vivê-lo consoante os princípios e valores que sempre nortearam a sua vida e constituem a sua identidade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma perspectiva de identificar alguns impasses importantes colocados frente às lutas por emancipação social, do final do século XX, o

presente artigo buscou resgatá-las na sua origem, com o objetivo de construir possíveis caminhos para a superação de seus entraves na atualidade.

Nesse sentido, observamos que para esses movimentos sociais, da era considerada pós-socialista (década de 1990 do século passado), estava claro que a luta por redistribuição de riquezas travada, até então, pelos movimentos operários tradicionais, não seria suficiente para garantir, respectivamente, o reconhecimento das suas diversidades enquanto grupo social. Dessa forma, emergiram com reivindicações distintas e forte poder de conflito, pleiteando o reconhecimento de suas diferenças quanto à etnia, orientação sexual, questões de gênero, o direito de dispor sobre o seu próprio corpo etc.

Contudo, pudemos observar que apesar das postulações serem distintas das tradicionais demandas dos trabalhadores nos conflitos capital/trabalho, as expectativas para a satisfação de suas necessidades ainda estavam voltadas para os mecanismos de intervenção e regulação do Estado Social de Bem-Estar, e nisso havia plena identidade com os movimentos sindicalistas operários do século XX.

Ocorre, entretanto, que a essa época, o Estado Social de Bem-Estar, motivado pelo fenômeno da globalização na economia e pela internacionalização do capital já havia promovido erosão significativa na sua estrutura, promovendo a retração nos seus mecanismos de intervenção e pacificação social, consoante a proposta neoliberal, inclusive flexibilizando e desregulando direitos sociais. Dessa forma, pleitear a emancipação social pela regulação, tornou-se, cada vez mais inviável, tanto para os movimentos operários tradicionais quanto para os movimentos que pleiteavam o reconhecimento da sua diversidade.

A partir de então, algumas tendências foram observadas nas lutas sociais desses novos movimentos: o aprofundamento das reivindicações em prol do reconhecimento; o abandono progressivo das lutas pela redistribuição de riquezas; e o desinteresse na construção de um projeto comum

emancipatório. Essas opções contribuíram, de outra parte para a segregação e o separatismo entre os movimentos sociais, repercutindo, decisivamente, para o esvaziamento de seu poder de conflito, com prejuízo para as lutas emancipatórias e para a sociedade de maneira geral.

Uma vez identificados os desafios enfrentados pelas lutas travadas em prol da inclusão social, nosso trabalho centrou-se no desenvolvimento das bases teóricas relativas à Autonomia Privada Decisória, com base na privacidade decisória, procurando verificar a sua contribuição teórica para os movimentos sociais que postulam o Direito ao próprio corpo. Dessa forma, buscamos caso a caso, uma reflexão sobre os possíveis avanços que a construção da identidade pessoal, com base na Autonomia Privada Decisória, poderia trazer para as lutas em prol da libertação.

Assim, numa tentativa de redesenhar o conceito e o conteúdo da Autonomia Privada de origem liberal, de modo a melhor adequá-la às necessidades contemporâneas de emancipação social, buscamos (re) descrevê-la e caracterizá-la de modo a que pudesse se constituir em um caminho a ser trilhado para a construção da identidade pessoal e não apenas, como havia sido, até então, no ideário liberal, somente uma esfera de não intervenção, para a proteção de identidades frágeis. Nesse sentido, concluímos ainda que, de fato, para a construção da identidade pessoal deveria ser tutelada a possibilidade do empoderamento do próprio corpo (direito ao corpo no aspecto físico e mental) considerando a sua singularidade, e o direito à informação, para que se pudesse fazer escolhas que atendessem as necessidades na construção da identidade pessoal, com autodeterminação plena e sem intervenções, nem do Estado, nem da própria sociedade.

A partir daí, procuramos verificar de que maneira poderia contribuir a Autonomia Privada Decisória para a construção da identidade de grupos sociais que pleiteiam o reconhecimento das suas diferenças, tais como os transgêneros. Para esse grupo social, que apresenta, entre outras, a

característica fundamental de incompatibilidade de gênero em relação ao seu sexo biológico, observamos que a construção da identidade, com base na Autonomia Privada Decisória poderia fundamentar o direito à realização de um tratamento hormonal, pura e simplesmente, a depender das necessidades de cada pessoa transgênero e, em muitos casos, o direito a uma cirurgia de adequação sexual. Constatamos, também, a importância da alteração do nome, no Registro Civil, para a grande maioria de pessoas desse segmento. Todas as possibilidades acima descritas, a depender das necessidades específicas de cada um. Em todas essas situações, a Autonomia Privada Decisória seria essencial para fundamentar direitos, na construção da identidade pessoal.

Posteriormente, verificamos a aplicação da Autonomia Privada Decisória para pacientes terminais, em situações específicas descritas em nosso trabalho, e observamos que poderia justificar inclusive a realização da eutanásia, enquanto última decisão a ser tomada sobre a própria vida e sobre o próprio corpo, de modo que o paciente em sofrimento e sem possibilidade de recuperar a sua saúde, pudesse viver os últimos momentos da sua vida consoante os princípios e valores que sempre nortearam a sua vida e constituíram a sua identidade.

Nesse sentido, também pudemos constatar a contribuição fundamental da Autonomia Privada Decisória para aquelas pessoas, advindas de reprodução humana assistida, que postulam o conhecimento da sua identidade genética, essencial para solucionar problemas genéticos de saúde, ou mesmo que procuram ter acesso à informações relativas a sua filiação biológica, para os casos em que o desconhecimento quanto à própria origem, poderá significar sofrimento e transtorno para a sua saúde mental, inviabilizando a construção de sua identidade de forma saudável.

REFERÊNCIAS

ARENDT, H. **A Origem do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

BENTO, B. **A reinvenção do corpo**: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

BUTLER, J. Críticamente subversiva. *In*: JIMÉNEZ, R. M. M. **Sexualidades transgressoras**: uma antologia de estudos queer. Barcelona: Icaria editorial, 2002. p. 55-81.

COHEN, J. L. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 7, p. 165, jan./abr. 2012.

CONSTANT, B. **Da liberdade dos antigos comparada a dos modernos**. 1819. Disponível em: http://fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso em: 25 out. 2016.

COULANGES, F. **A cidade antiga**. Lisboa: Clássica, 1971.

DIAS, M. B. **União Homoafetiva**: o preconceito e a justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRASER, N. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. *In*: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (orgs.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 167-190.

GOFFMAN, E. **"The nature of deference and demeanor" Interaction ritual**: essays on face-to-face behavior. Nova Iorque: Pantheon, 1971.

HABERMAS, J. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KOVÁCS, M. J. **Educação para a Morte**. Temas e Reflexões São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

LYRA FILHO, R. **O Que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MACHADO, M. H. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2005.

MEIRELES, R. M. V. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MILL, J. S. **Sobre a Liberdade**. São Paulo: Hedra, 2010.

PINTO, M. J. C.; BURNS, M. A. T. **Trans Gêneros**: uma abordagem sociológica da diversidade. Lisboa, 2009.

SANTORO, L. F. **Morte digna**: o direito do paciente terminal. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTOS, B. S. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

VIEIRA, T. R. **Nome e sexo**. Mudança no Registro Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

YOUNG, I. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

O ENFOQUE DAS CAPACIDADES COMO UMA TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS: UMA PROPOSTA A PARTIR DE MARTHA NUSSBAUM¹

THE CAPABILITIES APPROACH AS A GENERAL THEORY OF HUMAN RIGHTS: A PROPOSAL BASED ON MARTHA NUSSBAUM

Robison Tramontina²

1 INTRODUÇÃO

Martha Nussbaum não desenvolveu uma Teoria Geral dos Direitos Humanos. Contudo, é possível afirmar que o Enfoque das Capacidades, por ela proposta, admite a possibilidade de ser entendida como abordagem teórica desse tipo. Algumas passagens de seus textos sugerem isso, por exemplo, quando ela pretende fornecer uma base teórica para os princípios constitucionais centrais, os quais todos os cidadãos têm o direito de exigir dos seus governos, ou ainda, quando apresenta as capacidades como se fossem um conjunto de Direitos Fundamentais ou como uma lista de garantias constitucionais análoga à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-americana (Nussbaum, 2000, 2007).

Sendo assim, uma base teórica que pretende justificar determinados princípios políticos constitucionais, traduz-se como uma teoria da justiça social, mas também abona a alternativa (teórica) de ser entendida como uma teoria filosófica (geral) dos Direitos humanos (Nussbaum, 1997, 2007, 2012). Ademais, pode se acrescentar que Nussbaum tematiza os três aspectos comuns da maioria das teorias dos Direitos Humanos: a) o núcleo originário, fonte das reivindicações

¹ Esta é uma versão revisada e melhorada do texto apresentado no Congresso Internacional sobre Direitos Fundamentais, desenvolvimento e crise do Constitucionalismo multinível, realizado na Universidade de Granada, Granada, Espanha, de 23 a 25 de janeiro de 2019 e publicado na Espanha, na Coletânea "Derechos Fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel", organizada por Peter Häberle, Francisco Balaguer Callejón, Ingo Wolfgang Sarlet, Carlos Luiz Strapazon e Augusto Aguilar Calahorro.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. E-mail: robison.tramontina@unoesc.edu.br.

e das justificações de exigências; b) a gramática da linguagem proposta, natureza, limites e alcance dela; e c) a categoria central que possui vínculo com o núcleo originário e forja-se como vetor principal da dinâmica discursiva apresentada. No projeto de Nussbaum, a dignidade é o núcleo originário, a linguagem e a categoria central, são as Capacidades.

Para compreender e fundamentar a proposta teórica de Nussbaum como uma teoria filosófica (geral) dos Direitos humanos é necessário discutir três argumentos³:

- a) a dignidade como posse de capacidades e categoria política-moral;
- b) o Enfoque das Capacidades é parte do enfoque dos Direitos Humanos e sua linguagem parece ser superior a (simples) da dos direitos; e
- c) as capacidades, se são direitos, são exigíveis.

Contudo, antes de discutir e analisar os argumentos acima, é necessário indicar as principais características do Enfoque das Capacidades defendido por Nussbaum.

2 ENFOQUE DAS CAPACIDADES⁴: CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E A LISTA

2.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS DO ENFOQUE DAS CAPACIDADES

O Enfoque das Capacidades é uma abordagem desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum. Entre eles existem inúmeros pontos de

³ Teses apresentadas por Nussbaum em *Frontiers of Justice* (2007), mas não necessariamente desenvolvidas com o propósito aqui estabelecido.

⁴ Segue-se a opção de tradução feita por Susana de Castro, que faz a apresentação da edição brasileira publicada pela Martins Fontes em 2013.

convergência e alguns pontos de divergência. Alguns serão mencionados. Sen, o pioneiro, desenvolve a perspectiva econômica da teoria, concentrando-se, inicialmente, na mensuração da qualidade de vida (1980) e, recentemente, nas questões de justiça social (2011), enquanto Nussbaum procura estabelecer a base filosófica da concepção (Nussbaum, 2000, 2007).

Genericamente, sem indicar, detalhadamente, as contribuições dos principais expoentes, o Enfoque das Capacidades pode ser entendido como uma proposta teórica que pretende formular critérios para medir a qualidade de vida das pessoas e propor uma teoria da justiça social (Nussbaum, 2007).

A pergunta fundamental e orientadora das diversas linhas investigativas do Enfoque é a seguinte: o que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser? O foco não é o grau de satisfação das pessoas com a vida, tampouco suas rendas ou a quantidade de recursos que elas dispõem ou são capazes de produzir. O importante são as pessoas, sua liberdade, suas oportunidades, suas escolhas, o que fazem ou estão em condições de fazer. Nesse sentido, cada pessoa é concebida como um fim em si mesma. Ao tratar cada pessoa como um fim em si mesma, a escolha e a liberdade são valorizadas. O que fazer e ser é uma escolha pessoal, resultante de um ato de liberdade.

Em *Women and Human Development*, Nussbaum (2000) descreve o Enfoque das Capacidades como uma fundamentação filosófica, preocupada em definir quais são as capacidades centrais. Nessa obra, as capacidades são consideradas fundamentos para princípios políticos, os quais as garantias constitucionais deveriam subscrever. A ideia intuitiva básica dessa proposta tem uma dupla dimensão: a) certas funções são centrais na vida humana, no sentido de que sua presença ou ausência, se entende como marca da presença ou ausência de vida humana; e b) cada pessoa é portadora de um valor em si mesma – cada pessoa como um fim. E para ressaltar o valor de cada pessoa, o princípio “cada pessoa como um fim” se transforma no

princípio da capacidade de cada pessoa. Em outras palavras, as capacidades são procuradas para toda e cada pessoa.

Em *“Frontiers of Justice”* (Nussbaum, 2007), três novas ideias são introduzidas à proposta: a de um mínimo social básico, o qual deve ser respeitado e implementado por todos os governos; a de que as capacidades são fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística; e a de um nível mínimo para cada capacidade.

Em termos gerais, essas são as características principais do Enfoque das Capacidades. Para avançar um pouco mais no desenvolvimento argumentativo proposto, faz-se necessário conceituar “Capacidades”.

2.2 O CONCEITO DE CAPACIDADES

A expressão *capability* ou capacidade, tal como entendida no âmbito do Enfoque das Capacidades, foi empregada pela primeira vez por Amartya Sen quando apresentou na Universidade de Stanford, no Ciclo *Tanner* sobre valores humanos, em 1979, a conferência intitulada “Igualdade de quê?”. Nela, o problema central era o conceito adequado de liberdade para avaliar e valorar o bem-estar das pessoas. Para dar conta dessa questão, Sen forja o conceito “igualdade de capacidade básica”. No argumento desenvolvido naquela ocasião, o bem-estar poderia ser avaliado e valorado do ponto de vista da habilidade de uma pessoa de fazer algo ou alcançar estados valiosos.

Nesse contexto, o autor escolheu o termo “Capacidades” para designar o conjunto de distintas combinações que uma pessoa pode fazer e ser, os distintos funcionamentos que ela pode realizar (Sen, 1980, 1993). Embora gestada no cenário teórico indicado e para tratar da questão mencionada, posteriormente, o próprio Sen aplica a noção para abordar outras temáticas, como, por exemplo: a pobreza; liberdades; níveis de vida; desenvolvimento; ética; e justiça social (Sen, 2010, 2011).

Nussbaum (2000, 2007, 2012) apresenta uma versão, parcialmente, distinta do Enfoque das Capacidades daquela de Sen. A perspectiva dela teve origem no período no qual, a partir de 1986, colaborou com Sen no Wilder (*World Institute for Development Economics Research*). Ambos perceberam, as ideias que Nussbaum estava trabalhando em suas investigações com a filosofia de Aristóteles que guardava semelhança expressiva com os trabalhos de Sen na esfera da economia. Assim, cada um a seu modo, mas com alguns pressupostos comuns de fundo, elaborou sua abordagem das “Capacidades”.

As peculiaridades da versão apresentada por Nussbaum foram destacadas no tópico acima. Contudo, apenas para ficar evidente as diferenças entre as versões, salienta-se mais alguns pontos que as distinguem (Nussbaum, 2000).

A primeira distinção refere-se ao propósito do Enfoque. Sen usa a noção de capacidade como “instrumento” para fazer comparações no campo da qualidade de vida, enquanto Nussbaum quer articular uma descrição de como as capacidades, junto com a ideia de um mínimo básico de capacidades, podem fornecer uma base para princípios constitucionais centrais, que todos os cidadãos têm o direito de exigir de seus governos.

Outra diferença, Nussbaum defende que o Enfoque das Capacidades deve constituir o arcabouço teórico para propor a noção de um mínimo básico de capacidades, não de noção de uma plena igualdade de capacidades. Sen parece não compartilhar do mesmo entendimento, embora não se possa afirmar que ele seja a favor de uma completa igualdade de capacidades.

Como já destacado, Nussbaum ressalta o valor de cada pessoa, o princípio da capacidade de uma; isso significa que as capacidades devem ser procuradas para toda e cada pessoa. Sen não afirma tal princípio, embora sustente a ideia das pessoas como um fim em si mesmas.

Também é importante frisar que um dos fundamentos mais importantes do Enfoque das Capacidades, na versão defendida por Nussbaum, é a ideia marxista-aristotélica do verdadeiro funcionamento humano. Não obstante mencionar a referida concepção, Sen não deixa claro se tais pensadores desempenharam um papel central na configuração de sua teoria.

Outra distinção significativa é a de que as capacidades constituem, junto com os funcionamentos, os conceitos centrais do Enfoque das Capacidades. Sen e Nussbaum concordam acerca disso. Contudo, Nussbaum em suas obras defende e apresenta uma lista universal das capacidades básicas, considerada a base de princípios políticos e Sen nunca apresentou tal lista. Além disso, Sen não diferencia os tipos de capacidades (básicas, internas, combinadas).

Há outras discordâncias, e as mais significativas são: para Sen a meta política apropriada é a capacidade, não o funcionamento; Sen distingue bem-estar de forma geral e a capacidade de escolher e perseguir as próprias metas (agência), também distingue liberdade de realizações. Para Nussbaum, tais distinções não são necessárias. De acordo com ela, o binômio capacidade e funcionamento pode “captar” todas as distinções propostas.

Após a explicitação das distinções entre as principais versões do EC é necessário apresentar a noção de capacidades. Em uma passagem lapidar diz Nussbaum (2012, p. 41):

O que são as capacidades? São as respostas a pergunta: ‘o que é capaz de fazer e ser essa pessoa? Para dizer de outro modo, [...] um conjunto de oportunidades (habitualmente interligadas) para escolher e atuar. [...] a capacidade de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos’. Dito de outro modo, não são simples habilidades interiores, senão também que incluem as liberdades e oportunidades criadas pelas combinações entre as faculdades pessoais e o entorno político, social e econômico. [...] me refiro a estas liberdades substanciais como capacidades combinadas.

Para compreender adequadamente a passagem destacada, é necessário fazer dois esclarecimentos conceituais. O primeiro deles é diferenciar capacidades combinadas, capacidades internas e capacidades básicas. O segundo é distinguir capacidades de funcionamentos.

As **capacidades internas** são os traços da personalidade, as capacidades intelectuais e emocionais, estado de saúde, forma física, o aprendizado interiorizado, habilidades de percepção e movimento. São estados das pessoas que não devem ser confundidos com aparato inato de cada pessoa, mas como traços e atitudes treinadas e desenvolvidas. Já **as capacidades combinadas** se definem como a soma das capacidades internas mais as condições sociais, políticas e econômicas, nas quais se pode escolher o funcionamento daquelas. De acordo com Nussbaum, não é possível imaginar, conceitualmente, uma sociedade que produza capacidades combinadas sem que antes tenha disponibilizado as capacidades internas.

Uma pessoa adquire uma capacidade interna graças a um certo funcionamento e pode perdê-la caso careça da oportunidade de fazê-la funcionar. Como há pouco destacado, as capacidades internas não são o equipamento inato das pessoas. De qualquer forma, a noção de equipamento inato não deixa de ser importante para o “desenvolvimento humano”. A expressão “desenvolvimento humano” sugere o florescimento das faculdades que as pessoas trazem consigo ao mundo. Essas faculdades inatas são chamadas por Nussbaum de **capacidades básicas**.

O outro esclarecimento conceitual importante é distinção entre capacidades e funcionamentos. De acordo com Nussbaum (2012, p. 44), são faces da mesma moeda: “Um funcionamento é a realização ativa de uma ou mais capacidades. Desfrutar de uma boa saúde é um funcionamento, como também o é estar deitado na grama. Os funcionamentos são seres e fazeres que, por sua vez, vem a ser os produtos ou a materializações das capacidades”.

Sendo assim, as capacidades podem, dadas certas condições (subjetivas e objetivas), se transformar em funcionamentos. Sem as capacidades, não há funcionamentos. E considerando que a noção de liberdade de escolha é intrínseca ao conceito de capacidade, os funcionamentos são a concretização de escolhas livres, em outros termos, para ilustrar: uma pessoa que passa fome e outra que está em jejum tem o mesmo funcionamento, no que diz respeito a alimentação, porém, não dispõem da mesma capacidade. Aquele que jejua tem a opção de não jejuar, o outro não tem essa alternativa. A noção de funcionamento é o destino da noção de capacidades, atividades que uma pessoa pode fazer e ser livremente.

Após a apresentação do contexto de descoberta do termo “Capacidades”, da explicitação das diferenças entre as versões de Sen e Nussbaum, e da conceituação dele, mister destacar a lista das Capacidades Humanas Centrais.

2.3 A LISTA DAS CAPACIDADES HUMANAS CENTRAIS

A lista das Capacidades Humanas Centrais tem o propósito de nortear políticas públicas e de fornecer uma base para os princípios constitucionais, os quais os cidadãos podem exigir de seus governantes (Nussbaum, 2007). Ela está associada, diretamente, com a ideia de uma vida com dignidade. Uma vida sem as capacidades ou sem uma capacidade específica, não é uma vida apropriada à dignidade humana.

A primeira versão da lista das Capacidades apareceu em *Sex & Social Justice* (Nussbaum, 1999). Outras versões, não alteradas significativamente apareceram em *Women and Human development: Capability Approach* (Nussbaum, 2000), *Frontiers of Justice* (Nussbaum, 2007) e *Creating Capabilities* (Nussbaum, 2011).

Consoante Nussbaum, a lista é aberta e pode sofrer alterações, à medida que sofre críticas. As capacidades integrantes dela são as seguintes:

- 1) **vida** – ser capaz de viver até o fim da vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja reduzida, que não valha a pena vivê-la;
- 2) **saúde corporal** – ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva, de receber uma alimentação adequada e dispor de um lugar adequado para viver;
- 3) **integridade corporal** – ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro, de estar seguro de ataques violentos, incluindo agressão sexual e violência doméstica, além de dispor de oportunidades para a satisfação sexual e escolha para fins de reprodução;
- 4) **sentimento, imaginação e pensamento** – ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar, e raciocinar – e para fazer essas coisas de forma humana, uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada, além de ser capaz de usar a imaginação e pensamento em conexão com a experiência, produzindo obras expressivas e eventos autênticos. Ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, sendo capaz de ter experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica;
- 5) **emoções** – ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas, ser capaz de amar aqueles que amam e cuidam de nós, sendo capaz de sofrer a sua ausência, para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcado ou aprisionado pelo medo ou ansiedade;

- 6) **razão prática** – ser capaz de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida (isto implica a proteção da liberdade de consciência);
- 7) **afiliação** – ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, sendo capaz de imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e a amizade, além da capacidade de ser tratado como um ser digno de quem o valor é igual a dos outros;
- 8) **outras espécies** – ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas e com o mundo da natureza;
- 9) **diversão** – ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas; e
- 10) **controle sobre o ambiente** – a) política – ser capaz de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação; b) material – ser capaz de manter a propriedade (tanto os imóveis como os móveis), tendo o direito de procurar emprego em uma base de igualdade com os outros.

A lista será apenas apresentada, mas não analisada. O relevante é saber se as Capacidades, se a interpretação próxima estiver correta, são direitos.

Após essa apresentação panorâmica das ideias centrais do Enfoque das Capacidades, passa-se a analisar os argumentos centrais do núcleo duro da teoria (geral) dos Direitos Humanos proposta por Nussbaum.

3 A DIGNIDADE COMO POSSE DAS CAPACIDADES E CATEGORIA POLÍTICA-MORAL

O que torna a vida do ser humano digna? É alguma propriedade intrínseca a ele? E a forma como a vida é vivida? Há várias respostas para essas perguntas. Duas serão exploradas, a kantiana e a nussbauniana.

A ideia de dignidade humana consolida-se e torna-se popular na modernidade. Não há dúvidas quanto ao fato da compreensão kantiana ter sido decisiva para isso. A tese de que cada pessoa é um fim em si mesma e que não pode ser usada pelas outras como simples meio, exprime, adequadamente, o pensamento kantiano. Por serem fim em si mesmas, as pessoas têm dignidade. Mas a dignidade, de acordo com Kant, está associada com a capacidade de agir moralmente, isso na perspectiva kantiana, quer dizer que as pessoas precisam agir de forma racional e livre. Sendo assim, Kant (1995) vincula a dignidade a dois atributos: a racionalidade e a liberdade.

Contrariando a visão kantiana, tal como expressa na versão rawlsiana, para Nussbaum (2007), a dignidade não se baseia em alguma propriedade concreta das pessoas, tais como a posse da razão ou outras habilidades específicas. A dignidade não é um valor independente das capacidades. Segundo ela, a articulação de princípios políticos envolvendo as capacidades é a expressão (parcial) da noção de uma vida com dignidade.

O objetivo deste tópico é avaliar tal noção, expressa no primeiro argumento apresentado alhures. Para isso, inicialmente, faz-se breves considerações sobre a concepção kantiana de dignidade humana para, posteriormente, apresentar e analisar a perspectiva proposta por Nussbaum.

3.1 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE NOÇÃO KANTIANA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Uma das melhores formas de se entender a noção kantiana de dignidade humana é reconstruir, descritivamente, a trajetória argumentativa desenvolvida por Kant na *Fundamentação Metafísica dos Costumes* (FMC). Essa opção metodológica, permite identificar como ele chegou à noção de dignidade humana e o lugar ocupado por ela no interior da sua teoria ética. Todavia, tal tarefa não é possível aqui.

Entretanto, é possível fazer-se uma síntese do argumento destacado na referida obra. De acordo com Wood (2009), a filosofia moral kantiana tem como ideia básica a tese de que os agentes racionais se autogovernam. E isso, está intimamente vinculado à igual dignidade de todos os seres racionais como fins em si mesmos, os quais merecem respeito em todas as situações. Os valores do autogoverno (autonomia) e a dignidade estão combinados no reino dos fins (comunidade moral ideal), no qual todo ser racional é um membro legislador e, no qual, os fins de todos os seres racionais devem convergir harmonicamente como objeto da dedicação de cada um deles.

Para demonstrar que os agentes racionais se autogovernam, Kant precisa demonstrar a capacidade da razão orientar as ações daqueles. Em outros termos, que a razão é capaz de determinar à vontade, sendo assim, legisladora e criadora de uma ordem não natural, a ordem moral.

São conhecidas as dificuldades enfrentadas pelo argumento kantiano para justificar tal tese. São feitas uma série de pressuposições, as quais em alguns casos, comprometem significativamente o que se deveria desenvolver ou demonstrar. Por exemplo, como já assinalado anteriormente, a ideia de autogoverno remete imediatamente à ideia de autonomia, a capacidade do agente racional dar suas próprias leis. Aqui há um aspecto curioso. Um

agente somente pode se dar leis se for racional. Agentes não racionais ou parcialmente racionais, não têm essa capacidade. E caso não sejam racionais, não podem ser autônomos. Assim, a autonomia funda-se na racionalidade e esta, naquela. O ser humano é autônomo porque é racional e é racional em razão de ser autônomo. Em termos lógicos, o argumento não incorre em petição de princípio?

Além disso, é necessário destacar, segundo Kant, o que torna o ser humano um fim em si mesmo é sua racionalidade. Desse modo, de acordo com o argumento kantiano, o caráter nobre da natureza humana, o seu valor absoluto, ou seja, sua dignidade, reside no fato de ser racional. E por ser racional, o ser humano pode criar o mundo moral, o reino dos fins. É nesse que os agentes racionais, cumprindo sua dupla função de membros e legisladores, nunca podem ser usados como meios.

Sem levar em conta as dificuldades, fartamente indicada pela literatura secundária da proposta kantiana, podem se fazer as seguintes observações:

- a) não há uma definição clara e precisa da noção de “dignidade humana”. Além disso, não há um uso frequente da expressão da FMC ou em outras obras;
- b) para Kant, os seres humanos ocupam um lugar privilegiado no “mundo das coisas”. Isso ocorre por duas razões: a) eles têm desejos e fins que possuem valor para os mesmos em função de seus projetos, por exemplo, se alguém quer se tornar um jogador de xadrez, um livro de instruções do referido jogo tem um alto valor, caso contrário, não teria; e b) eles têm um valor intrínseco, ou seja, dignidade, porque eles são seres racionais, agentes livres para

tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar sua conduta pela razão (Rachels, 1999);

- c) a dignidade, valor intrínseco, decorre da capacidade racional do ser humano. Caso não fossem racionais, os seres humanos não seriam livres (autônomos), nem poderiam agir moralmente; e
- d) por terem dignidade, os seres humanos não podem ser tratados “simplesmente como meios, mas como fins em si mesmos”. Isso sugere, em um primeiro momento, a existência de um dever de benevolência em relação às outras pessoas: deve-se promover seu bem-estar, respeitar seus direitos, enfim, esforçar-se para que os demais atinjam seus fins. Também indica que a racionalidade alheia deva ser respeitada. Assim, não se pode manipular ou usar as outras pessoas para se atingir objetivos próprios. A concepção de dignidade humana é metafísica e fundacionista.

Nussbaum (2007), ao tratar da questão da dignidade, não dialoga diretamente com Kant. Sua interlocução é com Rawls, o qual assume, não explicitamente, a concepção de pessoa kantiana e, concomitantemente, a noção de dignidade pressuposta nessa. Em contraposição à visão rawlsiana, ela apresenta uma visão aristotélica-marxista de dignidade.

Por contraposição à Rawls, o Enfoque das Capacidades considera a racionalidade e a animalidade como complementares. Nussbaum (2007) parte da noção aristotélica de ser humano como animal político e da ideia de Marx que os seres humanos necessitam de uma pluralidade de atividades vitais. De acordo com ela, a racionalidade é um aspecto da animalidade, não o único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana. Isso quer dizer, genericamente, “há diferentes tipos de dignidade animal no mundo e todas merecem respeito e um tratamento justo”.

Na visão de Nussbaum (2007), os seres humanos caracterizam-se pela racionalidade (entendida como uma variedade de formas de raciocínio prático), animalidade, sociabilidade, necessidade corporal, necessidade por cuidado, vulnerabilidade. Nesses termos, o valor do ser humano e sua dignidade não estão atreladas a uma concepção forte e metafísica de razão e pessoa. A vulnerabilidade, as necessidades e animalidade humana não tornam as pessoas menos dignas, ao contrário, são elas, junto com a racionalidade e sociabilidade, que as tornam dignas.

Essa concepção de dignidade aristotélica-marxista incorpora elementos e características das pessoas que ultrapassam a racionalidade. Ela está relacionada com os seres e fazeres do cotidiano humano. Sendo assim, a dignidade humana depende e se conecta com as capacidades (Nussbaum, 2007).

Nesses termos, como a dignidade está imbricada com as capacidades e essas dependem, também, das condições externas para o florescimento, pode-se dizer que ela tem natureza político-moral.

Após a exposição e análise do primeiro argumento, passa-se ao segundo, a saber: o Enfoque das Capacidades é parte do enfoque dos Direitos Humanos e sua linguagem parece ser superior a (simples) da dos direitos.

4 O ENFOQUE DAS CAPACIDADES E SUA GRAMÁTICA

O segundo argumento a ser exposto e analisado é o de que o Enfoque das Capacidades é parte do enfoque dos Direitos Humanos e sua linguagem parece ser superior a (simples) da dos direitos.

O Enfoque das Capacidades é um aliado próximo do enfoque dos direitos humanos, pois trata-se de uma espécie desse. A proximidade do primeiro com o segundo assenta-se em quatro pontos: a) a lista das

capacidades inclui muitos dos direitos destacados pelo movimento dos direitos humanos (liberdades políticas, liberdade de associação, de livre escolha do trabalho e direitos sociais e econômicos); b) ambos enfoques oferecem um leque de objetivos para o desenvolvimento, moral e humanamente mais rico daquele proposto pelos utilitaristas; c) as capacidades fornecem uma explicação dos direitos que pode ser usada como base para o pensamento constitucional e para o da Justiça Internacional; e d) a linguagem das capacidades viabiliza uma explicação e complementação da linguagem dos direitos (Nussbaum, 2007).

Dos quatro pontos listados, os dois primeiros (a e b) fundamentam a primeira parte do argumento, ou seja, aquela do enfoque das capacidades como uma parte do enfoque dos direitos humanos. Isso pode ser aceito sem muitas contestações. Contudo, a segunda parte do argumento, a de que a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos é problemática⁵. As dificuldades encontram-se na justificação da suposta superioridade da linguagem das capacidades. Logo, a pergunta é: em que e por que a linguagem das capacidades é superior àquela dos direitos humanos?

O primeiro argumento avançado por Nussbaum (2007) é **a falta de transparência da ideia de direitos humanos**. Segundo a autora, os direitos têm sido compreendidos de maneiras diferentes e o uso da linguagem deles ocultam profundos desacordos filosóficos. Os principais desacordos estão relacionados sobre a base (fundamento) para uma reivindicação de direito(s) e sobre origem política (leis e instituições) ou não dos direitos.

Em contraposição a isso, o Enfoque das Capacidades responderia melhor esses problemas ao deixar explícitas suas motivações e objetivos. No interior dele, a base da reivindicação por um direito é a existência (simples)

⁵ Mesmo que se aceite a afirmação como não categórica. Nussbaum usa o termo “parece”, ser superior.

da pessoa como um ser humano, o seu nascimento em uma comunidade humana. Além disso, assume que os direitos “relevantes” são pré-políticos.

O segundo argumento destacado indica duas **ambiguidades centrais na linguagem dos direitos**. A primeira, relaciona-se com a questão da “liberdade negativa”. Nussbaum faz menção aos pensadores do direito, inseridos na tradição iluminista da liberdade negativa, segundo os quais o Estado não tem tarefa afirmativa. Basta ele não interferir nas relações sociais que os direitos estariam garantidos. Nessa concepção fraca de direitos, não é possível identificar se algumas ações do mercado e atores privados violam ou não os direitos fundamentais dos cidadãos.

No Enfoque das Capacidades, a garantia de um direito é uma tarefa afirmativa do Estado. Em outros termos, a efetivação de um direito depende do estabelecimento das capacidades relevantes para o agir/funcionar. Há a necessidade de se garantir as condições necessárias e suficientes para a consolidação das capacidades. Sendo assim, a proteção dos direitos é vista em termos de capacidades. Tal entendimento permite defender a existência de direitos pré-políticos e a possibilidade de afirmar que somente existe um direito quando existem medidas efetivas para exercitá-lo.

A segunda ambiguidade diz respeito a relação entre os direitos de primeira geração (*first-generation*) e os de segunda geração (*second-generation*). No âmbito da tradição da filosofia política liberal e mesmo na esfera do discurso dos direitos humanos internacionais, há uma tendência de se atribuir uma precedência e independência às liberdades civis e políticas. A realização dos direitos sociais e econômicos, em contraposição a esse entendimento, seria posterior e dependeria daqueles. O enfoque das capacidades sustenta a horizontalidade e a interdependência das gerações (dimensões) de direitos.

O terceiro argumento apresentado salienta que a **linguagem dos direitos está amarrada a distinção tradicional entre a esfera pública**, regulada pelo

Estado, e a **esfera privada**, na qual o Estado não deve intervir. Referida distinção encobre significativas desigualdades, privações e dificuldades presentes no âmbito familiar. Ao abolir a distinção, o Enfoque das Capacidades aborda a desigualdade de gênero, mas também, a questão da infância, de uma forma mais adequada. A família passa a ser uma instituição política submetida aos mesmos princípios políticos como as demais instituições (Nussbaum, 2000).

O último argumento ressalta que **a linguagem dos direitos é pouco categórica**, na esfera discurso público, **na defesa dos direitos**. Segundo Nussbaum (2007), ao “dizer que as pessoas têm o direito a algo é dizer que elas têm um direito urgente a isso”. A linguagem das capacidades opera com essa ideia, as capacidades centrais são direitos urgentes baseados na justiça.

Os quatro argumentos apresentados mostram, na avaliação de Nussbaum, a superioridade da linguagem das capacidades, especificamente, em relação a um determinado tipo de linguagem dos direitos humanos. Com isso, ela não quer refutar a linguagem dos direitos humanos, apenas quer salientar que uma linguagem “liberal” é insuficiente e insatisfatória para ser o discurso e base dos direitos humanos. O Enfoque das Capacidades não é rival do enfoque dos direitos humanos, mas crítico de uma concepção “liberal” dos direitos humanos e de pressuposições categoriais que impossibilitam a melhor leitura dos direitos.

Uma observação crítica a respeito do primeiro argumento deve ser destacada. Ele sugere a ideia que as teorias, ao estipularem melhor seus fundamentos e objetivos políticos, tendem a ser uma base mais consistente para a compreensão e fundamentação de um determinado fenômeno. Os pontos problemáticos do argumento são: a possibilidade de dirimir desacordos teóricos em temas tão controversos; a sugestão de que maior clareza conceitual e linguística é suficiente para justificar a superioridade de uma determinada abordagem; e a suposição de que o Enfoque das

Capacidades é uma proposta capaz de resolver a questão apelando para “a existência da pessoa humana como ser humano”.

Enfim, de qualquer modo, como a preocupação central desse tópico é elencar e estribar o segundo argumento, aqui e agora, não se avançará sobre as críticas possíveis a Nussbaum.

Após a exposição dos dois primeiros argumentos, a dignidade como posse de capacidades e categoria política-moral e o Enfoque das Capacidades é parte do enfoque dos Direitos Humanos e sua linguagem parece ser superior a (simples) da dos direitos, analisa-se o terceiro, as capacidades (se) são direitos, são exigíveis.

5 AS CAPACIDADES SÃO DIREITOS EXIGÍVEIS

As capacidades, segundo Nussbaum (2000, 2007), devem ser consideradas como se fossem um conjunto de direitos fundamentais centrais ou como uma lista das garantias constitucionais, análoga à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-americana. Além disso, elas devem ser implementadas, posteriormente, por via legislativa ou judicial.

São proposições instigantes que deveriam ser atentamente examinadas. Contudo, para fechar o desdobramento argumentativo inicialmente proposto, a análise ficará restrita à ideia de que as capacidades são direitos, no sentido de serem exigíveis.

Há, pelo menos, duas abordagens sobre o significado de “direitos”⁶, a concepção de **direitos como títulos** e a de **direitos como exigências**. A primeira delas sustenta que os direitos são uma relação entre dois termos, uma pessoa (física ou jurídica) e um bem. Nesse caso, os direitos são

⁶ Aqui a expressão “direitos” é usada como sinônimo de direitos subjetivos.

considerados vínculos entre a pessoa e o bem, dos quais podem derivar demandas contra outras pessoas⁷. Para a segunda, os direitos pressupõem três termos, alguém, outras pessoas e uma ação ou algo. Nessa, as relações são consideradas como “exigências” ou “reivindicações” de alguém sobre outrem acerca de algo (Oliveira, 2010).

Na sequência, defende-se que a concepção de direitos **como exigências** descreve, logicamente, melhor o discurso moral e jurídico do e sobre as capacidades como direitos humanos⁸.

Sendo assim, o presente tópico não trata da questão clássica sobre o que é o “direito”, nem do que significa “ter direitos”, ou ainda, que “direitos as pessoas têm ou podem ter?”. Ele tem como foco uma questão anterior, a saber, o que são “os direitos”? Mais precisamente, sobre o significado dos “direitos”⁹.

5.1 DIREITOS COMO TÍTULOS

A concepção de **direitos como títulos** sugere a ideia de que ter um direito é estar na posse de *algo* que é essencial, fundamental. Sendo assim, essa posse é um benefício, uma vantagem (Oliveira, 2010). É importante frisar que o direito não é posse de uma coisa qualquer, mas de *algo* essencialmente benéfico às pessoas. Sendo assim, não haveria razões para não querê-lo ou dele não dispor.

⁷ Os referidos vínculos podem ser morais ou jurídicos. Desse modo, tal como alguns autores de matiz jusnaturalista ou não positivista defendem, os direitos expressam relações morais e jurídicas. Observação relevante: nem todos os autores jusnaturalistas ou não positivistas defendem a tese dos direitos como títulos. Por outro lado, autores positivistas podem defender tal posição ou não.

⁸ O argumento aqui defendido não é original. Ele foi concebido e defendido por Oliveira (2010, p. 164-182). Entretanto, as abordagens propostas e as razões apresentadas diferem.

⁹ Trata-se de uma discussão conceitual.

Uma vez que direitos têm natureza normativa, quando *alguém* está na posse de *algo* tem a prerrogativa de poder exigir que outros façam ou deixem de fazer certas coisas. Como afirma Oliveira (2010), a existência de um direito é a razão ou fundamento para se fazer exigências. A pretensão de fazer exigências decorre da posse do vínculo que *alguém* tem com *algo*.

Um dos autores que pode ser enquadrado na concepção de que direitos são títulos é Joseph Raz (2011). Ele apresenta a seguinte definição de direitos:

Definição: 'X tem um direito' se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem-estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma(s) outra(s) pessoa(s) sujeita(s) a um dever.
Capacidade para possuir direitos: um indivíduo é capaz de direitos se, e somente se, o seu bem-estar for de valor supremo, ou se ele for uma pessoa artificial (como, por exemplo, uma empresa).

Para melhor se compreender a ideia de direitos como títulos é importante se fazer algumas considerações sobre a definição proposta. Elas estão divididas em quatro pontos, a seguir expostos.

5.1.1 Os direitos e a capacidade para ter direitos

“Ter direitos” pressupõe a capacidade de ter direitos. O direito a um direito está condicionado à existência da capacidade para tê-los. A capacidade de ter direitos constitui-se como condição de possibilidade para se ter direitos. Assim, não é qualquer um, qualquer ser, que têm direitos. Evidente, coisas ou bens não têm ou não podem ter direitos.

Para saber quem tem direitos, é necessário esclarecer a capacidade para ter direitos. A capacidade para ter direitos está associada ao valor intrínseco e supremo do bem-estar (interesse) daquele que tem direitos

(AGENTE). Os detentores de direitos precisam ser agentes que têm interesses e integrar a mesma comunidade moral¹⁰.

Em regra, os direitos e os deveres somente podem ser dirigidos a membros da mesma comunidade moral. Agora, é possível que existam deveres para com os não membros da comunidade moral, desde que aqueles (deveres) não estejam baseados no interesse dos beneficiários daqueles deveres. Pode-se destacar o exemplo dado por Raz (2011, p. 165): “[...] os meus deveres para com os animais (não humanos) estão calcados nas considerações do meu próprio caráter (não suporto causar dor) e não nos interesses dos animais, então os animais não têm direitos, a despeito do fato de que eu tenho deveres para com eles”.

Sendo assim, apenas pessoas, físicas ou jurídicas, podem ter direitos.

5.1.2 O bem-estar (interesse) como critério de exigibilidade do direito

A exigibilidade do direito está fundada em algum aspecto do bem-estar (interesse) daquele que tem a capacidade para ter direitos. De acordo com Raz (2011), são os interesses da pessoa que justificam seus direitos e os deveres alheios.

Contudo, é importante registrar que não é qualquer interesse que pode ser fundamento de direitos e gerador de deveres. O interesse precisa ser de valor fundamental, não instrumental. Precisa ter valor intrínseco. Assim, “somente aqueles que cujo bem-estar é de valor último podem ter direitos,

¹⁰ Raz (2011, p. 164) chama esse último critério de tese da reciprocidade. A comunidade moral é entendida por ele como “a comunidade de indivíduos que interage e cujas obrigações recíprocas são idealizadas como tendo origem em um contrato social, como representando um negócio justo processo de negociação, ou como se a moralidade fosse concebida de alguma outra maneira tal como um sistema de vantagem mútua de todos os membros da comunidade”.

então somente os interesses considerados de valor último podem constituir a base dos direitos” (Raz, 2011, p. 166).

5.1.3 Os critérios geradores do dever

Há dois critérios geradores de dever: a capacidade para ter direitos e o valor supremo do seu bem-estar (interesse). Daí se segue que, a capacidade para ter direitos associada com o valor supremo do seu bem-estar (interesse) obriga os outros, gera um dever.

A ideia básica parece ser que nem todo interesse tem valor intrínseco e, portanto, nem todo interesse origina deveres. Aqui tem-se a pressuposição de que os membros de uma comunidade moral teriam condições de reconhecer os interesses de valor supremo ou serem capazes de classificar os interesses por graus.

5.1.4 O direito é o fundamento do dever

O direito é o fundamento de um dever, fundamento que, se não for neutralizado por considerações contraditórias, justifica considerar aquela pessoa como tendo o dever. Contudo, isso não quer dizer que a cada direito corresponda a um dever, ou seja, existe a possibilidade de um direito fundamentar diversos deveres. Além disso, um direito pode gerar, em momentos distintos, deveres diferentes – aspecto dinâmico do direito.

Sendo assim, para Raz (2011), o discurso dos direitos indica um tipo de fundamento para uma exigência de ação. Afirma ele:

Dizer que uma pessoa deveria se comportar de certa maneira é afirmar uma exigência para a ação sem indicar um fundamento. Asseverar que um indivíduo tem um direito é indicar um fundamento para a ação de um determinado tipo, isto é, que

um aspecto do seu bem-estar é um fundamento para um dever sobre outra pessoa (Raz, 2011, p. 167).

A teoria de Raz necessita de uma teoria suplementar que mostre porque certos interesses, servem ou podem servir de razões *prima facie* suficientes para se alegar ou atribuir a outrem, algum dever correspondente.

A concepção de **direitos como títulos** defende a ideia de que os *direitos humanos* seriam bens essenciais, na linguagem de Raz, “aspecto do bem-estar de alguém”, sem eles, não seria possível pensar a existência e a realização humana. Logo, eles precisam ser garantidos e promovidos.

Nesses termos, se um bem for essencial, então todo e qualquer meio necessário para a sua proteção e promoção é igualmente essencial. Inclusive, esse argumento pode ser usado para exigir que direitos morais sejam transformados em direitos legais. Haveria um direito moral a essa transformação (Oliveira, 2010).

5.2 A CONCEPÇÃO DE DIREITO COMO EXIGÊNCIAS

Na concepção de **direitos como exigências** de maneira diversa da concepção de **direitos como títulos**, quando se diz que *alguém* tem um direito, não se está apenas afirmando que ele tem um vínculo com algo e dessa relação se deduz que outros tenham deveres, mas que este alguém exige de outro, algo. O vínculo não é entre *alguém* e *algo*, mas entre *ao menos duas pessoas* (ou entre indivíduo e ao menos uma pessoa) sobre *algo* (Oliveira, 2010).

Essa concepção, originariamente, foi defendida por Hohfeld. Com a constatação de que os juristas americanos e ingleses empregavam a palavra “direito” de modo confuso e difuso, ele empreendeu um estudo analítico sobre os usos possíveis e distintos do termo. Chegou a oito conceitos que julgava serem “fundamentais” por expressarem “relações jurídicas básicas”. Ele os

apresentou em um esquema de “opostos” e “correlativos” (Oliveira, 2010). Esses serão citados, mas não detalhados:

Número	Opostos	Correlativos
1	Direito/não direito	Direito/dever
2	Privilégio/dever	Privilégio/não direito
3	Poder/incapacidade	Poder/suscetibilidade
4	Imunidade/suscetibilidade	Imunidade/incapacidade

Por razões argumentativas, apenas será analisado o primeiro par de correlativos. Para Hohfeld (*apud* Oliveira, 2010), direito em sentido estrito é o correlativo de um dever e necessita ser expresso pelo termo *claim* (*claim-right*). *Claim* é uma expectativa, demanda ou exigência¹¹ contra alguém: se tenho um direito, posso exigir de *alguém*, algo. Nessa perspectiva, o direito não é a posse de algo, mas consiste no direito que tenho de exigir de alguém sobre algo. Esse alguém tem o dever de fazer ou deixar de fazer *algo* em razão das expectativas, das pretensões daquele.

Para ilustrar: X não tem direito à vida, por ser detentor, portador do direito à vida, mas porque ele pode exigir de Y que sua vida seja respeitada. A ideia é de que é possível, no caso em apreciação, falar-se em direitos de reivindicação.

Contudo, essa concepção parece funcionar apenas se for admitido que:

- a) há um vínculo entre as pessoas que não depende de algum ato voluntário (ativo ou passivo). Tem-se que imaginar um tipo de relação para justificar o binômio direito/dever;

¹¹ Aqui também poderia ser usada a expressão “pretensão”.

- b) em regra, são exigências que devem ser entendidas, como vinculantes e podem ser feitas a todas as pessoas – moralmente o argumento é forte, mas não juridicamente o é.

Sendo assim, como entender as capacidades? Qual a concepção que melhor as descreve e permite que elas sejam melhor protegidas.

Há vantagens de entender **as capacidades como exigências** e não apenas **como títulos** (Oliveira, 2010):

- a) exigências pressupõem um portador real do dever correlato, são deveres perfeitos (linguagem kantiana);
- b) o portador do dever e o conteúdo deste pode ser claramente identificado – embora Raz afirme que os direitos são razões suficientes para se atribuir um dever a outrem, o conteúdo do dever atribuído não é necessariamente o mesmo conteúdo do direito alegado; não é claro imediatamente, portanto, nem qual o dever nem quem é o portador do dever que daí possa seguir-se; e
- c) o portador do dever não apenas reconhece *prima facie*, mas está obrigado a fazer ou deixar de fazer, ou realizar vagamente o direito.

6 CONCLUSÃO

Embora não seja um equívoco conceber as capacidades como títulos, faz-se necessário reconhecer a maior razoabilidade de concebê-las como exigências. Entender **as capacidades como exigências** faz com que todas às vezes que alguém (particulares/Estado) não os garanta, não os respeite, não os proteja, tem que alegar boas e sólidas razões, morais e jurídicas.

Entender as Capacidades como **exigências** traz ao Enfoque das Capacidades maior robustez teórica e clareza na indicação de quem tem o dever de efetivar os direitos (capacidades centrais) e estipula padrões argumentativos mais rígidos para derogá-los.

Para finalizar, caso a interpretação dos três argumentos, a saber: a dignidade caracteriza-se pela posse de capacidades e é uma categoria política-moral, o Enfoque das Capacidades é parte do enfoque dos Direitos Humanos e sua linguagem parece ser superior a (simples) da dos direitos e as capacidades, se são direitos, são exigíveis e pode-se dizer que Nussbaum, mesmo não tendo a pretensão de fazê-lo, possui uma Teoria (geral) dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

KANT, I. **Fundamentação metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

NUSSBAUM, M. Capabilities and human rights. **Fordham Law Review**, v. 6, n. 2, p. 273-300, 1997.

NUSSBAUM, M. **Crear Capacidades**: propuesta para el desarrollo humano. Barcelona: Paidós, 2011.

NUSSBAUM, M. **Frontiers of justice**: disability, nationality, species membership. New York: Cambridge University Press, 2007.

NUSSBAUM, M. **Mujeres y el desarrollo humano**. Barcelona: Herder, 2012.

NUSSBAUM, M. **Sex & social justice**. New York: Oxford University Press, 1999.

NUSSBAUM, M. **Women and human development**: the capabilities approach. New York: Cambridge University Press, 2000.

OLIVEIRA, M. A. Rights as entitlements and rights as claims. **Veritas**, Porto Alegre, v. 55, n. 1, p. 164-182, jan./abr. 2010.

RACHELS, J. Kantian theory: the idea of human dignity. *In*: RACHELS, J. **The elements of moral philosophy**. New York: Random House, 1999.

RAZ, J. **A moralidade da liberdade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, A. Capability and Well-Being. *In*: NUSSBAUM, M.; SEN, A. **The quality of life**. New York: Oxford University Press, 1993.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, A. Equality of What? *In*: MCMURRIN, S. **Tanner lectures on human values**. v. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

WOOD, A. A boa vontade. **Studia Kantiana**, Rio de Janeiro, n. 9, 2009.

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À EDUCAÇÃO, LEITURA E LETRAMENTO EM CONTEXTO BRASILEIRO

THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO EDUCATION, READING AND LITERACY IN THE BRAZILINA CONTEXT

Thaís Janaina Wenczenovicz¹

Émelyn Linhares²

Marlei Angela Ribeiro dos Santos³

1 INTRODUÇÃO

O direito à educação está fundamentado em garantias internacionais e nacionais. Pensar a educação como possível construto para o desenvolvimento da cidadania e da democracia requer uma análise além do campo jurídico, em vista da magnitude do tema. Educar está além da garantia jurisdicional. O ato de educar e ensinar envolve questões entre tempo e espaço, formação sócio-histórica, e elementos constitutivos de coletividade, ou seja, faz-se necessário o uso de olhares interdisciplinares para aproximações mais integrais e proposituras de efetivação e eficácia desse direito humano.

Nesse contexto, a sociedade contemporânea alimenta-se da circulação de informação, nomeadamente da informação escrita, a qual distingue os seus membros pelos seus níveis de acesso a esta, bem como pela capacidade de uso dessa mesma informação. Ou seja, é natural que se atribua à formação do leitor às capacidades de compreensão e de produção da escrita, bem como os processos primários de acesso e participação à cidadania.

¹ Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. Bolsista PQg/FAPERGS. *E-mail*: t.wencze@terra.com.br.

² Doutoranda em Direito pela Unoesc. *E-mail*: emy_dr@outlook.com.br. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

³ Doutoranda em Direito pela Unoesc. Bolsista no curso de Doutorado do Programa Prosuc/Capes (2022 – Atual). *E-mail*: marlei.ange.adv@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001.

A leitura, inicialmente, era restrita a uma pequena parcela da população brasileira. Até o século XVIII, tratava-se de uma prática da aristocracia, na medida em que os livros ficavam restritos e alcançavam somente a população alfabetizada. Com a industrialização e a produção dos bens em massa, os livros e os jornais começaram a ser produzidos em grande escala e isso promoveu a sua popularização.

O capítulo divide-se em três partes. A primeira, nomeada “Breves considerações sobre os direitos fundamentais e educação”, dialoga sobre o direito à educação e sua historicidade em relação ao ato da leitura. A segunda intitula-se “Cidadania, Formação do Leitor e o direito de ler à luz do Direito à Educação” e traz elementos reflexivos sobre o processo educativo, a leitura e a construção da cidadania. A última parte, “Letramento e práticas sociais de leitura: um caminho para a efetivação da educação”, aborda a atividade social da leitura e os meios de efetivação. O estudo realizado, nesta reflexão, é o do tipo analítico-interpretativo de investigação bibliográfica, acrescido de dados e estatísticas fornecidos pelo Instituto Pró-Livro, que é uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), sem fins lucrativos, criada e mantida pelas entidades do livro – Abrelivros, CBL e Snel – com a missão de transformar o Brasil em um país de leitores, com recorte e uso do mapeamento denominado Retratos da Leitura no Brasil, que apresenta dados nacionais e por capitais, do Indicador de Alfabetismo Funcional no Brasil (Inaf).

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E EDUCAÇÃO

O direito à educação, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, como um direito fundamental de natureza social, vem detalhado no Título VIII, da Ordem Social, especialmente, dos arts. 205 a 214, dispositivos nos quais se encontra explicitada uma série de aspectos que envolvem a concretização

desse direito, tais como os princípios e objetivos que informam os deveres de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito Federal e municípios), para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação constitucional de receitas. Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação desse direito.

Além da previsão constitucional, há outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, em 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo nº 592, em 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 – 2014/2024); entre outros.

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental e, em virtude disso, é preciso tecer algumas considerações que dizem respeito aos direitos humanos e, também, aos direitos fundamentais, com o objetivo de discorrer acerca de acordos semânticos a respeito das terminologias adotadas. Nesse aspecto, recorre-se à dicção de Sarlet (2007), tomando como base a classificação feita por Vieira de Andrade, para quem há possíveis três perspectivas de abordagem:

[...] perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar. Cumpre

lembrar, todavia, que a tríade referida [...] não esgota o elenco de perspectivas a partir das quais se pode enfrentar a temática dos direitos fundamentais, já que não se pode desconsiderar a importância das perspectivas [...] sociológica, histórica, filosófica [...], ética, política e econômica [...] (Sarlet, 2007, p. 26).

É lógico que tais perspectivas se relacionam de maneira interpenetrante, mas para efeito do objeto deste estudo, opta-se por tratar do direito fundamental à educação com prevalência da perspectiva estatal, com limitação espacial conformada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Portanto, o direito à educação será, aqui, abordado como direito de todos os brasileiros, sob a égide constitucional referida.

Também, a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, há a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: as autoras se posicionam, neste capítulo, em consonância com Sarlet (2007) e boa parte da doutrina, por conseguinte, fazem distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais. Entendem por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, a qual vale para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revela um caráter supranacional. No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano; ainda que representado coletivamente, aplicam-se direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (Sarlet, 2007).

É, nesse sentido também, o entendimento de Luño, para quem:

Los términos 'derechos humanos' y 'derechos fundamentales' son utilizados, muchas veces, como sinónimos. Sin embargo, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así, se ha hecho

hincapié en la propesión doctrinal y normativa a reservar el término 'derechos fundamentales' para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula 'derechos humanos' sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que non han alcanzado un estatuto jurídico-positivo (Luño, 2005a, p. 44).

Canotilho (2000), da mesma forma, propõe uma distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada em sua origem e em seu significado. Assim sendo, direitos do homem seriam direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), e direitos fundamentais, os direitos do homem, jurídico-institucionalmente, garantidos e limitados espaço-temporalmente. Portanto, enquanto os direitos do homem sobressaem da própria natureza humana (sendo, desse modo, invioláveis, intemporais e universais), os direitos fundamentais são os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

O critério de distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos é, nessa ótica, o grau de concreção positiva entre eles, do que se pode inferir que os direitos humanos se mostram, como conceito, mais amplos e imprecisos do que o conceito de direitos fundamentais. Em virtude disto, frequentemente, o termo "direitos humanos" é entendido, ainda de acordo com Luño, como

[...] un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. [destaques no original] (Luño, 2005a, p. 46).

É sob tal perspectiva que se quer apresentar o direito à educação: como direito fundamental e, portanto, positivado na ordem constitucional, gozando, assim, de uma tutela reforçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Convém asseverar que a expressão “direitos fundamentais” surgiu, na França de 1770, no marco do movimento político e cultural que conduziu à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 e, logo, alcançou grande relevo na Alemanha, que, sob a denominação de *Grundrechte*, articulou-se o sistema de relações entre Estado e indivíduo, como fundamento de toda a ordem jurídica e política. É esse seu sentido na *Grundgesetz* de Bonn de 1949 (Luño, 2005b).

Evidentemente, direitos fundamentais e direitos humanos guardam estreita relação, na medida em que os direitos fundamentais são, na verdade, os direitos humanos positivados, garantidos pela Constituição e, portanto, representam um elenco de direitos considerados fundamentais para determinada sociedade. Assim sendo, configuram-se no tal conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências sociais, razão pela qual, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Seguindo esse mesmo raciocínio, Bonavides (2010), ao tratar dos direitos fundamentais, reconhece a sua vinculação à liberdade e à dignidade humana, tidos como valores históricos e filosóficos, afirmando que tal fato conduz ao significado, sem qualquer óbice, da universalidade inerente a esses direitos, enquanto ideal da pessoa humana. Destaca, ademais, que esse sentido de universalidade foi alcançado, pela primeira vez, com a Declaração do Homem e do Cidadão, que ensejou a descoberta do racionalismo francês da Revolução de 1789 (Bonavides, 2010).

Destaca-se, também, que Häberle e o próprio Luño têm proposto um alargamento do conceito de direitos fundamentais, que significaria a síntese

das garantias individuais contidas na tradição dos direitos políticos. Nas palavras de Luño (2005a, p. 25),

En el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines e valores constitucionalmente proclamados.

Insta, na trajetória histórica dos direitos humanos, sua dimensão moral – reforçada pela tradição jusnaturalística, notadamente na Idade Moderna, e o processo de positivação, fruto da necessidade de incorporação ao ordenamento jurídico dos direitos tidos como inerentes ao homem, considerando-se a lógica jurídica dominante no Estado Liberal. A positivação constitucional dos direitos humanos, nesse período, foi resultado da fórmula utilizada para a racionalização e a legitimação do poder pelo Iluminismo, já que a Constituição, sendo uma lei escrita superior às demais normas, competia o dever de garantir os direitos dos cidadãos, concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados.

É possível afirmar, pois, que os direitos humanos e fundamentais são direitos instituídos, cabendo ao Estado implementar as políticas públicas, providenciar e gerir tais ferramentas. Daí, pode-se afirmar, como antes, que o direito à educação, que é direito humano e fundamental, além de exigir proteção estatal, vincula Estado e Sociedade à sua implementação, valendo a assertiva de Alexy (2015), para quem “os direitos fundamentais são direitos com hierarquia constitucional e com força de concretização suprema, ou seja, vinculam aos três poderes (executivo, legislativo e judiciário)”.

3 CIDADANIA, FORMAÇÃO DO LEITOR E O DIREITO DE LER À LUZ DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Com o advento do século XXI, o Brasil figura entre os países de IDH baixo e apresenta índices educacionais abaixo da média de diversos países da América Latina. Conforme o relatório de Desenvolvimento Humano 2021/2022, o IDH do Brasil, em 2021, foi de 0,754 ocupando a 87ª posição no *ranking* entre 191 países. Em 2020, estava na 86ª, com índice de 0,758. Estudos recentes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2020), que é responsável pela aplicação do Programa Internacional de Avaliação de Estudantes (Pisa) indicam que o país está em penúltimo lugar em uma lista de 40 países, ficando na frente somente do México.

Os índices diminuídos, atrelados às deficiências estruturais da escola brasileira, enfatizam a posição de país empobrecido que assombra a realidade e está diretamente ligado ao fato de ser uma nação de poucos leitores. Inúmeros direitos são negados ou minimizados no Brasil e a desassistência ao direito à educação atinge diretamente o acesso à leitura e aos livros.

Segundo estudos realizados pelo Instituto Pró-Livro (2012, p. 70), entre os anos de 2007 e 2011, houve um decréscimo no número de livros lidos por habitante no Brasil. Essa relação numérica é ainda mais baixa em famílias que possuem rendas inferiores a dois salários-mínimos. Os índices entre os não estudantes também são desfavoráveis. A mesma pesquisa indica que a classe D e E são as que menos compram, ganham ou fazem empréstimo de livros em bibliotecas. Em compensação, são as que mais recebem os livros distribuídos pelo governo nas escolas (Instituto Pró-Livro, 2012, p. 87). No entanto, é razoável dizer que só receber livros por meio de políticas públicas não garante que sejam lidos e ampliem o acesso à cultura e ao saber.

Se, em 2011, os leitores representavam 50% da população, em 2015, eles aproximaram-se de 56%. Parece pouco, mas assim, emerge a função do Estado, segmentos educativos e sociais com a causa. O índice de leitura, apesar de ligeira melhora, indica que o brasileiro lê apenas 4,96 livros por ano – desses, 0,94 são indicados pela escola e 2,88 lidos por vontade própria. Do total de livros lidos, 2,43 foram terminados e 2,53 lidos em partes. A média anterior era de quatro livros lidos por ano (Instituto Pró-Livro, 2016).

A leitura não é boa nem ruim em si mesma, trata-se de um direito histórico e cultural e, por essa razão, político, que deve ser estabelecido na situação em que sucede. Do ponto de vista histórico, a leitura tem sido um meio de alcançar o poder e de excluir, socialmente, uma parcela da população, pois, primeiramente, esteve nas mãos da igreja, por meio da retenção dos textos sagrados e da palavra divina; no decorrer, pelos governos pertencentes à aristocracia e, hodiernamente, por vantagens econômicas que dela tentaram tirar proveito.

Nesse sentido, fica evidente que, no entorno da leitura, circundam diferenciadas intenções de modo que sua carência obedece a variadas finalidades e isso se deve, em grande parte, ao fato de os setores excluídos – não somente pela leitura como de outras manifestações culturais e econômicas – não se apropriarem desse ato. O quadro atual da leitura só será modificado quando a população sentir necessidade de ler como um instrumento para seu benefício e tiver despertado o interesse de apropriar-se da leitura. Todavia, isso só pode ser realmente efetivado se os níveis de desenvolvimento melhorarem e estiverem associados a uma ferrenha luta contra a desigualdade, pois somente desse modo, é que se pode conceber uma democratização da cultura letrada, não aumentar apenas os índices de leitura *per capita*, ou seja, acrescentar números de livros adquiridos (Castrillón, 2011).

A título de exemplificação, constata-se que a Bíblia é o livro mais lido, em qualquer nível de escolaridade. O livro religioso aparece em todas as listas: últimos livros lidos, livros mais marcantes. Infelizmente, visualiza-se que 74% da população não comprou nenhum livro nos últimos três meses de 2019. Entre os que compraram livros, em geral, por vontade própria, 16% preferiram o impresso e 1% o *e-book*. Outro elemento relevante a se destacar é o fato de que milhares de brasileiros nunca compraram um livro (Instituto Pró-Livro, 2019).

Indica-se também que, na trajetória de leitura, para 67% da população, não houve uma pessoa que incentivasse a leitura em seu itinerário, mas dos 33% que tiveram alguma influência, a mãe, ou representante do sexo feminino, foi a principal responsável (11%), seguida pelo professor (7%). As mulheres continuam lendo mais: 59% são leitoras. Entre os homens, 52% são leitores. Aumentou o número de leitores na faixa etária entre 18 e 24 anos, de 53%, em 2011, para 67%, em 2015 (Instituto Pró-Livro, 2016).

Em meio às principais motivações para ler um livro, entre os que se consideram leitores, estão: gosto (25%); atualização cultural ou atualização (19%); distração (15%); motivos religiosos (11%); crescimento pessoal (10%); exigência escolar (7%); atualização profissional ou exigência do trabalho (7%); não sabe ou não respondeu (5%); e outros (1%). Adolescentes entre 11 e 13 anos são os que mais leem por gosto (42%), seguidos por crianças de 5 a 10 anos (40%) (Instituto Pró-Livro, 2019).

Em relação aos fatores que mais influenciam na escolha de um livro, constam tema ou assunto (30%), autor (12%), dicas de outras pessoas (11%), título do livro (11%), capa (11%), dicas de professores (7%), críticas/resenhas (5%), publicidade (2%), editora (2%), redes sociais (2%), não sabe/não respondeu (8%), outro (1%). O item “tema ou assunto” influencia mais a escolha dos adultos e daqueles com escolaridade mais alta, atingindo 45% das menções entre os que têm Ensino Superior. Já o público entre 5 e 13

anos escolhe o livro com base na capa. Dicas de professores funcionam melhor que todas as outras opções para crianças entre 5 e 10 anos. E *blogs* respondem por menos de 1%. Lê-se mais em casa (81%), depois na sala de aula (25%), biblioteca (19%), trabalho (15%), transporte (11%), consultório e salão de beleza (8%) e em outros lugares, a exemplo das praças públicas (Instituto Pró-Livro, 2019).

Conforme Giardinelli (2010, p. 45-46), “trabalhar pelo fomento do livro e da literatura é trabalhar pela educação como razão de Estado”. Não é aceitável que diversos coletivos não tenham acesso à educação sem a existência de um Estado que se responsabilize por sua organização e direção, conforme os interesses nacionais. A educação e a leitura são direitos que o Estado deve assegurar a todos os cidadãos. Habitualmente, há um assentimento a respeito do primeiro; mas não há consciência quanto ao direito à leitura.

Cada um dos cidadãos brasileiros possui direitos culturais, como o direito ao saber, ao contato com o imaginário, o de possuir bens materiais que contribuem à construção ou à autodescoberta, para a proximidade com o outro, para o contato com o mundo da fantasia, sem o qual não há pensamento nem capacidade criativa. Cada ser humano tem o direito de ser integrado à sociedade, ao mundo, por meio de textos, imagens, em que escritores e artistas transpõem o mais profundo da experiência humana.

O direito de ler deveria ser percebido como um direito constitucional, que está amparado no fato de que a leitura é condição fundamental para que o ser humano se eduque e possa dar sequência, se essa for a sua vontade, ao seu próprio processo de aprendizagem. Também se baseia no fato de que é por meio da leitura que a circulação do conhecimento está assegurada, que ela é essencial para que se possa construir uma cidadania responsável, participando ativamente da sociedade, com capacidade reflexiva e pensamento autônomo. O ato da leitura garante tudo o que robustece a identidade da pessoa. Todos os direitos constitucionais possuem relação

estreita com a leitura: o direito ao trabalho, à saúde e à previdência social; os direitos das crianças e dos idosos; e todas as profissões, todas as possibilidades de crescimento econômico, social e cultural da população. Tudo está instituído à leitura de forma essencial, basal e definitiva. Desse modo, a leitura torna-se um direito político fundamental (Giardinelli, 2010).

De 1984 para 2006, muitos programas de fomento à leitura foram criados na América Latina, como já citado; o caso da Argentina: o *Plano Nacional de Leitura* (PNL) e a *Campanha Nacional de Leitura* (CNL), do Ministério da Educação, adicionaram-se os da *Comissão Nacional de Bibliotecas Populares* (Conabip), da Secretaria de Cultura da Nação (SCN) e os de algumas províncias, como Buenos Aires ou Córdoba (desde 1993). Todos esses programas já possuem percurso traçado, publicações e resultados positivos. Entretanto, o analfabetismo, as condições de saúde, de moradia e trabalho, o desprestígio à escola pública, entre outros fatores, dificultam que políticas de fomento à leitura sejam colocadas em prática. Embora o trabalho esteja sendo feito, ainda não é suficiente (Giardinelli, 2010).

4 LETRAMENTO E PRÁTICAS SOCIAIS DE LEITURA: UM CAMINHO PARA A EFETIVAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Muito antes da criação da escrita e da leitura, fato já conhecido, o ser humano expressava suas ideias, desejos e necessidades quer em desenhos, quer em sinais gravados nos lugares em que habitava ou por onde passava, com o intuito de se comunicar e, até mesmo, expressar suas conquistas. Foi apenas nos últimos dois séculos que a leitura passou a ser veiculada à escrita, assumindo novas concepções para a constituição do leitor atual.

A leitura, anteriormente vista como uma prática solitária, hoje, constitui-se como um ato coletivo com o desejo de estabelecer relações plurais entre leitores reais e virtuais. Assim, a linguista Eni de Lourdes Puccinelli Orlandi assevera: “O

ato de ler só se dá verdadeiramente entre um leitor virtual, que é constituído no próprio ato da escrita e um leitor real, na medida em que esse leitor imaginário, criado pelo autor, dialoga com esse leitor real, com esse leitor que lê o texto e dele se apropria” (Orlandi, 1998, p. 29).

A partir desse diálogo, emerge a interação entre os leitores, que se mostra também como atividade social, até então, tomada por individual. A leitura, outrora vista apenas como um código a ser decifrado, passa a ser considerada, na contemporaneidade, como uma atividade ao mesmo tempo individual e social. Individual porque nela “se manifestam particularidades do leitor, suas características intelectuais, sua memória, sua história social porque está sujeita às convenções linguísticas, ao contexto social, à política” (Nunes, 1994, p. 14).

Para tanto, a leitura deve ser vista não só como uma atividade cognitiva, mas também social que valorize a presença de outra pessoa com quem, colaborativamente, partilham-se ideias em relação ao texto. Quando são compartilhadas experiências de leitura com outras pessoas, expressa-se o sentido do texto. Assim, ler é utilizar diversos textos para dar sentido ao mundo que se vive, ler é interpretar o texto coletivamente e compreender o outro (Cosson, 2009).

Silva (2002, p. 26) define a criticidade na leitura dizendo que é “[...] pela leitura crítica o sujeito abala o mundo das certezas (principalmente as da classe dominante), elabora e dinamiza conflitos, organiza sínteses, enfim, combate assiduamente qualquer tipo de conformismo, qualquer tipo de escravização às ideias referidas pelos textos”.

No ato de ler prevalece, portanto, a liberdade por parte do leitor em fazer as suas escolhas. Sua prática permite ainda articular os conteúdos culturais; expandir a memória; estimular a produção de textos e determinar processos de pensamento. A leitura concretiza-se no diálogo com o texto, uma vez que,

[...] exige que o leitor competente acione os seus conhecimentos linguísticos, textuais e, também, o seu conhecimento do mundo,

pois só assim, a leitura se concretiza, deixando de ser superficial ou mera decodificação de palavras, para se tornar um ato efetivo de construção de significados (Embaló; Silva; Sant'Anna, 2019, p. 197).

Nesse sentido, o leitor⁴ como peça-chave, tem a possibilidade de, nesse processo de diálogo e interação, manifestar-se com sua própria voz, o que lhe toma a possibilidade de conhecer os seus direitos e, conseqüentemente, lutar por eles, além de manifestar sua compreensão em relação às inúmeras vozes que se apresentam no contexto social. Ao defender a ideia de que todos os direitos constitucionais possuem relação estreita com a leitura, defende-se sua construção efetiva com vistas ao exercício da cidadania.

A leitura, como um processo que se evidencia por meio da interação, envolve níveis de conhecimento do leitor, tais como o conhecimento linguístico, o conhecimento textual e o conhecimento de mundo (Kleiman, 1995), atribuindo sentido ao texto, relacionando-o com o contexto e com as experiências prévias do leitor que, como já expressado, garante tudo o que robustece a nossa identidade, entendida como um conjunto de elementos “dinâmicos e múltiplos da realidade subjetiva e social, uma condição transitória, moldada pelas relações sociais que, na percepção dos participantes, estão sendo construídas nas interações” (Vóvio; De Grande, 2010, p. 55) pela participação dos sujeitos em práticas situadas (Fischer, 2007) e por discursos disponíveis no contexto sócio-histórico.

Para Orlandi (1998, p. 220), “a leitura não é uma questão de tudo ou nada, é uma questão de natureza, de modos de relação, de trabalho, de produção de sentido, em uma palavra: de historicidade”. Assim, o ato de ler implica participar do processo coletivo de construção dos sentidos, ou seja, quando se está lendo, o ato é feito em um lugar e com uma direção histórica determinada (Freire, 2006).

⁴ Para esse tema recomenda-se também Biff e Menti (2018).

Além do mais, essa construção de sentido se dá na medida em que o sujeito se torna *insider* (Fischer, 2007) ao ser protagonista da sua aprendizagem no ambiente em que está inserido e vivenciar a experiência social. Implica, então, um “caráter social, situado e histórico por caracterizar a condição letrada de um sujeito, em um situado espaço da sociedade e em um particular momento histórico de sua trajetória pessoal e social” (Fischer, 2010, p. 162).

Nesse viés, os estudos dos letramentos relacionados à leitura, à escrita, emergem como práticas sociais que permeiam a comunicação da sociedade. Assim, Street (1984) defende letramentos, no plural e não um único letramento, “tanto no sentido de diversas linguagens e escritas, quanto no sentido de múltiplos níveis de habilidades, conhecimentos e crenças, no campo de cada língua e/ou escrita” (Street, 1984, p. 47). Para Rojo (2004), ser letrado é:

[...] escapar da literalidade dos textos e interpretá-los, colocando-os em relação com outros textos e discursos, de maneira situada na realidade social; é discutir com os textos, replicando e avaliando posições e ideologias que constituem seus sentidos; é, enfim, trazer o texto para a vida e colocá-lo em relação com ela. Mais que isso, as práticas de leitura na vida são muito variadas e dependentes de contexto, cada um deles exigindo certas capacidades leitoras e não outras (Rojo, 2004, p. 1).

Assume-se, aqui, que a aquisição do letramento envolve mais do que habilidades meramente técnicas. Práticas de letramento indicam usos e significados culturais da leitura e da escrita em um dado evento (Street, 1984), relativos às concepções dos processos de leitura e escrita dos sujeitos.

A prática leitora como prática de letramento precisa, sob esse viés, ser considerada a partir do contexto social e da interação do leitor com o texto e com o autor, extrapolando o universo linguístico do texto. A leitura, na verdade, é um dos meios pelos quais acontece a interação entre os seres humanos, além de promover a reflexão sobre diferentes assuntos, favorece,

desse modo, a formação de um leitor crítico como um sujeito (Bakhtin, 2003) envolvido nesse processo de interação.

A leitura possui, então, múltiplos valores em nossa cultura e, ao colaborar com a constituição do cidadão, conseqüentemente, contribuirá para a construção da cidadania, já que é por meio de práticas sociais de leitura e escrita que o indivíduo terá a possibilidade de construir novas relações com as informações presentes no mundo globalizado de uma forma dinâmica, social e crítica.

Discorrer sobre leitura é discorrer sobre cidadania e interligá-la à ideia de construção da consciência crítica, política e social do indivíduo, além de compreendê-la como “condição de cidadão que é o indivíduo no pleno gozo de seus direitos políticos e civis” (Ximenes, 2000, p. 170).

Em uma sociedade letrada, as informações circulam por inúmeros veículos de comunicação, portanto, estão intimamente ligadas à leitura. Por isso, seu uso social é algo contextualizado que acontece em diferentes espaços. Ao se ler qualquer texto, colocam-se em ação valores (Kleiman, 1995), crenças e atitudes que refletem nossas raízes socioculturais e, conseqüentemente, a formação da nossa cidadania.

Ademais, para a efetiva inserção em práticas sociais de leitura, que é um direito instituído, faz-se urgente que o cidadão dê conta de ler o mundo ao seu redor, de tal forma que possa ser modificado e que modifique o mundo, por meio de uma prática consciente, caso contrário, correrá o risco de não conseguir se libertar das ideologias presentes na sociedade, que tendem a aprisionar os leitores decodificadores (Seligman, 2008). Em outras palavras, pode-se afirmar, que sem a leitura crítica do mundo, o sujeito não será autônomo e, portanto, sem o exercício livre de sua cidadania.

Sendo assim, a leitura possibilita a formação do cidadão e, conseqüentemente, a construção da cidadania e o caminho para a democracia,

já que, por meio da leitura, o indivíduo terá a possibilidade de construir novas relações com as informações presentes no espaço global, de uma forma dinâmica, crítica e autônoma.

Insta destacar que o processo de leitura e letramento incide no ato de alfabetização, alfabetismo e escolaridade no Brasil. Índices obtidos junto ao Indicador de Alfabetismo Funcional (Inaf, 2020), em um período de 17 anos, mostram uma significativa redução do número de analfabetos plenos na população brasileira, em um percentual decrescente, de 12%, em 2001-2002, para 4%, em 2015. Porém, a proporção de alfabetizados em nível proficiente permaneceu estagnada por quase uma década, em torno de 12%. Ou seja, estão nesse patamar apenas cerca de 17,4 milhões dos 144,7 milhões de brasileiros entre 15 e 64 anos.

Quadro 1 – Níveis de alfabetismo (2001-2018)

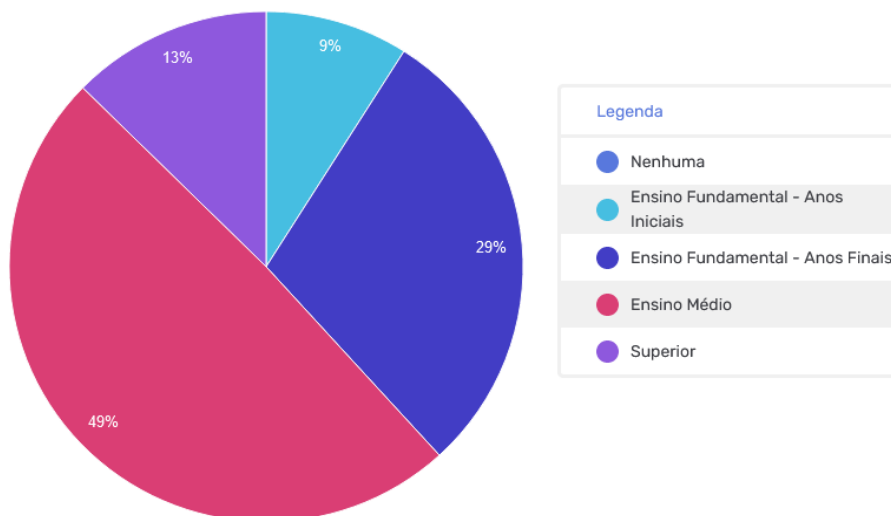
Níveis	2001-2002	2002-2003	2003-2004	2004-2005	2007	2009	2011	2015	2018
Analfabeto	12%	13%	12%	11%	9%	7%	6%	4%	8%
Rudimentar	27%	26%	26%	26%	25%	20%	21%	23%	22%
Elementar	28%	29%	30%	31%	32%	35%	37%	42%	34%
Intermediário	20%	21%	21%	21%	21%	27%	25%	23%	25%
Proficiente	12%	12%	12%	12%	13%	11%	11%	8%	12%
Base	2.000	2.000	2.001	2.002	2.002	2.002	2.002	2.002	2.002

Fonte: Inaf (2020).

A escolaridade é o principal indutor da elevação do nível de alfabetismo, mas há um grande número de pessoas que não atingem o alfabetismo consolidado, mesmo tendo maior escolaridade, pois sete, em cada 10 estudantes que cursaram os anos iniciais do Ensino Fundamental, permanecem na condição de analfabetismo funcional e 21% chegam apenas ao nível elementar. Dessa forma, torna-se necessário informar que 9% dos brasileiros e das brasileiras entre 15 e 64 anos que concluíram os quatro

primeiros anos do Ensino Fundamental têm alfabetismo consolidado, apesar da pouca escolaridade (Inaf, 2018).

Gráfico 1 – Nível elementar de alfabetismo por escolaridade



Fonte: Inaf (2020).

Entre as pessoas classificadas pela escala Inaf no nível elementar⁵, quase a metade (49%) chegou ao Ensino Médio ou concluiu essa etapa e 13% cursam ou cursaram a Educação Superior. Alfabetizados em nível elementar subiram de 28% da população, no início dos anos 2000, para 42%, em 2015. Já em 2018, esse índice caiu para 34%. De qualquer maneira, trata-se de significativo percentual. O represamento da população nesse nível não é positivo, haja vista que o potencial de desenvolvimento levaria os indivíduos aos níveis mais elevados de alfabetismo funcional (Inaf, 2020).

⁵ Classifica-se alfabetizado em nível elementar o indivíduo capaz de selecionar, em textos de extensão média, uma ou mais unidades de informação, observando certas condições e realizando pequenas inferências. O indivíduo também resolve problemas que envolvem operações básicas com números da ordem do milhar, que exigem certo grau de planejamento e controle. O alfabetizado funcional em nível elementar tem condição de comparar e relacionar informações numéricas ou textuais expressas em gráficos ou tabelas simples, envolvendo situações de contexto cotidiano doméstico ou social. Reconhece, ainda, o significado de uma representação gráfica de direção e/ou sentido de uma grandeza.

5 CONCLUSÃO

Educação e direitos humanos são indissociáveis. É a formação educacional que torna um indivíduo um ser emancipatório e emancipado com vistas à cidadania. A educação é um direito fundamental social constante na Constituição brasileira e figura dentre os avanços da Carta de 1988.

A Constituição de 1988 elegeu fundamentos que devem ser uma tarefa constante do Estado e da sociedade. Historicamente, apesar de ser um direito fundamental legítimo e estar previsto em vários documentos legais, a educação e por extensão, a formação do leitor e a leitura têm sido negligenciados nos espaços escolares e educacionais, nos mais variados níveis de ensino formal e não formal.

Nesse contexto, a desassistência do Estado e, por vezes, a negligência, fazem com que o letramento e a leitura se tornem essenciais na formação dos cidadãos, já que desenvolvem a criatividade, ampliam o processo de aquisição do conhecimento, além de colaborarem na construção da cidadania, com vistas à emancipação do indivíduo. Mesmo com índices não tão favoráveis na cartografia de leitores, letramentos e na formação de leitores no Brasil, a relação entre cidadania, democracia e educação deve ser pesquisada nos mais diversos campos do conhecimento e na Ciência Jurídica, inclusive.

Abandono escolar, alfabetismo, analfabetismo, evasão escolar, dentre outros movimentos que persistem na trajetória histórica da educação brasileira também incidem na reflexão acerca da efetivação e eficacalidade do direito fundamental social à educação no Brasil. Dessa forma, além de assegurar o direito fundamental social à educação, deve-se perquirir o percurso do acesso, da permanência e qualidade no ensino e educação, no país.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. *In*: ALEXY, R.; BAEZ, N. L. X.; NERY DA SILVA, R. L. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 165-178.
- BAKHTIN. M. **Os gêneros do discurso**. Estética da criação verbal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BIFF, V. L.; MENTI, M. M. O direito à leitura no Brasil. **Revista Cocar**, [S. l.], v. 12, n. 24, p. 446-471, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uepa.br/index.php/cocar/article/view/1955>. Acesso em: 10 ago. 2023.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. [Constituição da República Federativa do Brasil de 1988]. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 jul. 2023.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Lisboa: Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CASTRILLÓN, S. **O direito de ler e escrever**. São Paulo: Pulo do Gato, 2011.
- COSSON, R. **Letramento literário: teoria e prática**. São Paulo: Contexto, 2009.
- EMBALÓ, M. M.; SILVA, V. C.; SANT'ANNA, S. M. L. **Ensino de língua portuguesa o processo de letramento na Guiné Bissau RECC**, Canoas, v. 24, n. 2, p. 193-208, jul. 2019.
- FISCHER, A. **A construção de letramentos na esfera acadêmica**. Tese (Doutorado em Linguística) – Programa de Pós-Graduação em Linguística, Centro de Comunicação e Expressão, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2007.

FISCHER, A. **Literacias em contexto acadêmico**: construções e sentidos. Universidade de Évora, 2010. Disponível em: <http://www.simelp2009.uevora.pt/pdf/slg14/17.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

FREIRE, P. **A importância do ato de ler**. 47. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

GIARDINELLI, M. **Voltar a ler**: propostas para ser uma nação de leitores. São Paulo: Ed. Nacional, 2010.

INAF. Indicador de Alfabetismo Funcional. **Alfabetismo no Brasil**. 2020. Disponível em: <https://alfabetismofuncional.org.br/nivel-elementar/>. Acesos em: 10 ago. 2023.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Retratos da Leitura no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2012.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Retratos da Leitura no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2019.

INSTITUTO PRÓ-LIVRO. **Retratos da Leitura no Brasil**. 4. ed. São Paulo: Instituto Pró-Livro, 2016.

KLEIMAN, A. (org.). **Os significados do letramento**: uma nova perspectiva sobre a prática social da escrita. Campinas: Mercado de Letras, 1995.

LUNO, A. E. P. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 2005a.

LUÑO, A. E. P. **Nuevas tecnologías, sociedad y Derecho**: el impacto socio-jurídico de las N.T. de la información. Madrid: Fundesco, 2005b.

NUNES, José Horta. **Formação do leitor brasileiro**: imaginário da leitura no Brasil colonial. São Paulo: Unicamp, 1994.

OCDE. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Educação e alfabetismo**. Brasília, DF: Imprensa Oficial, 2020.

ORLANDI, E. P. Identidade linguística escolar. *In*: SIGNORINI, I. **Linguagem e identidade**: elementos para uma discussão no campo aplicado. Campinas, SP: Mercado, 1998.

PISA. Programa Internacional de Avaliação de Estudantes. **Resultados**. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/avaliacao-e-exames-educacionais/pisa/resultados>. Acesso em: 21 jul. 2023.

ROJO, R. **Letramento e capacidades de leitura para a cidadania**. Texto apresentado em Congresso realizado em maio de 2004. São Paulo: SEE; CENP, 2004.

SARLET, Ingo W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SELIGMAN, L. **A escola e a formação do leitor crítico da mídia**: políticas públicas no Brasil e em Santa Catarina. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008.

SILVA, E. T. **Criticidade e leitura: ensaios**. Campinas, SP: Mercado de Letras; Associação de Leitura do Brasil (ALB), 2002.

STREET, B. V. **Literacy in theory and practice**. London. Cambridge University Press, 1984.

VÓVIO, C. L.; DE GRANDE, P. B. O que dizem os educadores sobre si: construções identitárias e formação docente. *In*: VÓVIO, C. L.; SITO, L.; DE GRANDE, P. B. (orgs.). **Letramentos**: rupturas, deslocamentos e repercussões de pesquisas em L.A. Campinas: Mercado de Letras, 2010. p. 51-70.

XIMENES, S. **Minidicionário da língua portuguesa**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ediouro, 2000.

O INGRESSO MÍNIMO VITAL NA ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL DA ESPANHA APÓS A PANDEMIA DE COVID-19¹

THE MINIMUM VITAL INCOME IN SPAIN'S SOCIAL PROTECTION STRUCTURE AFTER THE COVID-19 PANDEMIC

Thiago Santos Rocha²

1 INTRODUÇÃO

A fragilidade da estrutura de proteção social espanhola não é algo novo, mas é especialmente sentida quando as instituições do Estado Social são testadas em seus limites, como na crise financeira iniciada em 2008, com duros efeitos até 2012, e quando voltou a ser sob os impactos da pandemia de Covid-19. Parecendo ignorar a presença estrutural do desemprego, escancarada pelo fato de que em 27 dos últimos 40 anos anteriores à pandemia, o país convivia com uma taxa de desocupação superior a 15% (INE, 2018b), assim como o fenômeno, cada vez mais, recorrente dos trabalhadores pobres e em situações precárias, a Espanha mantinha, e mantém, o trabalho, em especial seu exercício subordinado a terceiro, como principal eixo de sua estrutura de inserção e proteção social.

Alie-se a isto o fato de que a chamada IV Revolução Industrial, com a substituição progressiva do emprego de pessoas pelo uso de máquinas nas tarefas de trabalho, indica uma grande diminuição dos empregos remunerados nas próximas décadas. Estima-se que, na Espanha, até 36% dos postos de trabalho hoje existentes estão em risco de automatização nas próximas duas décadas (Doménech *et al.*, 2018).

¹ Este texto é uma versão revista e atualizada do artigo originalmente publicado em **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 3, p. 994-1019. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v6i3.573>.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3042-7059>. E-mail: thiago.rocha@unoesc.edu.br.

Consequentemente, as pessoas que não dispunham de riquezas acumuladas e, por diversos motivos, não alcançavam remuneração suficiente por meio do emprego ou das prestações da Seguridade Social, até então majoritariamente derivadas de um modelo contributivo, viam-se obrigadas a buscar sua última rede de salvação em uma heterogênea estrutura de assistência social. O reflexo disso é que, mesmo após a atuação de toda a estrutura de proteção social, a Espanha apresentava indicadores de uma pobreza encrustada como em seu tecido social.

O trabalho, elemento já instável na estrutura social, recebeu um forte golpe conjuntural causado pela pandemia de Covid-19. Os enormes furos da rede de proteção social tornaram-se ainda mais visíveis, sendo ela incapaz de impedir que um significativo número de indivíduos, em virtude da insegurança de seus rendimentos, entrasse na situação de risco de pobreza.

Frente a isso, a pauta do debate público foi tomada por diversos temas relacionados a políticas de garantia de rendas, como a Renda Mínima direcionada às pessoas mais economicamente vulneráveis, e a Renda Básica Universal (RBU). Após oscilar acerca de uma possível implementação de uma ajuda de caráter emergencial e temporário, o Governo da Espanha optou por acelerar o desenho e a implementação do Ingresso Mínimo Vital (IMV), uma política estatal permanente para assegurar uma renda mínima às famílias mais pobres, tal qual prevista no acordo de coalizão firmado em dezembro de 2019 entre o Partido Socialista Espanhol (PSOE) e Unidas Podemos, os dois principais partidos que viriam a formar o Governo em janeiro de 2020 (PSOE; Unidas Podemos, 2019).

O presente estudo se dedica à análise dos principais aspectos jurídicos do Real Decreto-lei nº 20, de 1º de junho de 2020, que estabelece o IMV como medida que integra o sistema estatal de Seguridade Social. Os pontos abordados terão como paradigma os preceitos constitucionais pertinentes, inclusive os direitos fundamentais e os princípios reitores da política social e

econômica. Por fim, serão apresentados alguns elementos da proposta teórica da Renda Básica Universal (RBU), como principal ferramenta de uma estrutura de inserção e proteção social, fundada na concepção constitucionalmente adequada de liberdade real da pessoa, como alternativa à vigente, construída em torno do trabalho.

2 DADOS DA POBREZA EM ESPANHA

Conforme números de 2018, a Espanha possuía 46,7 milhões de habitantes, dos quais 21,5% se encontram em situação de risco de pobreza (INE, 2019). Uma análise mais descuidada pode levar a crer que tal risco ronda apenas aqueles que, por diversas contingências, não conseguem se inserir no mercado laboral. Entretanto, um olhar mais atento expõe as mazelas de relações laborais inseguras e mal remuneradas, típicas daquilo que Guy Standing (2014) alcunhou como precariado. Ainda conforme dados de 2018, 11,3% das pessoas que trabalhavam na Espanha estavam em situação de risco de pobreza, sendo que 13,5% dos trabalhadores estavam em situação de exclusão social (Fundación Foessa, 2019).

Já aqui se faz necessária uma observação para permitir a melhor compreensão dos dados. Assim como os demais países da União Europeia (UE), o Instituto Nacional de Estatísticas da Espanha (INE) adota um critério relativo de mensuração da desigualdade de renda na população, definindo como em risco de pobreza aquelas pessoas que vivam em lares que, mesmo após a transferência de benefícios, contem com menos de 60% da mediana nacional de renda disponível. Conforme o próprio Escritório de Estatísticas da UE (Eurostat) destaca, não se trata de um critério de medição de riqueza ou de pobreza (Eurostat, 2018b). Assim, mesmo os critérios complementares utilizados por outras instituições, partindo do critério da UE, ao final são critérios relativos, ainda que utilizem a denominação de linha de pobreza

severa, como é o caso da Fundação Foessa, que classifica de pobreza moderada, o critério utilizado pelo Eurostat e considera como em situação de pobreza severa aqueles que vivam em lares com renda disponível inferior a 30% da mediana nacional (Fundación Foessa, 2019).

É importante que se tenha claro que o critério do Eurostat parte de uma lógica diferente da utilizada por aqueles países que, como o Brasil, adotam a metodologia desenhada pelo Banco Mundial, que estabelece três faixas absolutas de mensuração de pobreza, quais sejam, US\$ 2,15 (países de baixa renda), US\$ 3,65 (países de renda média baixa) e US\$ 6,85 (países de renda média alta) por dia, ajustados pela paridade do poder de compra (The World Bank, 2022).

Como referência para as considerações deste trabalho, frise-se que a linha de risco de pobreza na Espanha, para o ano de 2018, calculado com base nos rendimentos de 2017, era de 8.871 € anuais, o que equivale a aproximadamente 740 € mensais (INE, 2018a). Além da pobreza e do desemprego estruturais, outro fator destacado na sociedade espanhola é a desigualdade. Conforme dados de 2018, o Índice de Gini no país era de 33,4, quase três pontos acima da média da União Europeia (Eurostat, 2018a).

Ainda em 2019, antes da pandemia, estudos já indicavam que as características do modelo de transição social adotado pela Espanha nos últimos anos, por meio de uma recuperação econômica marcadamente excludente, caracterizavam não apenas um cenário pós-crise, mas também, a prévia de uma nova crise social (Fundación Foessa, 2019).

É nesse contexto que a Covid-19 entra em cena. Desemprego e risco de pobreza estruturais, mesmo após a aplicação das ferramentas vigentes de seguridade e assistência sociais, em um Estado regido pela Constituição Espanhola de 1978 (CE/78), que traz em seu art. 1º o Estado Social como um de seus princípios estruturantes, o qual impõe a superação da dicotomia sociedade e Estado, por meio da atuação deste em relações tradicionalmente

tidas como do âmbito daquela e em prestações em favor de indivíduos desfavorecidos (Presno Linera, 2006). O detalhamento dessa fórmula constitucional encontra-se no art. 9.2, segundo o qual:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social³.

Já em 14 de março de 2020, por meio do Real Decreto nº 463/2020, a Espanha declara estado de alarme para a gestão da situação de crise sanitária ocasionada pela Covid-19. Tal situação sofreu seis prorrogações, de modo que referido estado estendeu-se até 21 de junho de 2020. Foram adotadas medidas bastante rígidas de isolamento social até 4 de maio, quando se iniciou um plano gradual de medidas de transição àquilo que o próprio Governo denominou de nova normalidade, a qual se pretende alcançar ao final de junho (Gobierno de España, 2020a).

A adoção das rígidas medidas necessárias à contenção da pandemia acarretou inevitáveis impactos na estrutura de produção, circulação e distribuição de riquezas. Empresas reduziram, suspenderam ou mesmo interromperam suas atividades, ocorrendo o mesmo sobre os rendimentos dos empregados. A circulação de pessoas e recursos, reduzidos ao necessário para os serviços essenciais, inviabilizou grande parte das atividades de trabalhadores autônomos e informais. Ainda que, segundo dados oficiais, o mês de maio de 2020 tenha registrado uma leve recuperação do número de afiliados à seguridade social, indicador este utilizado para mensurar a taxa de desemprego, entre 12 de março e o final de referido mês foi computado um saldo de mais de 760 mil empregos destruídos (MTMSS, 2020). Para que se tenha melhor percepção das consequências

³ Todas as referências a textos normativos e jurisprudenciais utilizados neste trabalho observam tradução livre do idioma espanhol, sem grifos no original.

da pandemia sobre o já precário mundo laboral, importante mencionar que, entre as medidas extraordinárias para enfrentar o impacto econômico e social da Covid-19, figura a possibilidade de realização de Expedientes de Regulação Temporal de Emprego (ERTEs), ou seja, a suspensão temporária de contratos de trabalho e a redução temporária da jornada de trabalho, nos termos do Capítulo III do Real Decreto-Lei nº 8/2020, de 17 de março. Assim, ao lado de todos aqueles que perderam emprego no período de crise, somem-se quase três milhões de trabalhadores, cuja relação empregatícia, ao final de maio, encontrava-se suspensa parcial ou totalmente por ERTes (MTMSS, 2020).

3 A (IN)SEGURANÇA DE RENDA NA ESTRUTURA DE PROTEÇÃO SOCIAL ANTERIOR À PANDEMIA

Àqueles que não possuam alguma riqueza acumulada e precisem vender a sua mão de obra a terceiros, o art. 35 da CE/78 prevê o direito à remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades pessoais e familiares. Na verdade, o referido dispositivo vai um pouco além, afirmando haver, não apenas um direito ao trabalho, mas também, o dever de trabalhar. Embora a CE/78 não crie um verdadeiro dever de trabalhar, haja vista a total falta de transcendência prática de tal previsão, e tampouco um direito subjetivo a um posto de trabalho, como se verá mais adiante, ela destaca o papel do emprego na estrutura de inserção e proteção social a ser desenvolvida pelo Poder Legislativo. Nesse sentido, o art. 40.1, ao tratar de redistribuição de renda e pleno emprego, dispõe que:

Os poderes públicos promoverão as condições favoráveis para o progresso social e econômico e para uma distribuição da renda regional e pessoal mais equitativa, no marco de uma política de estabilidade econômica. *De maneira especial realizarão uma política orientada ao pleno emprego.*

Entretanto, como já exposto na introdução, há muito o desemprego é algo estrutural na sociedade espanhola, de modo que o trabalho não logra a inserção social de parte significativa da população. Considerando esse elemento, a CE/78 trata de prever as bases de uma rede de proteção social para aqueles que, por motivos temporários ou permanentes, encontrem-se fora do mundo do trabalho remunerado. O art. 41 endereça a preocupação com a proteção social, ao dispor que:

Os poderes públicos manterão um regime público de Seguridade Social para todos os cidadãos, que garanta a assistência e prestações sociais suficientes ante situações de necessidade, *especialmente em caso de desemprego*. A assistência e prestações complementares serão livres.

Note-se que, embora a Seguridade Social seja destinada a todos os cidadãos, a especial preocupação com as situações de desemprego reitera o carácter do trabalho remunerado como eixo central de inserção social, o que vai inspirar uma legislação infraconstitucional com prestações contributivas, em regra, vinculadas aos aportes do trabalhador ao longo do exercício profissional, e não contributivas, estas sim, destinadas a todos os indivíduos independentemente de sua relação com o mundo laboral.

Uma análise meramente literal e topográfica pode levar a crer que os citados arts. 40 e 41 tratam de direitos fundamentais, por fazerem parte do Capítulo Terceiro (arts. 39 a 52), dedicado aos “Princípios reitores da política social e econômica”, do Título I, denominado “Dos direitos e deveres fundamentais”. Entretanto, a concepção constitucionalmente adequada do tema sequer permite afirmar que há um direito constitucional à redistribuição de renda, ao pleno emprego, à assistência social ou mesmo à seguridade social, salvo o caso dos reclusos do sistema prisional, aos quais é assegurado o direito fundamental ao trabalho remunerado e aos benefícios correspondentes da Seguridade Social (art. 25.2).

Isso porque o art. 53.3, ao se referir ao Capítulo Terceiro do Título I, é claro ao estabelecer que, embora o reconhecimento, respeito e proteção dos princípios previstos em tal capítulo devam informar a legislação positiva, a atividade judicial e a atuação dos poderes públicos, eles somente poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária, ou seja, somente serão verdadeiros direitos, com seus elementos definidos, de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam ao escolher a opção política mais adequada para dar concreção ao que fora constitucionalmente previsto. Conforme afirma Bastida Freijedo (2007), seria um contrassenso se a CE/78 proclamasse como direito fundamental um dos princípios previstos no Capítulo Terceiro e, ao mesmo tempo, deixasse a definição de seu objeto, conteúdo e limites à disponibilidade do legislador.

Em outros termos, embora as previsões constitucionais sobre os direitos sociais contidas no Capítulo Terceiro sejam vinculantes aos poderes públicos, pois determinam os fins a serem perseguidos, não geram direitos subjetivos, pois deixam à legislação infraconstitucional, a definição dos meios a serem utilizados, de modo que o conteúdo de tais direitos será estabelecido por via legislativa. Dessa forma, desde uma perspectiva jurídico-positiva, somente os dispositivos contidos nos Capítulos Primeiro (arts. 11 a 13) e Segundo (arts. 14 a 38) do Título I da CE/78 possuem o *status* de direitos fundamentais, estando, assim, fora da disponibilidade do Poder Legislativo, e fazendo parte do campo de disposição imediata dos seus titulares, com conteúdo e objeto determinados. Por consequência, salvo casos excepcionais, como o direito à educação básica (art. 27.4), e os direitos à liberdade sindical (art. 28.1) e de greve (art. 28.2), os chamados direitos sociais não possuem o caráter de direito fundamental na estrutura constitucional espanhola, não podendo ser demandados judicialmente como direitos subjetivos, diretamente fundados na CE/78. Isso não significa, entretanto, que tais direitos de configuração legal não possam desempenhar uma relevante função de garantia à efetividade dos direitos fundamentais, muito em linha com a dimensão objetiva destes.

Uma vez que tais dispositivos demandam interposição legislativa para que constituam direitos subjetivos, resta saber a quem cabe a competência para legislar sobre os temas de proteção social na Espanha.

É importante destacar que a Espanha não é uma federação de Estados, e tampouco um Estado unitário completamente centralizado. Trata-se de um Estado autonômico (art. 2º), ou seja, um Estado que, nos termos do art. 137 da CE/78, organiza-se territorialmente em comunidades com autonomia para gerir seus respectivos interesses, sejam elas regionais, as Comunidades Autônomas propriamente ditas (CCAA), ou locais, os municípios e as províncias. Considerando-se que as entidades locais não possuem competência legislativa, interessa analisar a competência do Estado e das CCAA sobre a estrutura de proteção social.

Nos termos do art. 149.1.17, o Estado possui competência exclusiva sobre a legislação básica e regime econômico da Seguridad Social, sem prejuízo da execução de seus serviços pelas CCAA. Por sua vez, o art. 148.1.20 permite que as CCAA assumam competência em matérias de assistência social. De fato, ao criar seus Estatutos de Autonomia, exercendo a prerrogativa do art. 147.2.d, todas as CCAA dispuseram acerca de competências exclusivas em matéria de serviços sociais, sob uma fórmula genérica e compreensiva que abarca temas de assistência social (Mercader Uguina, 2018).

Então, para compreender como se dá essa divisão de competência, resta saber qual é, no âmbito da estrutura constitucional espanhola, a diferença e a relação entre assistência social e Seguridad Social. O primeiro ponto a destacar é que, no texto da CE/78, a única referência expressa a “assistência social” se encontra na norma de competência do art. 148.1.20, o que não impede notar que ela estaria implícita a outras previsões, como o princípio da distribuição de renda do art. 40, mas também, não significa que ela necessariamente se confunda com a “assistência” mencionada

no art. 41, ao tratar da Seguridade Social. Em outros termos, a noção de assistência social não é precisa nos enunciados constitucionais, carecendo de labor interpretativo, pelo que se passa à análise das Sentenças do Tribunal Constitucional da Espanha (STC) sobre o tema, em especial seus Fundamentos Jurídicos (FJ).

Embora o art. 41 não crie um direito subjetivo, ele estabelece uma garantia institucional à Seguridade Social. É nesse sentido, a interpretação do TC, segundo o qual a Seguridade Social é uma função do Estado, cabendo à legislação configurar a estrutura de proteção a situações ou estados de necessidade, o que pode ser feito, tanto por meio de medidas contributivas, conteúdo tradicional do sistema, quanto de medidas não contributivas, de conteúdo assistencial (STC 76/1986, FJ7; STC 65/1987, FJ7; STC 37/1994, FJ3; STC 239/2002, FJ5). Ao contrário da Seguridade Social, que se configura como um sistema integrado, público e imperativo, as prestações das CCAA, no âmbito da assistência social, não exigem a sua integração a um sistema permanente no tempo e no espaço, sendo permitida inclusive àquelas proceder a uma diferente configuração em seus respectivos territórios (STC 239/2002, FJ8). Embora o art. 41 seja neutro no que se refere à distribuição de competências, ele impõe a todos os poderes públicos, cada qual em suas respectivas atribuições, um chamamento para paliar as situações de necessidade (STC 206/1997, FJ 5; STC 239/2002, FJ3).

Assim, por meio de uma interpretação do art. 41 no marco do bloco de constitucionalidade⁴, o TC considerou pertinente inferir que há uma assistência social “interna” ao sistema de Seguridade Social, sob a competência estatal do art. 149.1.17, e outra “externa” a tal estrutura, sob a competência exclusiva

⁴ A ideia de bloco de constitucionalidade deve aqui ser entendida nos termos do art. 28.1 da Lei Orgânica nº 2/1979 (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional – LOTC), segundo o qual “[p]ara apreciar a conformidade ou não conformidade com a Constituição de uma lei, disposição ou ato com força de Lei do Estado ou das Comunidades Autônomas, o Tribunal considerará, além dos preceitos constitucionais, as Leis que, no marco constitucional, tenham sido promulgadas para delimitar os poderes do Estado e das diversas Comunidades Autônomas ou para regular ou harmonizar o exercício das competências destas”.

das CCAA nos termos do art. 148.1.20 (STC 239/2002, FJ5). Entretanto, uma competência exclusiva não significa a existência de uma competência excludente da atuação dos demais entes no campo social (STC 146/1986, FJ5), de modo que há uma confluência de competências, uma faixa comum, na qual tanto o Estado quanto as CCAA podem atuar. Isso porque, em havendo pessoas que não tenham suas necessidades mínimas cobertas, mesmo após receber as prestações não contributivas do sistema de Seguridade Social, o paradigma constitucional do Estado Social de Direito exige que elas possam ter acesso a benefícios de diferente natureza. Essa zona de assistência interna ao sistema estatal, quando precisa de complementação de outras fontes para assegurar o princípio da suficiência do art. 41, coincide com a competência das CCAA (STC 239/2002, FJ7).

Assim, em respeito à competência estatal estabelecida pelo art. 149.1.17, a atuação da CCAA deve observar dois requisitos: a) situação de real necessidade na população beneficiária das ajudas assistenciais da Seguridade Social; e b) não interferência no regime jurídico básico ou no regime econômico da Seguridade Social (STC 239/2002, FJ7). A partir dessa compreensão, não se pode admitir que a tendência de universalização das medidas estatais de proteção social, em linha com o objetivo previsto no art. 41 da CE/78, implique na redução de âmbitos de proteção social externos ao sistema de Seguridade Social. Em suma, a ampliação da atuação do Estado não pode significar o esvaziamento das competências autonômicas, pois o alargamento do campo de contingências protegidas pela Seguridade Social não exclui, por si só, a existência de necessidades específicas de diversos coletivos, que precisem ser atendidos por apoios complementares prestados pelas CCAA (STC 239/2002, FJ6).

Essa breve digressão acerca do sistema constitucional de competências não é algo etéreo ou desprovido de transcendência prática. Como se verá nos parágrafos seguintes, a divisão competências não só foi determinante

para a configuração de uma estrutura de proteção bastante fragmentada e heterogênea ao longo das últimas décadas, com todas as consequências práticas que isso pode trazer para a sua eficácia e para o atendimento a outros preceitos constitucionais, como também volta à baila com a exposição das fraturas sociais em tempos de crise.

Aclaradas qual a natureza constitucional da proteção a pessoas em situação de necessidade, bem como a competência para legislar sobre o tema, resta fazer algumas considerações sobre aquilo que já fora legislado especificamente sobre proteção das pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade causada pela pobreza.

Reiterando a preocupação com emprego, o Estado, por meio do Real Decreto nº 1.369/2006, instituiu o programa de renda ativa de inserção para desempregados. Tal medida teve cobertura extremamente restritiva, por diversos motivos, como direcionar-se exclusivamente a trabalhadores entre 45 e 65 anos (art. 2.1.a), além de ter duração limitada a 11 meses (art. 5.1).

Considerando-se que os tratados internacionais validamente celebrados e publicados fazem parte do ordenamento jurídico interno (art. 96.1, CE/78), faz-se relevante destacar que a Espanha assinou e ratificou a versão original da Carta Social Europeia (CSE) de 1966. Conforme o art. 13.1 da Parte II de referido tratado, os Estados Partes comprometem-se a:

[...] assegurar que qualquer pessoa que não disponha de recursos suficientes e que não esteja em condições de os angariar pelos seus próprios meios ou de os receber de outra fonte, designadamente por prestações resultantes de um regime de segurança social, possa obter uma assistência apropriada e, em caso de doença, os cuidados necessários ao seu estado.

No Direito interno, a partir do previsto no art. 148.1.20 da CE/78, as CCAA assumiram competências de assistência social e legislaram, cada qual a seu modo e em momentos distintos, sobre políticas de garantia de uma renda mínima aos cidadãos residentes em seus territórios. Uma vez que a

Espanha possui 17 CCAA e duas cidades autônomas, o resultado é a existência de, nada menos, que 19 sistemas autonômicos de renda mínima na Espanha (MSCBS, 2018). Embora sob distintas nomenclaturas, tais políticas podem ser consideradas como aquilo que genericamente se denominam políticas de Renda Mínima Garantida (RMG) ou Renda Mínima de Inserção (RMI), uma vez que são direcionadas aos mais pobres, para garanti-los um mínimo de ingressos, aos quais impõem algumas condições, em regra vinculadas à busca da inserção social por meio do trabalho.

Ou seja, na ausência de uma ferramenta dentro da estrutura de Seguridade Social do Estado, desenhada para paliar a pobreza estrutural, cada CCAA elaborou sua própria política de assistência destinada a aliviar a necessidade de renda dos residentes em seus territórios. Conforme já indicado pelo TC, as políticas de RMI desenvolvidas pelas CCAA são ajudas de assistência social, externas ao sistema de Seguridade Social, podendo ser recebidas, inclusive, pelas pessoas beneficiárias de pensões próprias desse sistema (STC 239/2002, FJ6).

Essa resposta fragmentada à questão resultou em programas bastante heterogêneos, o que se evidencia na própria natureza do benefício prestado, ora como direito subjetivo, ora como subvenção condicionada à disponibilidade orçamentária, assim como nos critérios de elegibilidade, na definição dos módulos familiares, nas condições de permanência, no valor e na duração da prestação. Diversos estudos mostram que essa solução, por ser descentralizada, desconexa e desigual, envolvendo normas e aplicações práticas bastante distintas, resulta em cobertura de caráter assistencial insuficiente na luta contra a pobreza e a exclusão social⁵, sendo que a ausência de uma atuação estatal sistemática gera uma situação que pode ser contrastada com o mandamento constitucional do art. 139, que garante

⁵ Cf. AIREF (2019, p. 15), Argüeles Blanco (2017, p. 135), Bergantiños, Font Quiles e Bacigalupe (2017, p. 414) e Gobierno del Principado de Asturias (2017a, p. 28; 2017b, p. 18).

a todas as pessoas espanholas, em qualquer parte do território do Estado, os mesmos direitos e obrigações.

Por mais que o presente estudo se dedique a uma análise normativa, pouco se pode falar de suficiência de uma estrutura de proteção social sem que sejam analisados alguns dados da realidade social, à qual as normas se aplicam. Pois bem, em 2018, as políticas de RMI alcançavam menos de 1,5% da população espanhola (MSCBS, 2018). Em uma sociedade que, conforme informado na introdução, 21,50% das pessoas estavam em situação de risco de pobreza, e a conjugação de tais dados denota uma estrutura que atribui pouca concreção ao princípio de suficiência do art. 41 da CE/78.

Analisando-se os dados das 19 distintas políticas autonômicas de RMI, em 2018, nota-se que o valor médio da quantia mínima efetivamente paga à unidade familiar unipessoal era de 463,05 euros, variando entre os módulos básicos de 300,00 euros, em Ceuta, a 644,49 euros, no País Vasco (MSCBS, 2018). Considerando-se que, em regra, tais benefícios são pagos de maneira complementar aos demais ingressos recebidos pela pessoa beneficiária até atingir o valor do módulo, no qual a unidade familiar se encaixa, tem-se que em nenhum dos casos, o benefício autonômico de RMI era matematicamente suficiente para romper o umbral de 740 €, a partir do qual o indivíduo estaria fora do risco de pobreza. Ou seja, além de os benefícios de RMI não alcançarem todas as pessoas que deles necessitam, quando chegam não o fazem em um nível suficiente para tirá-las do risco de pobreza.

No que toca à CSE, o Comitê Europeu dos Direitos Sociais (CEDS), órgão máximo encarregado da interpretação, defesa e controle das normas e práticas dos Estados Partes do tratado, já se posicionou sobre o tema. De acordo com as suas Conclusões XXI-2 (2017), a Espanha não está em conformidade com o art. 13.1 da Parte II da CSE pelas seguintes características de suas políticas de RMI: a) os critérios de elegibilidade estão sujeitos a um período mínimo de residência na maioria das CCAA; b) os critérios de elegibilidade estão

sujeitos à idade (mínimo 25 anos); c) o período de duração da renda mínima não se relaciona com a persistência da necessidade, mas sim, com prazos que operam de maneira independente a ela; e d) o nível de assistência social paga a uma pessoa não é adequado, pois está abaixo do limiar de pobreza, exceto na Comunidade Autônoma do País Vasco (Council of Europe, 2017).

Já durante a pandemia, em 20 de maio de 2020, o Conselho da UE apresentou suas recomendações ao Programa Nacional de Reformas de 2020 da Espanha, dentre as quais, reiterando algo já indicado desde 2014, consta a melhoria da cobertura e adequação dos esquemas de renda mínima (Council of the European Union, 2020).

4 A CRIAÇÃO DO INGRESSO MÍNIMO VITAL

Após aprovação, em 29 de maio, pelo Conselho de Ministros, órgão colegiado do Governo, foi publicado no Boletim Oficial do Estado (BOE) de 1 de junho de 2020, o Real Decreto-lei nº 20/2020, que estabelece o Ingresso Mínimo Vital (IMV). Embora tal política fosse parte do plano de governo como uma resposta estrutural ao problema da pobreza e da má distribuição de renda, a emergência sanitária ocasionada pela Covid-19 serviu de argumento para acelerar sua implementação. Não sem críticas da oposição, isso foi determinante para a justificativa da forma normativa adotada pelo Governo, o Real Decreto-lei, que, nos termos do art. 86 da CE/78, exige como pressuposto habilitante a extraordinária e urgente necessidade, permitindo a sua vigência provisória antes da deliberação do Congresso de Deputados. Após um ano e meio de sua publicação, o Real Decreto-lei nº 20/2020 tramitou-se como a Lei nº 19/2021, de 20 de dezembro.

Para melhor compreensão didática, e sem a pretensão de exaurimento dos tópicos tratados na Lei nº 19/2021, os parágrafos que seguem se

dedicação a esclarecer “o que é?”, “a quem se destina?”, “sob quais condições?” e “por quem é devido?” o IMV.

4.1 A PRESTAÇÃO ECONÔMICA

Já no art. 1º, o IMV se apresenta como uma medida dirigida a prevenir o risco de pobreza e de exclusão social de pessoas em situação de vulnerabilidade, por não disporem de recursos materiais para atender suas necessidades básicas. Como se verá adiante, ao se realizar a análise dos valores assegurados, esse primeiro dispositivo é tão animador quanto ilusório.

O IMV se configura como um direito subjetivo a uma prestação mensal de natureza econômica para garantir um nível mínimo de renda àqueles que, em situação de vulnerabilidade econômica, cumpram com os requisitos da Lei nº 19/2021 (arts. 2.1 e 12). O valor base do IMV é a quantia de renda garantida a uma pessoa beneficiária individual (lar unipessoal), que equivale ao valor das pensões não contributivas da Seguridade Social, determinado anualmente pela lei orçamentária do Estado. Para o exercício de 2020, tal valor era de 5.538,00 euros anuais, o que equivale a 461,50 euros mensais (art. 13.2.a, Lei nº 19/2021).

Caso se trate de uma unidade de convivência (UC), a renda garantida equivale ao valor base do lar unipessoal incrementado de 30% por membro adicional, a partir do segundo, até um máximo de 220%. Ou seja, a partir de cinco membros, o valor garantido à UC é o mesmo, qualquer que seja o seu tamanho (art. 13.2.b).

A especial preocupação com as famílias monoparentais está expressa na atribuição de um adicional de 22% do valor base a tal formação familiar (art. 13.2.c). Frise-se que o adicional é devido pela condição de monoparentalidade, não pelo número de menores sob responsabilidade da pessoa beneficiária.

Assim, por exemplo, uma mãe que tenha sob sua responsabilidade três filhos será titular de um benefício equivalente a 212% do valor base, ou seja, 100% da titular acrescidos de três vezes o adicional de 30% devido por membro adicional, para o qual é indiferente a condição de adulto ou menor, e um adicional de 22% de monoparentalidade.

Destaque-se que o IMV se destina a garantir um nível mínimo de renda, o que significa que, após verificado o nível de renda do lar unipessoal ou da UC, conforme o caso, o Estado realizará o pagamento do valor complementar da diferença necessária para alcançar o nível assegurado, de modo que o valor recebido será igual ao total da renda garantida apenas naqueles casos em que a renda prévia da pessoa ou UC beneficiária seja igual a zero (arts. 3.a c/c13.1).

O prazo de apresentação das solicitações teve início em 15 de junho de 2020 (Disposição transitória segunda, RDL nº 20/2020) e a pessoa titular terá direito a receber o IMV, a partir do primeiro dia do mês seguinte ao da solicitação, o que se realizará por meio de transferência à sua conta bancária (art. 14, Lei nº 19/2021). Tal direito se manterá enquanto os elementos que motivaram sua concessão persistam, desde que cumpridas as obrigações e requisitos legais (art. 15, Lei nº 19/2021).

Ou seja, não se trata de uma prestação temporária, com duração pré-determinada, mas sim, destinada a existir enquanto se verifique a situação de necessidade, como nos sistemas de renda mínima da maioria dos Estados europeus (Álvarez Alonso, 2022). Cabe ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) avaliar as solicitações de IMV em até seis meses a partir do seu recebimento. Caso tal prazo transcorra sem nenhuma resolução expressa, entende-se indeferido o pedido por silêncio negativo (art. 25.2, Lei nº 19/2021).

Considerando-se que se trata de prestação destinada a atender pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, não soa razoável que a possível pessoa beneficiária, após juntar toda a documentação necessária

e suportar seis meses de necessidades materiais durante a omissão do Estado, tenha seu pedido indeferido em virtude da desídia deste. O silêncio positivo seguramente seria uma alternativa mais coerente com os princípios constitucionais que orientam o sistema de Seguridade Social.

4.2 O ÂMBITO SUBJETIVO DE APLICAÇÃO

No que se refere à segunda das questões, a lógica de estruturação do IMV mostra que ele não se trata de uma prestação destinada ao indivíduo em si mesmo, mas sim, na condição de integrante de um lar. Esse pode ter um membro (lar unipessoal) ou mais (UC). Isso justifica a diferenciação que a Lei nº 19/2021 faz entre pessoas beneficiárias (art. 4) e titulares (art. 5), posto que a pessoa titular será a única beneficiária somente quando more sozinha.

Quanto à sua caracterização, a UC se constitui, em regra, de todas as pessoas que residam no mesmo domicílio há pelo menos um ano contínuo, unidas entre si por vínculo matrimonial ou como união de fato, ou por vínculo sanguíneo de até segundo grau, afinidade, adoção ou acolhimento familiar permanente (arts. 6.1 e 7.3, Lei nº 19/2021).

Poderão ser beneficiárias do IMV, além das pessoas integrantes de uma UC (art. 4.1.a) e as pessoas maiores de 23 anos que não recebam pensão contributiva por aposentadoria ou invalidez permanente, ou pensão não contributiva por invalidez ou aposentadoria, que não pertençam a uma UC e que não estejam vinculados a outros por casamento ou união estável, exceto pelas exceções legalmente estabelecidas (art. 4.1, Lei nº 19/2021).

Para caracterizar um lar unipessoal, no caso de uma pessoa com menos de 30 anos de idade, também é necessário que ela tenha vivido de forma independente por, pelo menos, dois anos antes de solicitar a IMV e que tenha pagado pelo menos 12 meses de contribuições para a Seguridade Social. De certa forma, isso mancha, sem justificativa aparente, o caráter não

contributivo do IMV. Se a pessoa tiver mais de 30 anos, o período de vida independente é reduzido para um ano, e não há necessidade de comprovar contribuições para a Seguridade Social (art. 10.2 da Lei nº 19/2021).

Posto que a escolha de critério de diferenciação com base na idade, característica que foge ao controle dos indivíduos, converte-se em elemento suspeito se não devidamente justificada, a exclusão dos menores de 23 anos merece uma análise um pouco mais detida à luz da CE/78.

Nos termos do art. 14 da CE/78, e do art. 315 do Código Civil Espanhol, a maioria começa aos 18 anos completos. Sem dedicar nenhuma palavra das quase 12 laudas de suas Disposições Gerais para justificar tal opção legislativa, o Real Decreto-lei nº 20/2020 deixou de fora da cobertura do IMV toda uma faixa composta por pessoas maiores, entre 18 e 23 anos de idade, que não se encontrem integradas a nenhuma UC. Tal opção se manteve na Lei nº 19/2021.

Ante a ausência de motivação, resta difícil entender se tal restrição se deu pelo fato de o Governo acreditar que não há pobres na faixa etária excluída, que os jovens não devem sair da casa de sua família antes dos 23 anos de idade ou mesmo por ignorar a situação de jovens tutelados que se veem obrigados a deixar os Centros de Menores ao atingir a maioria sem ter uma família à qual se integrar. Seja por ignorar os dados, por querer impor alguma forma de controle de formação familiar ou mesmo por descaso para com aqueles jovens que são totalmente impossibilitados de se integrarem a uma UC, além dos problemas específicos que cada caso envolve, há por trás desse critério legal, uma cláusula suspeita que esbarra no direito fundamental à igualdade perante a lei (art. 14 da CE/78). Conforme já manifestou o TC, ao interpretar a proibição contida no art. 14 da CE/78, a idade não pode ser razão para qualquer discriminação. Assim, tal elemento pessoal somente pode ser levado em consideração pela norma nos casos em que ele seja relevante para a finalidade legítima e não discriminatória por ela perseguida (STC 69/1991).

Não é demais reiterar que a exclusão dos jovens das políticas de RMI autonômicas já foi apontada pelo CEDS como um fator de não observância do art. 13.1 da Parte II da CSE por parte da Espanha, a partir da constatação de que, as políticas de garantia de renda das CCAA deixavam de fora os menores de 25 anos. Embora não exista hierarquia jurídica entre as normas da CSE, adotada pelo Conselho da Europa (*Council of Europe*), e as extraídas de outros tratados internacionais, como os que formam o direito comunitário da UE⁶, o papel secundário atribuído pelo Estado espanhol àquelas em relação a estas, salta aos olhos ao se analisar as Disposições Gerais do Real Decreto-lei nº 20/2020, que nenhuma referência fez às normas da CSE ou às vinculantes conclusões do CEDS, enquanto busca motivação da norma em recomendações de órgãos comunitários.

Assim, desde uma perspectiva constitucional e de normas de tratados integrados ao ordenamento interno, estaria bem que o legislador ao menos se preocupasse em tentar demonstrar a legitimidade e o caráter não discriminatório de sua opção, ao afastar do IMV as pessoas entre 18 e 23 anos que não estão integradas a uma UC.

São estabelecidos, pelo art. 10.1 da Lei nº 19/2021, dois requisitos de acesso à condição de pessoa beneficiária do IMV. O primeiro é a exigência de residência legal e efetiva na Espanha de forma contínua e ininterrupta de, pelo menos, um ano anterior à data de apresentação da solicitação, excetuadas situações de incorporação de menores, vítimas de tráfico humano e exploração sexual e mulheres vítimas de violência de gênero (art. 10.1.a, Lei nº 19/2021). Note-se que o critério está no período de residência, e não na nacionalidade da pessoa, de modo que também as pessoas estrangeiras poderão ser beneficiárias do IMV.

Como segundo critério, exige-se que as pessoas beneficiárias estejam em situação de vulnerabilidade econômica por carência de rendas ou

⁶ Para uma análise mais aprofundada, veja-se Jimena Quesada (2017) e Salcedo Beltrán (2014).

patrimônio suficientes, para isto sendo considerada a capacidade econômica do indivíduo, caso more sozinho, ou de todos os membros, caso se trate de uma UC (arts. 7.1.b c/c 8.1, Lei nº 19/2021). Caracteriza-se a situação de vulnerabilidade econômica quando a média mensal do conjunto de ingressos e rendimentos anuais da pessoa beneficiária individual ou o conjunto de membros da UC, relativos ao exercício anterior, seja pelo menos 10 euros inferior à quantia da renda mensal garantida de acordo com a modalidade (beneficiária individual ou UC) e o número de membros da UC (art. 11.2). Para os casos em que a situação de vulnerabilidade tenha se caracterizado durante o ano de 2020, o Real Decreto-lei nº 20/2020 previa um regime excepcional que permite a solicitação do IMV com base nos rendimentos proporcionais do ano em curso (Disposição transitória terceira). Ainda em 2020, tal disposição foi alterada para ampliar a possibilidade para o ano de 2021.

A Lei nº 19/2021, reproduzindo algo já previsto no Real Decreto-lei nº 20/2020, deixou espaço para que futuro regulamento estabelecesse as situações em que a superação do limite de renda garantida, por meio dos ingressos provenientes do trabalho ou de atividade econômica por conta própria da pessoa beneficiária seja compatível com o recebimento do IMV (art. 11.4). Tal medida destinada a evitar a chamada armadilha da pobreza, situação na qual a pessoa beneficiária não se vê incentivada a buscar outras fontes de renda por receio de deixar de receber a prestação pública.

O Real Decreto nº 789/2022, de 27 de setembro, especifica as disposições do art. 11.4 da Lei nº 19/2021 e estabelece as regras para compatibilizar o recebimento do IMV com a renda do trabalho ou atividade econômica autônoma recebida nos dois exercícios financeiros anteriores à revisão do valor do benefício, estabelecendo uma série de casos em que esses valores não serão considerados para a determinação da vulnerabilidade econômica da pessoa (ou UC) beneficiária.

O Anexo III do Real Decreto nº 789/2022 estabelece que 100% da renda própria (proveniente de trabalho ou atividade econômica) será excluída do cálculo da vulnerabilidade se for igual ou inferior a 60% do valor do IMV. Para o que exceder 60% do IMV, o percentual de isenção da renda própria poderá variar de 20 a 40%, dependendo do caso. Em qualquer caso, a isenção só se aplica ao aumento da renda proveniente de emprego ou atividade econômica autônoma que não exceda o valor da renda garantida à UC pelo IMV.

Deve-se observar que, no total, o Real Decreto nº 789/2022 cria 18 variações possíveis para determinar o valor da renda própria que será isenta do cálculo da vulnerabilidade, que são verificadas com base em combinações entre os três critérios por tipo de unidade habitacional (somente adultos, um adulto com menores, mais de um adulto com menores), dois tipos de aumento na oferta de mão de obra (margem intensiva, devido ao aumento nas horas de trabalho, e extensiva, devido ao aumento no número de pessoas trabalhando) e três faixas de importações do aumento na renda do trabalho ou da atividade econômica.

Além do limite de rendas, há um limite de patrimônio. As pessoas beneficiárias individuais do IMV não devem ter um patrimônio avaliado em mais do que três vezes o valor base da renda garantida ao lar unipessoal. No caso de UC, há um escalonamento de limite de patrimônio que, em suma, a partir do limite de patrimônio do lar individual, fixa em 1,4 vezes tal valor para a UC de duas pessoas, 1,8 vezes para a UC de três pessoas, 2,2 vezes para a UC de quatro pessoas e 2,6 para a UC de cinco pessoas.

Em qualquer dos casos, não integra a avaliação do patrimônio o valor da moradia habitual (art. 20.4, Lei nº 19/2021). Ademais, independente da valoração do patrimônio, não farão jus ao IMV a pessoa, ou a UC que ela integre, que seja administradora de direito de uma sociedade mercantil (art. 11.3 e Anexo II, Lei nº 19/2021).

A versão original da Real Decreto-lei nº 20/2020 também incluía um critério adicional, segundo o qual, para acessar o benefício, as pessoas que não estivessem trabalhando, maiores de idade ou menores emancipados, deveriam estar registradas como demandantes de emprego (7.1.d da versão original do Real Decreto-lei nº 20/2020). Essa exigência como critério de acesso foi eliminada em 2020, por meio de uma alteração publicada em 23 de setembro, embora tenha sido mantida nas obrigações de manutenção do benefício, como será visto a continuação.

Agora que já se sabe a quem se destina o IMV e qual o valor base para uma pessoa sozinha, considerando que a média do valor por pessoa se reduz, consideravelmente, à medida em que aumenta o número de membros da UC, faz-se possível uma primeira consideração a respeito da eficácia do IMV para atingir o objetivo que o próprio art. 1º da Lei nº 19/2021 se propõe, qual seja, prevenir o risco de pobreza e exclusão social.

Uma conta simples mostra que a quantia base que o IMV, já no seu primeiro ano de implementação, garantia mensalmente a um lar individual (461,50 euros) não chegava a 63% daquilo que, em 2018, era considerado como umbral do risco de pobreza na Espanha (740,00 euros). Ou seja, o IMV não se trata sequer de uma medida direcionada aos pobres, mas sim, aos paupérrimos, deixando uma considerável faixa da população vulnerável descoberta. Isso afasta, por exemplo, qualquer afirmação de que o IMV se destina a cobrir isoladamente todo o mínimo existencial (*Existenzminimum*), tal como conhecido nas jurisprudências alemã e brasileira, haja vista esse conceito possuir conteúdo muito mais amplo que a mera satisfação de necessidades fisiológicas, dirigindo-se à cobertura da inserção social e da participação na vida política e cultural⁷.

Não se pode desprezar o potencial do IMV para paliar a pobreza extrema e redistribuir a renda da sociedade espanhola, tal como o objetivo

⁷ Para melhor compreensão da abrangência do mínimo existencial, cf. Rocha (2017) e Sarlet e Zockun (2016).

que estava expresso de forma mais realista no item V das Considerações Gerais do Real Decreto-lei nº 20/2020.

Conforme cálculos do Governo, o IMV deveria chegar a 850 mil lares, em que vivem 2,3 milhões de pessoas, das quais 30% são menores, erradicando-se a pobreza extrema, que atingia os 600 mil lares e 1,6 milhões de pessoas mais pobres da Espanha (Gobierno de España, 2020b, 2020c). Entretanto, não é razoável afirmar que uma medida prevista para alcançar menos de 5% da população, mesmo ignorando toda a possibilidade da falta de adesão e considerando que todas aquelas pessoas que cumpram os requisitos venham de fato a receber a prestação⁸, está direcionada a prevenir o risco de pobreza, que, quando da implementação do IMV, atingia nada menos que 21,5% dos residentes no país.

Fato é que os dados e estudos relacionados ao IMV reafirmam as altas taxas de *non take up* já observadas nas políticas regionais de RMI. De acordo com os números apresentados pela AIREF para 2022, além do fato de que 69% das solicitações formalizadas no INSS foram rejeitadas, 470 mil lares que poderiam receber o IMV (58% dos lares potencialmente beneficiários) nem sequer solicitaram a prestação em 2022. Ademais, o número de beneficiários do IMV não supera os 284 mil domicílios, 35% dos 800.000 domicílios que poderiam recebê-lo. O custo anual efetivo do IMV foi de 1,9 bilhão de euros em 2022, 47% de seu potencial orçamentário (AIREF, 2023).

4.3 AS CONDIÇÕES IMPOSTAS

Uma vez tecidas as considerações gerais sobre o que é a prestação devida pelo IMV, e a quem é devida, importante esclarecer quais as condições que a norma impõe para que a pessoa, uma vez inserida no rol

⁸ Sobre os impactos da não adesão das possíveis pessoas beneficiárias às políticas de RMI das CCAA, cf. Fuenmayor Fernández e Granell Pérez (2013).

de beneficiárias, preserve tal condição. Embora o Real Decreto-lei dedique todo um capítulo (VII) para tratar das obrigações e outro (VIII) para cuidar das infrações e sanções, denotando sua grande preocupação com o controle das pessoas beneficiárias, a presente análise se incidirá apenas sobre alguns pontos ilustrativos.

É obrigação de todas as pessoas beneficiárias comunicar à entidade gestora competente, no prazo de 30 dias corridos, quaisquer alterações nas circunstâncias relativas aos requisitos e obrigações relacionadas ao IMV (arts. 15.1 e 36.1.b, Lei nº19/2021), sendo que tais alterações poderão significar o aumento ou a diminuição do valor recebido que, em qualquer caso, será revisado no primeiro dia de cada ano, a partir da variação de ingressos anuais computados no exercício anterior (art. 16, Lei nº 19/2021). Caso o titular do IMV, por qualquer motivo, não cumpra alguma de suas obrigações, cabe aos demais membros da UC fazê-lo (art. 36.2.d, Lei nº 19/2021).

Entre as causas de suspensão do direito ao IMV, além de outras que venham a ser estabelecidas em regulamento, estão a perda temporária de qualquer dos requisitos, o descumprimento temporário das obrigações impostas a qualquer das pessoas beneficiárias e o descumprimento de qualquer das condições associadas à compatibilidade do IMV com a renda do trabalho ou atividade econômica. Como medida cautelar, o direito também pode ser suspenso se a pessoa beneficiária não comunicar a manutenção ou variação dos relatórios de risco de exclusão social e a inexistência de vínculos entre residentes do mesmo domicílio que não caracterizem uma UC (art. 17.1 da Lei nº 19/2021). Se as causas que levaram à suspensão desaparecerem, o pagamento será retomado *ex officio* (art. 17.3 da Lei nº 19/2021). Se a suspensão durar um ano, o direito será extinto (art. 18.1.f da Lei nº 19/2021).

É obrigação da pessoa beneficiária participar das estratégias de inclusão promovidas pelo Ministério da Inclusão, Seguridade Social e Migração (arts. 36.1.h e 36.2.f da Lei nº 19/2021), reforçando a ideia de

ativação laboral e a centralidade do trabalho na estrutura de proteção social. Com algumas exceções, o registro das pessoas beneficiárias do IMV como candidatas a emprego será realizado, *ex officio*, nos Serviços Públicos de Emprego da Comunidade Autónoma onde residem.

Por trás dessa obrigação, assim como da acima referida preocupação com a armadilha da pobreza, está a ideia da inserção por meio do trabalho, a chamada ativação social, como se não fosse ativo aquele que não vende sua mão de obra a terceiros, ainda que exerça labores de grande relevância para a sociedade, como os serviços de cuidados ou trabalhos voluntários.

Conforme consta no item III das Disposições Gerais da Lei nº 19/2021, o IMV não se trata de uma prestação econômica com fim em si mesma, mas sim, uma ferramenta para facilitar a transição dos indivíduos à inclusão social de incorporação ao mercado de trabalho, acesso a oportunidades educativas ou solução de uma condição sanitária.

O art. 11.4 já se inicia destacando a preocupação com que o recebimento do IMV não desestimule a participação no mercado laboral. Para incentivar a colaboração das empresas nesse processo, a Disposição Adicional Primeira prevê a criação do Selo de Inclusão Social, destinado ao reconhecimento dos empregadores de pessoas beneficiárias do IMV.

Mais uma vez, vê-se a estrutura de inserção social girar em torno de um eixo que simplesmente não existe para grande parte da população espanhola, o emprego, como se tivesse um valor em si mesmo e o afastamento do mundo do trabalho fosse uma livre escolha da pessoa, e não o resultado de um problema de desemprego estrutural sem perspectivas de resolução.

Após classificar as infrações como leves, graves e muito graves, a Lei nº 19/2021 prevê um sistema escalonado de sanções, a serem impostas por meio de procedimento administrativo (art. 40), que vai desde a advertência à exclusão do sujeito infrator da possibilidade de ser beneficiário do IMV por

um período de dois anos. A responsabilidade das infrações tipificadas não se restringe às pessoas beneficiárias da prestação, podendo alcançar a terceiros que tenham cooperado ativa ou omissivamente para seu cometimento, respondendo solidariamente pela devolução dos valores indevidamente recebidos (art. 38.5).

Assim, a norma permite ao Estado um amplo controle social sobre o indivíduo, desde a contínua verificação de sua composição familiar até a imposição de condutas relacionadas ao trabalho. Aquelas pessoas que não conseguem se submeter às precárias condições do mercado de trabalho são empurradas à submissão a uma atuação estigmatizante do Estado, perante o qual devem continuamente atestar sua extrema pobreza, aceitando, inclusive, a imposição de qualquer condição ou obrigação que o Governo venha a determinar por meio de regulamento. Em um ordenamento jurídico que assegura ao indivíduo o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10.1 da CE/78), merece ser questionada a tentativa de o Estado impor uma determinada concepção de boa vida, por meio do controle social dos necessitados.

4.4 OS PODERES PÚBLICOS ENVOLVIDOS

O IMV se trata de uma prestação não contributiva prestada pelo Estado, no âmbito da Seguridade Social (art. 2.2, Lei nº 19/2021), sendo o orçamento desta, a fonte dos recursos para financiamento de sua implementação (art. 35, Lei nº 19/2021), estimados em um total de 3 bilhões de Euros por ano (Gobierno de España, 2020b). O IMV dá ao sistema de Seguridade Social novo equilíbrio, ao superar um modelo, cujo protagonismo, até então, residia nas prestações contributivas.

Considerando-se o princípio de suficiência do art. 41 da CE/78, que impõe a todos os poderes públicos a busca da satisfação das necessidades

materiais básicas de todas as pessoas, o IMV se apresenta como uma base, a partir da qual podem ser feitas complementações assistenciais pelas CCAA, de acordo com a realidade de cada uma. Justamente por isto, não se computam os valores recebidos dos programas autonômicos de RMI na análise de rendas e patrimônio das pessoas beneficiárias para fins de concessão do IMV (arts. 11.2 c/c 20.1.f.1º).

Ou seja, os valores de rendas mínimas pagos pelas CCAA seguem com seu caráter subsidiário em relação a todos os benefícios eventualmente pagos pelo Estado, cabendo agora às CCAA ajustar o direcionamento de suas políticas para que possam atuar como proteção àqueles não contemplados pelo IMV, ou mesmo complementar aos valores da política do Estado, aumentando o nível de proteção para os residentes em seus respectivos territórios.

Além da competência específica para concretar a garantia institucional de um sistema de Seguridade Social (art. 149.1.17), o Estado busca justificar, por meio da Disposição Final Décima da Lei nº 19/2021, sua competência por considerar estar atuando na regulação de condições básicas que garantam a todos os espanhóis, a igualdade no exercício dos direitos e cumprimento dos deveres constitucionais (art. 149.1.1, CE/78), das bases e coordenação do planejamento geral da atividade econômica (art. 149.1.13, CE/78), das finanças gerais e dívida do Estado (art. 149.1.14), e das bases do regime jurídico das administrações públicas e do procedimento administrativo comum (art. 149.1.18, CE/78).

5 A PROPOSTA DE UMA RENDA BÁSICA UNIVERSAL

Frente às limitações do IMV acima expostas, faz-se necessário considerar políticas alternativas que possam dar maior concreção aos mandamentos constitucionais pertinentes. É, nesse sentido, que serão

feitas algumas considerações comparativas entre a medida criada pelo Real Decreto-lei nº 20/2020, e hoje regida pela Lei nº 19/2021, e o que seria uma Renda Básica Universal (RBU).

De acordo com a *Basic Income Earth Network* (Bien), entende-se por RBU o pagamento periódico, em moeda corrente, em valor igual para todos, a título individual, sem exigência de comprovação de insuficiência de recursos ou cumprimento de quaisquer requisitos vinculados ao trabalho (Bien, 2016). Disto decorrem cinco elementos que, de forma cumulativa, caracterizam a RBU: 1) regularidade, e não um pagamento único em determinado momento da vida; 2) em moeda corrente, e não pela entrega de bens ou prestação de serviços; 3) individualidade, e não em bases de estruturas coletivas, como a família, o lar ou a unidade de convivência; 4) universalidade, concedida a todos os indivíduos de determinada comunidade política independente de sua condição socioeconômica; e 5) incondicionalidade⁹, posto que não se exige daquele que a recebe que trabalhe, busque trabalho ou tenha qualquer nova conduta específica em relação à sua vida individual. Ainda que o IMV coincida com a RBU nos quesitos “1” e “2”, dela se afasta no que se refere aos aspectos “3”, “4” e “5”, concentrando-se sobre estes, as considerações a seguir.

Sobre o terceiro aspecto, o caráter individual, o IMV se distancia da RBU por seguir uma lógica de proteção do lar. Na prática, isso significa que um indivíduo membro de uma UC que conte, por exemplo, com cinco pessoas que atenderiam as condições de titularidade, se individualmente consideradas, será apenas indiretamente beneficiado por uma pequena fração do IMV. Essa desproporção pode, ainda, ser agravada pela existência de estruturas de dominação internas à UC, fazendo com que muito pouco do auxílio, ou

⁹ Alguns autores, como Van Parijs e Vanderborght (2017), consideram a incondicionalidade como gênero do qual são espécies a individualidade, a universalidade e a ausência de obrigações. Para maior clareza analítica, o presente estudo trata sob o termo “incondicional” apenas a não imposição à pessoa de qualquer obrigação relacionada ao trabalho, à utilização do dinheiro recebido ou a qualquer nova conduta específica em sua vida individual.

mesmo nada, chegue às pessoas que ocupem uma posição especialmente vulnerável dentro do grupo. Ademais, conforme já exposto, tal requisito dá ao Estado, o poder de controle do indivíduo por meio de amplos mecanismos de verificação da composição familiar declarada. Aqui a autonomia, como elemento da dignidade humana, surge como fundamento de defesa do caráter individual da RBU frente ao formato coletivo do IMV.

Em virtude do quarto aspecto, ao contrário do que ocorre com o IMV, a universalidade faria com que a RBU alcançasse a íntegra dos residentes na Espanha, e não apenas os extremamente pobres. Há pelo menos duas consequências das ajudas direcionadas, não universais, que merecem ser questionadas ao se pensar uma estrutura de proteção social que preze pelos princípios constitucionais da eficiência (art. 31) e do respeito à dignidade humana (art. 10.1). Uma delas é o efetivo afastamento de qualquer hipótese da chamada armadilha da pobreza, posto que em nenhuma hipótese de alteração de sua renda ou de seu patrimônio, o indivíduo deixará de receber a prestação estatal. A outra é a estigmatização das pessoas beneficiárias, formalmente identificados como pobres, com todas as consequências sociais e psicológicas que isso pode trazer.

O caráter universal da RBU, ao mesmo tempo em que é eficiente em seu objetivo de proteção social ao não desestimular o indivíduo a aceitar outras fontes de renda, preza pela sua dignidade, pois, uma vez que todos são igualmente titulares de um mesmo direito à RBU, nenhum é identificado perante os demais como necessitado de uma assistência social com ares de caridade.

A quinta característica, a incondicionalidade, faz com que a RBU não vincule a inserção social da pessoa ao emprego, ou a qualquer outro projeto de vida imposto pelo Estado. Em sentido contrário, o IMV condiciona o seu recebimento à comprovação da condição de demandante de emprego, assim como à participação nas estratégias de inclusão social do Estado. O titular

da RBU deve recebê-la porque possui constitucionalmente assegurada a sua dignidade e liberdade enquanto pessoa humana, e não para conquistar as condições materiais delas, por meio do trabalho ou qualquer outra imposição.

De fato, parece bastante razoável, e em linha com o princípio constitucional da busca do pleno emprego (art. 40.1), que os poderes públicos coloquem à disposição das pessoas, ferramentas de inserção no mercado laboral. Entretanto, utilizá-las como condição necessária para que um ser humano tenha acesso aos recursos materiais mínimos para assegurar sua dignidade e liberdade real não parece se tratar de uma medida completamente alinhada com o mandamento do art. 9.2 da CE/78.

Feitas tais considerações, estão sobre a mesa os instrumentos jurídicos para uma análise, sem pretensão exaustiva, das políticas públicas expostas e da sua adequação aos cenários presente e vindouro, na medida do que razoavelmente se pode prever.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais de quatro décadas após a promulgação da CE/78 e com um significativo empurrão da pandemia de Covid-19, o Estado Social espanhol deu, com a criação do IMV, os primeiros passos firmes rumo a um sistema de proteção social realmente capaz de proteger de forma sistemática parte significativa daqueles afetados pelos problemas estruturais de pobreza e desemprego. Trata-se não de caridade, mas sim, de criação de direitos para concreção a mandamentos constitucionais.

Entretanto, tal como uma criança que começa a andar aos quatro anos idade, e empurrada por uma situação de profundo desespero, tais passos devem ser comemorados sem perder de vista que foram dados com significativo atraso, quer seja quando se compara com os vizinhos da União

Europeia, quer seja quando se considera o nível de esgarçamento a que havia chegado à coesão do tecido social mesmo antes da pandemia.

O IMV, se implementado de maneira eficaz, consistirá na libertação de um significativo contingente populacional da pobreza extrema. Entretanto, imporá sobre tais pessoas rígido controle estatal e forte estigmatização social. Ademais, é insuficiente para tirar uma única pessoa espanhola da situação tecnicamente configurada de risco de pobreza. Nesse sentido, o debate público deve seguir no sentido de aperfeiçoamento da estrutura de proteção social, considerando ferramentas que, como a RBU, atuem não como medidas assistenciais de combate à pobreza e controle social dos pobres, mas sim, de justiça redistributiva capaz de assegurar a todas as pessoas a satisfação das necessidades materiais, antes mesmo do evento da pobreza.

Antes que se afirme que a implementação de uma RBU na Espanha não seria economicamente viável, recomenda-se analisar as propostas de financiamento existentes, como a simulação, segundo a qual a atribuição de tal prestação a todas as pessoas residentes na Espanha, com valor pelo menos igual ao umbral do risco de pobreza, levaria a uma sociedade mais igualitária, em que 80% da população mais pobre, comparada com a situação original, seria favorecida. Por óbvio, o custo de tal proposta seria uma reforma marcadamente progressiva da estrutura fiscal (Arcarons; Torrens; Raventós, 2017).

A liberdade de amarras impostas pelas privações materiais é necessária para que o indivíduo possa escolher e expressar de forma autônoma qual é, e qual não é, o seu lugar. Uma estrutura de proteção social que efetivamente busque superar a diferença entre liberdade e igualdade é a única capaz de dar concreção à fórmula do Estado Social, afastando a ideia de que certas pessoas não são constituídas da mesma substância jurídica que as demais. Não condicionar a liberdade real ao exercício de trabalho remunerado, assegurando-a de maneira anterior ao evento da pobreza, é essencial para

uma estrutura comprometida com a garantia das condições materiais para a efetividade do sistema de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AIREF. **Los Programas de Rentas Mínimas en España**. Madrid: Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, 2019. Disponível em: https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf. Acesso em: 11 abr. 2019.

AIREF. **Segunda Opinión AIREF sobre el Ingreso Mínimo Vital**, Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. Madrid, 2023. Disponível em: <https://www.airef.es/es/centro-documental/segunda-opinion-sobre-el-ingreso-minimo-vital/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ÁLVAREZ ALONSO, D. Ingreso Mínimo Vital y Rentas Mínimas en Europa: una panorámica comparada. In: GARCÍA MURCIA, J. (ed.). **El ingreso mínimo vital en el sistema español de protección social**. Oviedo: Krk Ediciones, 2022. p. 669-724.

ARCARONS, J.; TORRENS, L.; RAVENTÓS, D. **Renta básica incondicional**: una propuesta de financiación racional y justa. Barcelona: Ediciones del Serbal, 2017.

ARGÜELLES BLANCO, A. R. La inclusión social mediante los programas autonómicos de rentas mínimas garantizadas. **Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos**, n. 417, p. 125-162, 2017.

BASTIDA FREIJEDO, F. J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? In: ALEXY, R.; GARCÍA MANRIQUE, R. (orgs.). **Derechos sociales y ponderación**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007. p. 103-149.

BERGANTIÑOS, N.; FONT QUILES, R.; BACIGALUPE, A. Las rentas mínimas de inserción en época de crisis. ¿Existen diferencias en la respuesta de las comunidades autónomas? **Papers**, v. 102, n. 3, p. 399-420, 2017.

BIEN. **About basic income**. Basic Income Earth Network. 2016. Disponível em: <https://basicincome.org/basic-income/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **Conclusions XXI-2** – Spain. Reporting system of the European Social Charter. 2017. Disponível em: <http://hudoc.esc.coe.int>. Acesso em: 30 mar. 2018.

COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. **COM(2020) 509** – Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Spain and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Spain. Brussels: European Union, 2020.

DOMÉNECH, R. *et al.* **¿Cuán vulnerable es el empleo en España a la revolución digital?** Madrid: BBVA Research, 2018. (Observatório Econômico). Disponível em: <https://www.bbvaresearch.com/publicaciones/cuan-vulnerable-es-el-empleo-en-espana-a-la-revolucion-digital/>. Acesso em: 26 mar. 2018.

EUROSTAT. **Gini coefficient of equivalised disposable income** – EU-SILC survey. Eurostat Data Explorer. 2018a. Disponível em: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?lang=en&dataset=ilc_di12. Acesso em: 28 maio 2020.

EUROSTAT. **Glossary**: Monetary poverty. Eurostat. Statistics Explained. 2018b. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Glossary:Monetary_poverty. Acesso em: 28 maio 2020.

FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A.; GRANELL PÉREZ, R. Las rentas mínimas de inserción autonómicas: simulación de sus efectos sobre la pobreza. *In*: **Estado del bienestar**: sostenibilidad y reformas. XX Encuentro de Economía Pública. Sevilla: Universidad de Sevilla, 2013. p. 1-36.

FUNDACIÓN FOESSA. **VIII informe sobre exclusión y desarrollo social en España**. 2019. Madrid: Cáritas Española Editores, 2019.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Estado de alarma crisis sanitaria Covid-19**. Punto de Acceso General. 2020a. Disponível em: https://administracion.gob.es/pag_Home/atencionCiudadana/Estado-de-alarma-crisis-sanitaria.html#-5c02617e6a9c. Acesso em: 29 maio 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Presentación del Ingreso Mínimo Vital**. Madrid: Gobierno de España, 2020b. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2020/290520-Ingreso-minimo-vital.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

GOBIERNO DE ESPAÑA. **Referencia del Consejo de Ministros (29/05/2020)**. Madrid: Gobierno de España, 2020c. Disponível em: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20200529.aspx>. Acesso em: 29 maio 2020.

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. **Evaluación Socioeconómica del Salario Social en Asturias**. Evolución, perfiles, procesos de salida y retorno económico. Oviedo: Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, 2017a. (Estudios e Investigaciones, 1).

GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS. **Las Medidas de Incorporación Vinculadas al Salario Social Básico en Asturias**. Situación, Evolución y Perspectivas. Oviedo: Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias, 2017b. (Estudios e Investigaciones, 2).

INE. **Encuesta de condiciones de vida**. Año 2018.

Instituto Nacional de Estadística. 2018a. Disponível em: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176807&menu=ultiDatos&idp=1254735976608. Acesso em: 29 maio 2020.

INE. **Encuesta de población activa**. Instituto Nacional de Estadística. 2018b. Disponível em: https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176918&menu=resultados&idp=1254735976595#!tabs-1254736195129. Acesso em: 29 maio 2020.

INE. **Indicadores de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible** – Objetivo 1. Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo. Instituto Nacional de Estadística. 2019. Disponível em: <https://www.ine.es/dynt3/ODS/es/objetivo.htm?id=4836>. Acesso em: 29 maio 2020.

JIMENA QUESADA, L. Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales – 2017. **Revista Europea de Derechos Fundamentales**. Granada: Editorial Comares, 2017. Disponível em: <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/index>. Acesso em: 20 abr. 2018.

PRESNO LINERA, M. Á. **¿De qué hablamos cuando hablamos de Derecho Constitucional?** Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 30-51.

MERCADER UGUINA, J. R. Artículo 148.1.20. *In*: RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. et al **Comentarios a la Constitución española: XL aniversario**. Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2018, v. II.

MSCBS. **Informe de Rentas Mínimas de Inserción** – Año 2018. Madrid: Ministerio de Sanidad; Consumo y Bienestar Social, 2018. Disponível em: <https://www.msbs.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/RentasMinimas.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

MTMSS. **Afiliación al sistema con impacto de la Covid-19**. Ministerio de Trabajo; Migraciones y Seguridad Social. 2020. Disponível em: <http://prensa.mitramiss.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3825>. Acesso em: 4 jun. 2020.

PSOE; UNIDAS PODEMOS. **Coalición progresista**. Un nuevo acuerdo para España. 2019. Disponível em: <https://podemos.info/coalicion-progresista/>. Acesso em: 20 abr. 2020.

ROCHA, T. S. O mínimo existencial na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *In*: PORTELA, I. M.; GONÇALVES, R. M.; VEIGA, F. S. (orgs.). **Paradigmas do Direito Constitucional Atual**. Barcelos: Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, 2017. p. 313-323.

SALCEDO BELTRÁN, M. C. **Incumplimientos por España de la Carta Social Europea**. Conclusiones XX-2 (2013) del Comité Europeo de Derechos Sociales. Madrid: CCOO, 2014. (Colección Estudios F1M).

SARLET, I. W.; ZOCKUN, C. Z. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, n. 2, p. 115-141, 2016.

STANDING, G. **The precariat: the new dangerous class**. New York: Bloomsbury, 2014.

THE WORLD BANK. Fact Sheet: An Adjustment to Global Poverty Lines. **World Bank**. 2022. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/news/factsheet/2022/05/02/fact-sheet-an-adjustment-to-global-poverty-lines>. Acesso em: 20 abr. 2018.

VAN PARIJS, P.; VANDERBORGHT, Y. **Basic Income: A Radical Proposal for a Free Society and a Sane Economy**. London: Harvard University Press, 2017.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO À INFORMAÇÃO NA ERA DIGITAL. O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS* E O “*MARKETPLACE OF IDEAS*”, DE OLIVER HOLMES JR.

***FREEDOM OF EXPRESSION AND RIGHT TO INFORMATION IN THE DIGITAL
AGE. THE PHENOMENON OF FAKE NEWS AND THE “MARKETPLACE OF
IDEAS”, BY OLIVER HOLMES JR.***

Vinicius Almada Mozetic¹

José Luis Bolzan de Morais²

Adriana Martins Ferreira Festugatto³

1 INTRODUÇÃO

A autodireção política do indivíduo e da sociedade pavimentam o regime democrático, sendo que a formação da opinião do cidadão passa, necessariamente, por conhecer aquilo que se passa na sociedade, para, dentro da autonomia que lhe é conferida, fazer escolhas e participar efetivamente dos processos decisórios. Só a partir da informação é que o cidadão pode participar, de forma consciente e livre do debate público, e exercer sua cidadania no Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a liberdade de expressão e de informação, previstas nas Declarações de Direitos e nas Cartas Constitucionais das democracias ocidentais, têm o condão de possibilitar a formação da opinião pública pluralista, a partir do confronto de ideias e opiniões políticas entre si, possibilitando à sociedade democrática avançar no processo civilizatório.

O tema ganha ainda mais relevância a partir do impacto das novas tecnologias no universo comunicativo, imprimindo novos contornos à liberdade de expressão e informação.

¹ Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Unoesc. *E-mail*: mozetic.adv@gmail.com.

² Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Vitória. *E-mail*: bolzan@hotmail.com.

³ Doutoranda em Direito e Mestra em Direito pela Unoesc. *E-mail*: drika_ferreira1@hotmail.com.

No cenário interconectado pela *web*, no qual a produção e circulação de informação não está mais concentrada na mão da grande mídia tradicional e de seus atores (profissionais) tradicionais, estando dispersa na própria rede, o que por um lado trouxe, sobretudo em seus primeiros tempos, a perspectiva de uma maior e mais ampla possibilidade de manifestação e expressão de ideias, posteriormente impactou com a possibilidade de manipulação da vontade por meio da veiculação proposital de mentiras (*fake news*) em massa, principalmente pelas redes sociais e aplicativos de mensagens.

Com isso ganhou ainda mais protagonismo, especialmente após a exposição do nomeado escândalo *Cambridge Analytica*, algo que mereceu o alerta do seu próprio criador – Tim Berners-Lee – que, nas comemorações dos 30 anos de sua criação, indicou para estas disfuncionalidades⁴.

Por isso, sob o pretexto da proteção da qualidade na formação da vontade, há uma forte corrente mundial que preconiza um maior controle sobre a atuação de indivíduos, grupos e empresas na rede, por um lado, bem como uma necessária revisão de práticas e processos no ambiente virtual, por outro, o que pode gerar conflito com os valores protegidos pela liberdade de expressão e de informação, objeto destas reflexões.

Nesse sentido, o objetivo deste texto é analisar o fenômeno das *fake news*, tendo como principal referencial teórico o “*marketplace of ideas*”, construído por Oliver Holmes, nos idos de 1919, o qual sinalizava que o debate público aberto e pluralista, a partir do livre fluxo de ideias e informações, é o ideal para a busca da verdade e fortalecimento da democracia, promovendo

⁴ Em 2019, no trigésimo aniversário do *www*, em carta aberta Tim Berners-Lee indicou para três disfunções na *web*. Uma delas, em particular diz respeito ao tema aqui tratado: a difusão de informações falsas. Leia-se: *To tackle any problem, we must clearly outline and understand it. I broadly see three sources of dysfunction affecting today's web: 1. Deliberate, malicious intent, such as state-sponsored hacking and attacks, criminal behaviour, and online harassment. 2. System design that creates perverse incentives where user value is sacrificed, such as ad-based revenue models that commercially reward clickbait and the viral spread of misinformation. 3. Unintended negative consequences of benevolent design, such as the outraged and polarised tone and quality of online discourse.* Ver: <https://webfoundation.org/2019/03/web-birthday-30/>.

uma tentativa de *aggiornamento* do mesmo, para o contexto contemporâneo demarcado pelo fenômeno da Revolução da Internet, a passagem do analógico para o digital e da era da informação para a da quantificação, tudo isso viabilizado pela transição tecnológica da inteligência artificial, da internet das coisas, do *big data* etc.

Do ponto de vista metodológico, emprega-se o método hermenêutico, explorando as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a sucessão das seguintes etapas: a) definição do que vem a ser *fake news*, apresentado-se o conceito de desinformação enquanto substitutivo para o termo, haja vista a simplicidade e a ambiguidade daquele; b) discussão acerca do controle estatal sobre o debate público, pelas novas proposições legislativas, enquanto estratégia reativa de enfrentamento às *fake news*; c) análise da teoria do *marketplace of ideas* como caminho para a busca da verdade, e a erradicação do falso, sem comprometimento da pluralidade do debate público, bem como uma tentativa de compatibilização desse com uma concepção expansiva da liberdade tradicional, indicando para sua insuficiência como chave de leitura para o problema aqui enfrentado.

1.1 FAKE NEWS: A CLÁSSICA MENTIRA REPAGINADA COMO DESINFORMAÇÃO

Desde as eleições de Donald Trump à presidência dos Estados Unidos em 2016, o termo *fake news* tem inundado noticiários, publicações nas plataformas digitais, conversas entre amigos, enfim, todos os espaços da vida social, como também os espaços acadêmicos, voltados à reflexão em torno do fenômeno e seu impacto, em especial, no campo das práticas democráticas e da própria atuação do Estado de Direito, o que tem refletido significativamente sobre a capacidade de o sistema jurídico e seu braço – o

sistema de justiça – enfrentarem adequadamente a questão, tal como se viu, no Brasil, nas eleições de 2018 (Bolzan de Moraes; Lôbo, 2019a).

O termo – *fake news* – foi escolhido como a palavra do ano de 2017 pelo dicionário Collins, que a definiu como “*false, often sensational, information disseminated under the guise of news reporting*” (Fake News, 2017).

Entretanto, o que se tem percebido é uma verdadeira vulgarização do termo, que vem sendo utilizado indistintamente para designar a disseminação de notícias falsas, como também, qualquer informação que não seja útil ou que não atenda aos interesses dos atores envolvidos, não dando a conhecer, efetivamente, do que se trata ou servindo, até mesmo, para disfarçar o seu significado mais adequado.

A tradução livre da expressão (notícias falsas) não tem o condão de carregar, nos dias atuais, um sentido que permita aceder a uma compreensão correta do termo e sua aplicação ao contexto contemporâneo, em especial no âmbito das novas mídias sociais digitais, pois, como se tem observado, ganhou transcendência.

Para melhor identificar a questão, a fim de possibilitar a sua melhor compreensão e a formulação de possíveis ações para minimizar suas consequências, faz-se necessário, então, transpor o primeiro desafio imposto pelo tema, que é o terminológico.

Nesse sentido, o Relatório da Comissão Europeia de combate às *fake news* e desinformação *on-line*, publicado em 2018, sugeriu, primeiramente, que passe a ser adotado o termo desinformação para sua designação, em razão de sua maior amplitude, trazendo como definição: “*Disinformation as defined in this Report includes all forms of false, inaccurate, or misleading information designed, presented and promoted to intentionally cause public harm or for profit*” (European Commission However, 2018).

Pode-se dizer, assim, que *fake news*, genericamente são entendidas como notícias destinadas a gerar desinformação, com a intenção de prejuízo público ou algum tipo de benefício.

Em um viés prático,

[...] são notícias falsas, mas que parecem verdadeiras. Elas são enganosas, se revestem de artifícios para enganar o leitor buscando sua curiosidade e difusão daquele conteúdo. Não é ficção, é uma mentira revestida de artifícios que lhe conferem aparência de verdade sendo capaz de produzir danos (Rais et al., 2018, p. 69).

Consagra-se, portanto, a tendência de que a pretensão de deturpar o fato é primordial para a configuração das *fake news*. Seria a falsidade deliberada, o fato intencionalmente manipulado. Uma notícia falsa publicada acidentalmente e de forma isolada não seria, assim, o mesmo que desinformação. As notícias deficientes, parciais, erros de opinião ou mesmo equívocos de reportagem não estariam no centro desse fenômeno.

Observa-se, portanto, que as definições que vem se delineando no cenário mundial têm, desde logo, a pretensão de não impactar – ou impactar o menos possível – a liberdade de expressão e seu corolário, a liberdade de imprensa, em razão do receio óbvio que causaria aos atores, ao exercer legitimamente o seu labor de informar à sociedade ou a qualquer membro das redes sociais em divulgar/compartilhar informações, produzindo uma redução indevida na extensão de uma das mais tradicionais liberdades constitucionais.

De outro lado, em um contexto em que a informação deixou de ser o objeto da atividade jornalística profissional, com seus regulamentos próprios, pode colocar em cena algum tipo de autocontrole e de responsabilização – autorregulação⁵ – por parte dos atores presentes nesse cenário digital.

⁵ A autorregulação, dentro de uma explicação bem simplificada, consiste na cooperação entre o Estado – regulador – e os atores sociais a serem regulados. Para melhor entender

Aqui, poder-se-ia fazer um paralelo com a doutrina norte-americana do *actual malice*⁶, que fornece os elementos objetivos para a resolução de casos que envolvam o conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais naquele país, a qual reza ser imprescindível que a pessoa que efetuou tal falsidade a tenha feito com o conhecimento de que a informação repassada era falsa, apesar das dificuldades inerentes à possibilidade de fazer a comprovação desse nexo de conhecimento relativamente à informação divulgada, e sempre tendo em mente a opção daquela tradição jurídica pela proteção maior ao indivíduo do que, em sentido diverso, a perspectiva de uma valoração aumentada da proteção social coletiva, endereçada ao interesse social em aceder a informações qualitativamente fidedignas.

Nesse ponto, no universo de informações que circulam na *web*, no qual as mensagens são replicadas e compartilhadas em frações de segundos, muitas vezes sem qualquer análise mais aprofundada quanto à confiabilidade do conteúdo, quase que automaticamente, a exigência do *animus* em falsear o fato para a configuração de *fake news*, acaba por conceder um “manto” de proteção para aqueles que (com)partilham informações, sem maiores preocupações em checar a sua veracidade. O raio de atuação estatal, da forma como proposto, acaba condicionado pela exigência de existência de prova de que a propagação foi realizada com efetiva e expressa má-fé⁷.

o tema, ler Abboud e Campos (2018). Sobre o tema ver Hoffmann-Riem (2019). Para esse autor, “em contextos digitais, autorregulações e autorregulamentações privadas e sociais são consideravelmente mais significativas do que o direito estabelecido pelo Estado” (p. 537), porém, “Aos Estados Democráticos de Direito, [...] cabe essencialmente, em todo o caso, a tarefa de aproveitar suas possibilidades de conformar a proteção da liberdade para todas as pessoas por meio do Direito” (p. 553).

⁶ Essa tese foi estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *New York Times x Sullivan* 376 U.S. 254 (1964): “[...] The statement was made with ‘actual malice’ – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.[...]”.

⁷ Também aqui seria o caso – embora não seja realizado – de se enfrentar a questão do impacto causado pelas *fake news* nas novas mídias sociais, as quais não conhecem limites geográficos e operam a uma velocidade exponencialmente aumentada, importando na produção de repercussões muito mais significativas e abrangentes do que aqueles das chamadas mídias tradicionais – rádio, teve, jornais, revistas etc. – nas suas versões analógicas.

Ainda na concepção proposta pelo relatório da União Europeia, que prevê como resultado almejado o dano público e/ou o lucro, uma série de postagens, como expressão das manifestações divulgadas nas mídias digitais, estariam excluídas da definição de *fake news* ou dever-se-ia ampliar tal compreensão para fazer incluir o dano potencial como suficiente para sua configuração⁸.

Mas produzir e/ou difundir desinformação visando obter algum tipo de vantagem não é nenhuma novidade na história da humanidade. Desde que o homem começou a se comunicar, a distorção da realidade existe. Mas a “mentira”, por si só, não é objeto central do Direito, que se preocupa, em verdade, com o dano que provém dessa (Rais, 2018), o que coloca, em termos de sociedade digital, um problema acrescido, pois, como já referido, com a internet, a produção de efeitos e consequências é instantânea e desterritorializada, bem como de impossível reversão em razão do próprio modelo de reprodução característico da *web*⁹, servindo como indicativo, o mote que diz que aquilo que chega à *web* não desaparece jamais.

De outra parte, é preciso reconhecer que o próprio conceito de verdade carrega intrinsecamente certa complexidade, como se retira do debate filosófico desde sempre. O filósofo Nietzsche, exemplificativamente, ao pregar que não existem fatos, apenas interpretações (Bittencourt, 2011, p. 91), defendeu que a realidade é construída a partir das lentes interpretativas dos observadores, não existindo uma verdade universal, decorrente de uma investigação cognitiva neutra e isenta. Toda descrição seria feita levando em consideração o aparato sensorial do interlocutor, interpretado a partir de suas vivências e concepções (Camargo, 2008).

⁸ Na Representação nº 0600546-70.2018.6.00.0000, originária do Tribunal Superior Eleitoral, foi determinada a exclusão de cinco postagens envolvendo falsidades sobre pré-candidata, por entender que poderiam afetar a disputa presidencial, ficando evidente que o dano potencial estaria abarcado pelo conceito de *fake news*, já que o período eleitoral sequer havia iniciado.

⁹ Sobre esta questão basta pensarmos no debate em torno ao nomeado “direito ao esquecimento”, rebatizado como “direito ao apagamento” de informações presentes na rede, como consta no art. 17 da GDPR e art. 16 da LGPD – Lei nº 13709/18 – brasileira.

No ensaio “Verdade e Política”, Hannah Arendt, preocupou-se com essa delimitação, afirmando que “Conceitualmente, podemos chamar de verdade aquilo que não podemos modificar; metaforicamente, ela é o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima dele” (Arendt, 2016, p. 325). E, sobre a questão de fatos não serem tratados como opiniões, situação essencial para verificar o raio de delimitação das *fake news*, a autora afirma que embora devam ser separados, não são antagônicos, ao passo que são os fatos que informam as opiniões, as quais, por sua vez, podem diferir amplamente, inspiradas em interesses e paixões, sem, contudo, perderem sua legitimidade (Arendt, 2016).

No universo jurídico-processual brasileiro, eleitoralmente falando, o Tribunal Superior Eleitoral tem se posicionado no sentido da prevalência do viés interpretativo/opinativo no processo de definição de “verdades”, em termos processuais e pela consequente intervenção mínima do judiciário sobre as manifestações e críticas próprias do embate político:

A partir desse parâmetro normativo, foram examinadas todas as postagens questionadas nesta representação, que – na dicção da exordial – seriam veiculadoras de *fake news*, responsáveis por desinformação danosa ao processo eleitoral. Dessas, a grande maioria expressa opinião de eleitores sobre os candidatos da representada, reproduz matérias jornalísticas, faz especulações ante as conexões políticas dos candidatos, relaciona documentário histórico a ideologia de partido integrante da coligação ou critica os mecanismos eletrônicos de votação. Tais conteúdos, por óbvio, não se enquadram entre aqueles cuja remoção é autorizada pela legislação eleitoral, o que faria com que a eventual concessão da liminar pleiteada consubstanciasse inconstitucional ato de censura. Por outro lado, é importante observar que a Internet é um espaço democrático por excelência, pois possibilita que se estabeleça o contraditório no âmbito da própria plataforma que hospeda o conteúdo, no espaço reservado a comentários, o que efetivamente tem sido feito em muitas das postagens impugnadas. Tal circunstância esvazia o potencial lesivo dessas postagens, o que igualmente recomenda a preservação da liberdade de expressão no âmbito da Internet¹⁰.

¹⁰ Tribunal Superior Eleitoral. Decisão que concedeu liminarmente a exclusão de postagem em rede social por conter agressão a candidato. Representação nº 0601646-60.2018.6.00.0000 Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS), *Twitter* Brasil Rede de Informação Ltda.,

No julgado referido, foram questionadas 222 publicações na internet, tendo sido deferida a exclusão, em medida liminar, de apenas uma, mediante a aplicação do art. 25, § 2º, da Resolução TSE 23.551/2017¹¹, que associava falsamente o candidato Fernando Haddad ao planejamento de estratégia de desinformação contra seu adversário na disputa presidencial, tendo as demais sido entendidas como manifestações de crítica e opinião.

Nesse sentido, o direito a se manifestar criticamente tem sido salvaguardado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme decidiu o Ministro Celso de Mello:

No contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, mostra-se intolerável a repressão estatal ao pensamento, ainda mais quando a crítica – por mais dura que seja – revele-se inspirada pelo interesse coletivo e decorra da prática legítima, como sucede na espécie, de uma liberdade pública de extração eminentemente constitucional (CF, art. 5º, IV, c/c o art. 220)¹².

Ademais, sequer o termo *fake news* pode ser considerado novo, se tomarmos como base a existência de uma charge do cartunista Frederick Burr Opper, datada de 1894, na qual já constava estampado *fake news* nos papéis em mãos dos alvoroçados repórteres¹³. Tem-se ainda, em 1897, um

Google Brasil Internet Ltda, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Ministro Carlos Horbach. 10 de outubro de 2018.

¹¹ O dispositivo supracitado assegura que “sem prejuízo das sanções civis e criminais aplicáveis ao responsável, a Justiça Eleitoral poderá determinar, por solicitação do ofendido, a retirada de publicações que contenham agressões ou ataques a candidatos em sítios da internet, inclusive redes sociais”.

¹² AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 505.595. Acórdão que deu provimento para conhecer a inexistência de abuso da liberdade de expressão de pensamento. JOSÉ CARLOS AMARAL KFOURI e RICARDO TERRA TEIXEIRA. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO. 11 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ricardo-teixeira-jucakfouridecisao.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019. Por óbvio, no caso, não se tratava efetivamente de *fake news*, portanto, há que se considera a decisão como uma referência à posição adotada pelo Tribunal, relativamente à prevalência da liberdade de expressão.

¹³ Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Not%C3%ADcia_falsa#/media/Ficheiro:The_fin_de_si%C3%A8cle_newspaper_proprietor_\(cropped\).jpg](https://pt.wikipedia.org/wiki/Not%C3%ADcia_falsa#/media/Ficheiro:The_fin_de_si%C3%A8cle_newspaper_proprietor_(cropped).jpg). Acesso em: 28 jun. 2019.

artigo do *The Minneapolis Journal* referindo-se “a fake news factory” (The Conversation, 2018).

Mas, então, qual a diferença das *fake news*, como estratégia de manipulação do debate público, praticada ontem e hoje? O alcance, frente a transformação social ocorrida a partir da Revolução da Internet, parece dar boas pistas para explicar isso, já que tecnicamente passou a ser possível a difusão de enorme quantidade de informação em tempo real e com conexão interplanetária. Soma-se a isso, o fato que os usuários, além de receptores, passaram a ser produtores de conteúdo, quebrando com a via unidirecional das grandes mídias (jornais/revistas, rádio e televisão).

Esse novo ecossistema de comunicação surgido com a *web*, permitiu a disseminação pulverizada de (des)informação, ao ampliar o raio de ação da comunicação e imprimir mais rapidez à circulação de informação: qualquer um, a partir de um computador conectado à rede, pode produzir e divulgar conteúdos, sem limites de fronteiras. Ainda, há que se considerar a nova relação que se estabelece entre os conteúdos veiculados e os seus leitores/consumidores¹⁴.

Clarissa Gross (2018) sintetizou a questão ao dizer que:

As *Fake News* seriam, portanto, um tipo novo de conteúdo produzido a partir de uma intencionalidade apenas viabilizada pelo modelo de produção, disseminação e consumo de conteúdo *on line*. Trata-se do conteúdo mentiroso, ou seja, intencionalmente falso, fabricado com o objetivo de explorar as circunstâncias do universo *on line* (o anonimato, a rapidez de disseminação da informação, a fragmentação das fontes de informação, e da atenção dos usuários da *internet*, e o apelo às emoções e ao sensacionalismo).

A desinformação na sociedade contemporânea seria, portanto, como que um efeito colateral do cenário digital, não se podendo ignorar, também, a sua utilização como estratégia político-eleitoral, o que leva à construção

¹⁴ Vale a pena a leitura de Patino (2019).

de um novo sentido ao jogo democrático, inclusive em contradição à própria democracia em seu viés moderno, desvirtuado daquele originalmente alardeado como sendo a consagração da possibilidade de uma nova era da democracia, ressuscitando o projeto contratualista rousseauiano.

Como consequência, vive-se tempos em que não se sabe mais dizer se o que se lê tem algum fundamento ou se o discurso na internet se tornou apenas um instrumento de desinformação e de exploração do ódio e dos ressentimentos.

O ambiente informacional atual é complexo e poluído, na analogia trazida por Wardle e Derakhshan (2017) e, nessa perspectiva, a capacidade do ser humano de refutar informações qualitativamente questionáveis, tornou-se fragilizada ou, visto de outra forma, corrompida. Como resultado, passou-se a desacreditar pessoas e instituições – mesmo o próprio conhecimento científico (terraplanismo, exemplificativamente) e “verdades” históricas (como o holocausto) –, o que é justamente a real intenção daqueles que produzem e colocam em circulação as *fake news*, semeando a dúvida e a desinformação, quando não o ódio¹⁵.

Em entrevista, em 1974, acerca dos efeitos da distorção na abordagem dos fatos, Hannah Arendt afirmou que “Se todo mundo sempre mentir para você, a consequência não é que você vai acreditar em mentiras, mas sobretudo que ninguém passe a acreditar em mais nada”¹⁶. Tal assertiva no contexto da Revolução da Internet ganha não só uma nova dimensão, mas também, se transforma em uma “arma” poderosa para diversos setores, desde a economia até o jogo eleitoral, pois, controlar dados significa dominar cada um e todos os aspectos da atividade humana, transformando aquele

¹⁵ O tema relativo aos discursos de ódio, em paralelo às *fake news*, também passou a frequentar as preocupações e o debate acadêmico atual, como um subproduto das facilidades comunicacionais promovidas pela Revolução da Internet, sobretudo seu impacto sobre as fórmulas do jogo democrático. Ver Bolzan de Moraes e Lôbo (2019a, p. 89-115).

¹⁶ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=b1u50jatwqA>. Acesso em: 3 mar. 2020.

“não acreditar em mais nada”, agora, em uma espécie de “crença universal no discurso da rede” (Ziccardi, 2019, p. 95-100).

Ademais, o que se tem observado é que a reverberação de desinformação tende a ser maior do que a da própria verdade. Mais do que isso, como demonstra o estudo canadense, as pessoas conscientemente reproduzem *fake news*:

As notícias falsas estão por toda a internet – e encontram nas redes sociais seu habitat mais fértil. Dificilmente você rola sua timeline do *Facebook* e não se depara com uma manchete sensacionalista compartilhada por algum parente. A situação é ainda mais caótica no *Twitter*: por lá, as *fake news* se disseminam seis vezes mais rápido do que notícias verdadeiras. Quando esse assunto virou pauta pela primeira vez, a grande discussão era o quanto *bots* estavam ajudando a disseminar informações falaciosas. Mas, agora, um estudo da Universidade de Regina, no Canadá, concluiu que, ao contrário do que se imagina, usuários convencionais não estão sendo enganados e conseguem detectar facilmente quando algo é *fake news*. Só que, mesmo assim, boa parte opta por compartilhar a notícia. De acordo com o estudo, existem algumas razões para isso: muita gente não pensa sobre a veracidade de uma informação antes de compartilhá-la numa rede social. E, muitas vezes, divulga notícias que podem ser falsas só porque elas vão de acordo com uma opinião própria¹⁷.

Por fim, é preciso reconhecer que as *fake news* circulam também nas grandes mídias ou mesmo nos discursos oficiais, não estando confinadas aos espaços digitais. O que as define não é o meio por si só, mas sim, o (falso) conteúdo divulgado intencionalmente.

A conjugação com as plataformas digitais apenas elevou o seu potencial ao máximo. E é a partir dessa complexidade conceitual que devemos discutir o papel do Estado em assegurar a liberdade de expressão e o direito de informação frente as falsidades postas propositalmente no cenário político, visando afetar o debate público e interferir no exercício da

¹⁷ Disponível em: <https://super.abril.com.br/tecnologia/pessoas-compartilham-fake-news-de-forma-consciente-mostra-estudo/>. Acesso em: 21 jan. 2020. Para ler o conteúdo da pesquisa: <https://psyarxiv.com/3n9u8>.

autonomia decisória do cidadão, em especial no campo eleitoral, assim como novas perspectivas de regulação que possam responder adequadamente aos novos problemas trazidos pelas *fake news* em conexão com a era digital.

2 REGULAÇÃO ESTATAL COMO ESTRATÉGIA DE ENFRENTAMENTO À DESINFORMAÇÃO

O segundo grande desafio imposto pelas *fake news* é jurídico-filosófico: como enfrentá-la sem o risco de asfixia da liberdade de expressão e de informação, valores tão caros à democracia? Há que se recorrer à clássica e moderna regulação estatal, com uma espécie de reserva de legislação aos parlamentos eleitos? Ou, alternativamente, pode-se deixar aos próprios atores envolvidos, em particular os proprietários dos sistemas de mídias digitais, a produção de algum tipo de autorregulação capaz de coibir o uso de seus mecanismos, em especial, as mídias sociais, como meios de divulgação exponencializada de desinformação? Qual o caminho a ser seguido?¹⁸

A Alemanha foi a primeira nação a aprovar – especificamente em junho de 2017¹⁹ – uma legislação contra o discurso de ódio e *fake news* nas redes sociais, de natureza não liberal, na intitulada lei “*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*” (NetzDG), destinada a redes sociais com mais de dois milhões de membros – como *Facebook*, *YouTube* e *Twitter*. Por meio dessa regulação, as plataformas *on-line* são responsáveis por remover as postagens “obviamente ilegais” dentro de 24 horas após a informação pelo usuário, sob pena de multa que pode chegar em até € 50 milhões, o que gerou muita discussão pelo poder conferido aos próprios operadores das plataformas para “apagar” conteúdos.

¹⁸ Aqui, todavia, em razão até mesmo dos limites impostos, iremos restringir a discussão à atuação do Estado no processo regulatório das *fake news*, deixando para outro momento, o enfrentamento do tema pelo viés de alguma espécie de autorregulação.

¹⁹ Embora só tenha entrado em vigor em 1º de janeiro de 2018, em virtude do período concedido para as plataformas se adequarem às novas exigências. Mais informações podem ser acessadas em: <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/#germany>.

A França, por seu turno, aprovou, em dezembro de 2018, lei contra a manipulação da informação, a qual prevê regras estritas na mídia durante campanhas eleitorais e, mais especificamente, nos três meses anteriores a qualquer votação, na qual as notícias falsas foram definidas como alegações ou imputações errôneas ou enganadoras de um fato com a intenção de alterar a veracidade de um escrutínio²⁰.

Mais recentemente, Singapura, no afã de coibir o fenômeno comunicacional como um todo, aprovou legislação, em maio de 2019, na qual criminaliza a disseminação de “falsa declaração de fato”, prevendo pena de multas milionárias, além de prisão, àqueles que tiverem condutas consideradas ofensivas ao interesse público perante as redes sociais, como por exemplo manter contas em redes sociais com falsidade ideológica, ou ser responsável por *bots*, entre outras²¹.

Infere-se que, de fato, não há um alinhamento no enfrentamento à desinformação por meio de regulação estatal ao redor do mundo, visto que nos três exemplos aqui expostos, o foco da legislação aprovada difere veementemente em seu cerne.

No Brasil inexistente dispositivo legal que regule originalmente a questão das *fake news*. Entretanto, para além do reconhecimento constitucional das garantias de liberdade no campo da expressão e da informação, pela interpretação de vários dispositivos dispersos no ordenamento jurídico brasileiro, é possível haver um controle judicial *ex post* sobre a desinformação, seja na esfera penal, pela previsão no Código Penal dos crimes contra a honra

²⁰ Disponível em: <https://www.dn.pt/lusa/interior/fake-news-uma-lei-que-combate- apenas-a-ponta-do-icebergue-das-noticias-falsas-10481439.html>. Acesso em: 6 ago. 2019. A íntegra do texto está acessível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=1C0CA2CBE3D251ABE14FF9359F881055.tplgfr24s_2?cidTexte=JORFTEXT000037847559&dateTexte=20200124. Tradução livre dos autores.

²¹ O chamado “*The Protection from Online Falsehoods and Manipulation Act*” foi aprovado em maio de 2019. Mais informações podem ser obtidas em: <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/#singapore>.

– calúnia, difamação e injúria (arts. 140 a 143) –, ou ainda pelo Código Eleitoral, que prevê como crime eleitoral a divulgação de informações inverídicas (art. 323).

Sob a ótica eleitoral, tem-se a previsão do direito de resposta (Brasil, 1997) para fins de contraposição pelos candidatos, partidos e coligações que se virem prejudicados por divulgação de fatos sabidamente inverídicos, sendo que para as Eleições de 2018, fora previsto ainda mecanismo para remoção de conteúdo ofensivo da internet (TSE, 2017). Entretanto, visando tutelar ainda mais o processo democrático eleitoral, foi recentemente promulgada legislação – após a derrubada do veto presidencial – que pune quem divulgar notícias falsas contra candidatos em eleição (Brasil, 2019), já aplicável para as eleições municipais vindouras.

As câmaras legislativas, por sua vez, discutem, ao menos, 20 projetos de lei no Congresso Nacional para o tratamento regulatório das *fake news*, em maioria proposições para alterar o Código Penal e Eleitoral, tipificando a conduta como crime²², ignorando a dificuldade natural de distinção entre uma possível prática delituosa e o legítimo exercício de direitos individuais, bem como as especificidades que definem as novas mídias sociais.

A construção de novos remédios jurídicos teria como escopo a proteção do debate público de qualidade, erradicando as falsidades e viabilizando a formação qualificada das convicções políticas. A liberdade de expressão, por essa corrente, é tida como instrumento da democracia, ao passo que a circulação de informação tida como falsa deve ser contida (Dworkin, 2006).

A questão que se põe aqui é saber se, de fato, essas abordagens legais serão instrumentos eficazes para conter as consequências da desinformação sistêmica que atinge o mundo contemporâneo. Em especial,

²² Pode ser verificado no Portal do Congresso Nacional no link: <https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?colecacao=Projetos+e+Mat%C3%A9rias++Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=fake+news&tipo-materia=PL++Projeto+de+Lei&p=2>. Acesso em: 16 jul. 2019.

no âmbito eleitoral, no qual o curto lapso temporal para desenvolvimento das campanhas eleitorais não se harmoniza com os morosos trâmites judiciais próprios dos ordenamentos jurídicos modernos, as soluções legislativas para enfrentamento parecem fadadas a se transformarem em letra morta, restringindo-se apenas à aplicação dos efeitos retributivos das sanções previstas nas figuras legais, inoperantes diante dos efeitos nefastos que as falsidades imprimem ao processo eleitoral. E mais, diante da possibilidade de demandas criminais, poder-se-ia acabar por gerar o que se denomina no contexto estadunidense de *chilling effect*²³, que é o efeito de frear e esfriar as críticas, mesmo quando legítimas. Seria a autocensura, levando as pessoas, por medo de sanção, a não mais se manifestarem.

Dessa forma, a legislação nacional avança, também, no sentido de disciplinar o novo cenário que se estruturou sobre o espaço digital, principalmente visando tutelar o espaço da *web*, o que se vê com a aprovação do Marco Civil da Internet em abril de 2014 (Lei nº 12.965/2014), e também com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), essa última ainda não em plena vigência.

De qualquer forma, a aplicação dos dispositivos legais hoje vigentes no ordenamento jurídico não significa garantia de sociedade informada e, muito menos, voto informado e esclarecido, pois não assegura uma informação adequada, muito menos um controle efetivo da desinformação.

Muitas discussões estão sendo travadas no sentido de que qualquer tentativa de proibição e punição da circulação de desinformação, afetaria o próprio direito individual de participar ativa e livremente nessa troca de ideias que é assegurada pela liberdade de expressão e informação, independente da qualidade das opiniões disseminadas.

²³ Para um maior aprofundamento sobre o *chilling effect*, enquanto efeito resfriador do discurso, ver Osorio (2017, Parte I).

Há como que uma linha tênue que separa o controle do fluxo de comunicação e a garantia da liberdade respectiva.

E é sobre esse entendimento da liberdade de expressão enquanto elemento constitutivo da democracia, que foi pavimentada a teoria do “*marketplace of ideas*”, que passamos a abordar no terceiro tópico do presente trabalho, como mais uma contribuição possível para buscar-se uma fórmula eficaz para o tratamento do tema.

3 A VERDADE ENQUANTO PRODUTO DE UM LIVRE MERCADO DE IDEIAS

A concepção de que a liberdade de expressão constitui um fim em si mesma, e deve ser blindada enquanto direito individual, é considerada como ideal por Dworkin (2006), que defende que toda ideia deve ter a possibilidade de ser ouvida, e que em uma sociedade política justa, o Estado deva tratar todos os cidadãos como adultos, moralmente responsáveis, com exceção dos incapazes.

O autor, ao que parece, inspirou-se na teoria do *marketplace of ideas*, do juiz Oliver Wendell Holmes, construída a partir do caso *Schenck v. United States*²⁴, em 1919, momento em que pairava grande controvérsia constitucional sobre liberdade de expressão nos Estados Unidos. No julgamento, Charles Schenck, Secretário-Geral do Partido Socialista, foi condenado por tentar causar insubordinação no exército e na marinha, distribuindo panfletos para homens que foram convocados para prestar serviço militar, obstruindo os serviços de recrutamento e alistamento nos Estados Unidos, enquanto o país estava em guerra com o Império Alemão. Em sua defesa, alegou que os atos praticados estavam sob a proteção da liberdade de expressão, consagrados na Primeira Emenda.

²⁴ *Schenck v United States*, 249 U.S. 47 (1919).

No caso, o *justice* Holmes foi responsável pelo voto dissidente, argumentando que a propaganda distribuída não atacava a forma de governo dos Estados Unidos e, da mesma maneira, não ameaçava imediatamente a sua força bélica. Em defesa da liberdade de expressão, ele construiu uma metáfora baseada nas leis da economia de livre mercado, enfatizando a importância de um “mercado de ideias” desregulado e livre (*marketplace of ideas*) e afirmando que o melhor teste de veracidade de uma ideia é o poder desta de obter aceitação na competição do mercado do discurso. Baseou-se, assim, no fato de que a vida seria um experimento constante, não cabendo ao Estado, mas à livre circulação estabelecer qual ideia deve prevalecer:

When men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country²⁵.

Assim, a partir da analogia, com o *marketplace of ideas*, Holmes expôs sua posição sobre liberdade de expressão, pela qual o embate de ideias, a partir de uma discussão aberta e diversa, é benéfica à sociedade, viabilizando a descoberta da verdade e a erradicação de opiniões erradas e inverídicas: *“Even a false statement may be deemed to make a valuable contribution to public debate since brings about the clearer perception and livelier impression of the truth produced by its collusion with errors”²⁶.*

²⁵ *Abrams vs United States*, 250 U.S. 616 (1919). Disponível em: <https://www.theatlantic.com/national/archive/2013/08/the-most-powerful-dissent-in-american-history/278503/>. Acesso em: 19 ago. 2019.

²⁶ *New York Times Co. v. Sullivan case in 1964*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/>

Essa teoria é fundamentada na liberdade individual, na autonomia privada, no autogoverno e, principalmente, na procura pela verdade, a partir da tolerância da opinião alheia, sendo que Holmes “não estava se referindo à liberdade de pensamento para aqueles que pensam como nós, mas sim liberdade para o pensamento que odiamos” (Schwartz, 1989, p. 127).

Essa interpretação sobre a liberdade de expressão guarda similitude com as concepções defendidas por John Milton, quase duzentos anos antes, quando no discurso “Aeropagítica” (1644), aventou a necessidade da livre e ampla circulação de opiniões como forma de alcance do conhecimento e da verdade²⁷.

Nessa mesma linha argumentativa, de respeito à diversidade de opinião e da conseqüente possibilidade de refutação e contradição mútua, tem-se a obra “*On Liberty*”, de John Stuart Mill, na qual há a menção sobre o efeito maléfico de se silenciar a expressão de uma única pessoa que seja, comparando-se a um roubo à raça humana: “Se toda a humanidade, exceto uma pessoa, tivesse uma opinião, e essa pessoa tivesse uma opinião contrária, a humanidade não teria mais justificativas para silenciá-la do que ela para silenciar a humanidade” (Mill, 2014, p. 50).

Para Mill (2014), ainda, impedir uma opinião por julgá-la falsa, é pressupor a infalabilidade daquele que assim a julgou, o que claramente é falso, pois o ser humano é um ser naturalmente passível de falhas:

Primeiro: a opinião que se tenta suprimir pela autoridade pode possivelmente ser verdadeira. Aqueles que desejam suprimi-la negam obviamente a sua validade, mas não são infaláveis. Eles não possuem autoridade para decidir a questão pela humanidade inteira e para excluir todas as pessoas da possibilidade de julgá-

federal/us/376/254/. Acesso em: 19 ago. 2019.

²⁷ MILTON, J. Aeropagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro: Topbooks; 1999 in **ADPF n. 130**. Julgamento em 30-4-2009. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de prefeito fundamental n. 130 Relator: *Min. Carlos Britto*. *DJe de 05.11.2009*. Distrito Federal. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 19 ago. 2019.

la. Recusar-se a ouvir uma opinião, por se estar certo de sua falsidade, é assumir que a sua certeza é o mesmo que uma certeza absoluta. Todo silenciar da discussão é uma presunção de infalibilidade. A sua condenação, portanto, pode se fazer por este argumento comum, que não é mais fraco por ser comum (Mill, 2014, p. 51).

Assim, percebe-se que Milton e Mill já sustentavam que a verdade dificilmente seria alcançada a partir de uma única opinião, e que a evolução da sociedade passa pela capacidade de reflexão e questionamento por parte do seu povo, sendo que “essa é a base da evolução científica, da aquisição de novas descobertas e de uma evolução moral que promova o avançar de uma civilização” (Lisboa, 2015, p. 79).

Uma das mais importantes funções da liberdade de expressão na democracia é justamente possibilitar o livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões, sendo esses elementos essenciais para o desenvolvimento intelectual e social da sociedade, e indispensável para o avanço do conhecimento. Ademais, essa vivência de refutações é responsável pelo autodesenvolvimento da pessoa, definindo-a enquanto ser humano e contribuindo para a formação de uma sociedade aberta e tolerante.

Por essa corrente de pensamento, então, o Estado deve se abster de interferir no debate de forma a possibilitar a diversidade/pluralidade na esfera pública. O controle de conteúdo visando banir do conhecimento público uma ideia tida como falsa, em atuação de curadoria, configuraria verdadeira censura e um ataque à cidadania, por impedir o amplo acesso à informação.

Esse direito ao dissenso impacta na proteção a posições, opiniões ou ideias que não reflitam o pensamento eventualmente prevalecente em dado meio social e em dado momento histórico, encontrando suporte legitimador justamente no referencial teórico criado por Oliver Holmes, como evidenciado no julgado colacionado a seguir:

A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias, propostas e opiniões prevalecentes no âmbito social, mas sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes, em dado momento histórico-cultural, no âmbito das formações sociais. Inadmissibilidade da 'proibição estatal do dissenso'. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil, compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de 'livre mercado de ideias'. O sentido da existência do 'free marketplace of ideas' como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO). A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cujo perfil repudia, por efeito de sua própria natureza, a repressão ao dissenso e estimula, por isso mesmo, a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da República (STF, Recurso Extraordinário com Agravo n. 0064436-95.2012.8.26.0050 SP, 2015).

A liberdade de expressão não teria o escopo, assim, de garantir a verdade, e sim, a cidadania e, por consequência, a própria democracia, sendo que isso pode significar ter de conviver com ideias contrárias ou mesmo inverdades.

E, no mundo contemporâneo, mais do que nunca, a verdade deve ser vista de maneira complexa e não única, sendo que a democracia pressupõe, em uma visão não paternalista, que as pessoas saibam diferenciar o que é verdade do que é falso, tendo o cidadão plena liberdade para tomada de decisões.

No contexto da Revolução da Internet, sobretudo no âmbito da rede mundial de computadores e de suas novas mídias sociais, ao possibilitar que qualquer ideia possa ser propagada, por qualquer um, sem limites geográficos e com uma temporalidade instantânea, atingindo milhões de usuários numa fração de segundos, pareceria, por essa perspectiva, estar-se chegando ao momento de uma exponencialização da democracia, afirmando-se um livre mercado de ideias digital e sem limites.

Dessa forma, as críticas a essa posição assentam-se na necessidade de proteção à própria sociedade pois, da mesma forma que na economia não se pode falar num mercado totalmente livre para circulação de

bens e serviços, considerando-se a própria experiência da economia capitalista, também no campo da liberdade de expressão há valores a serem protegidos e que, por isso mesmo, atribuem uma dimensão social à tradicional liberdade individual, levando, tanto quanto na economia, a um processo regulatório que define limites à mesma, não mais reconhecida como valor absoluto e intocável, independentemente da origem dessa regulação do “mercado de ideias”.

No caso brasileiro, exemplificativamente, além das possibilidades já expostas no texto, há diversos dispositivos que podem ser utilizados para interpretar os casos de desinformação postos à análise do judiciário, sendo a vedação ao anonimato e ao discurso de ódio alguns desses balizadores.

Diante disso, impor outras restrições prévias à liberdade de expressão, seja por meio de legislações que visem tipificar *fake news* ou outro controle de conteúdo feito previamente, conferindo ao Estado verdadeiro papel de curador da verdade, precisa estar em consonância com esse quadro que tenta equalizar liberdade e proteção social – inclusive em diálogo com o tema da memória – para que, em nome de uma efetiva tutela da sociedade não se afete a própria autodeterminação do cidadão, como elemento essencial à democracia.

A partir da construção de uma legislação proibitiva, poder-se-ia acabar por criar um antídoto pior que o próprio veneno, haja vista o tênue limite entre a configuração das *fake news* e o livre exercício da liberdade de expressão, aliado aos desafios inerentes às dificuldades de execução de alguma forma de fiscalização e a complexidade na identificação dos autores, em razão dos mecanismos encadeados de disseminação das notícias e (des)informações.

A questão torna-se ainda mais relevante quando transmutamos o debate para o âmbito eleitoral, frente ao risco de manipulação do próprio jogo democrático que as *fake news* representam.

Nesse quadro, o Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Especial Eleitoral nº 2.949, manifestou-se sobre o entendimento quanto à interferência mínima da Justiça Eleitoral no debate travado na internet, dada a importância de se contar com múltiplas fontes e alternativas de informação, restringindo-se o controle judiciário quanto à honra de terceiros ou à divulgação de fato sabidamente inverídico (TSE, 2014).

Daí já se denota que a discussão acerca do limite de interferência no debate público não é algo novo no Brasil, e que o controle *ex post*²⁸ já estava sendo realizado pelo judiciário, em consonância com a corrente de concepção constitutiva da liberdade de expressão.

Não podemos esperar que apenas verdades absolutas ou fatos incontroversos possam ser veiculados, ao mesmo tempo que não se pode tolerar o intolerável, aceitar que os fundamentos de uma sociedade democrática sucumbam pelo seu próprio desvirtuamento, como aliás tem sido objeto de um sem-número de publicações que tratam da questão do impacto causado pelo uso estratégico de *fake news* nos processos eleitorais (Bolzan de Moraes; Lôbo, 2019b).

Em consequência, uma possível solução para o fenômeno *fake news* não parece estar concentrada e restrita em termos de regulação estatal, devendo ser construída de forma fragmentada e difusa, focando ações voltadas à educação digital e ao desenvolvimento do espírito crítico dos cidadãos. Da mesma forma que parece não poder ficar subsumida em uma construção jurisprudencial desenvolvida em tempos analógicos, ou pré-analógicos, como aquela do *justice* Holmes, nos idos de 1919.

O despertar de consciência sobre a qualidade das informações que recebemos e replicamos, principalmente a partir da libertação da palavra

²⁸ Aqui reitera-se o dilema relativamente ao momento de controle, uma vez que o controle *ex post*, em termos de *web*, pode significar controle nenhum diante da impossibilidade de se evitar a propagação da veiculação.

operada pela revolução das comunicações, parecem ser ferramentas cognitivas mais eficazes para o enfrentamento das mentiras digitais, dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito, sem que isso signifique um afrouxamento das tentativas de combate aos nomeados exércitos e milícias digitais que operam nas mídias sociais digitais, para que se possa “*bilanciare l’evoluzione tecnologica con una sempre maggiore attenzione ai diritti delle persone*” (Ziccardi, 2019, p. 133).

Por isso mesmo, não estamos defendendo aqui, qualquer cobertura protetiva para atos de voluntária deturpação de fatos ou mesmo de apologia contra valores protegidos constitucionalmente ou em confronto com a memória histórica. As pretensões abusivas, baseadas no desvirtuamento de fatos, quando comprovadas, podem e devem ser responsabilizadas, até porque liberdade de expressão, em sua dupla dimensão, incorpora o direito à informação de qualidade – enquanto aquela se coloca no âmbito das liberdades individuais, esta se conjuga com aquele dos direitos da sociedade – conformando uma única garantia complexa.

4 EM TERMOS FINAIS: O DIFÍCIL EQUILÍBRIO DA DEMOCRACIA EM SOCIEDADES DIGITAIS

Desde esta perspectiva, seguindo a pauta de Giovanni Ziccardi (2019, p. 121), percebemos que:

Torna, invertito, lo schema gramsciano dell’egemonia sovrastrutturale, che per il capitalismo del digitale risiede nella capacità di orientare scelte e comportamenti con una persuasione permanente [...] rendendo così possibile la manipolazione del consenso e il condizionamento del risultato elettorale.

Por isso mesmo, para além do uso das novas tecnologias de comunicação no campo eleitoral, os desafios impostos pelo fenômeno *fake news* iniciam-se pela terminologia adotada, tendo em conta a simplicidade e

ambiguidade da expressão, o que dificulta a sua correta definição. Soma-se a isso, a dificuldade natural de diferenciação entre fato, opinião, verdade e mentira.

Desinformação é o termo que foi indicado pela Comissão Europeia como o mais adequado para referir-se à manipulação intencional de informações, visando lucro ou dano público e, em particular, a manipulação da vontade do cidadão no campo das escolhas políticas. E, apesar de não ser algo novo na história da humanidade, a partir da revolução das comunicações operada pela *web*, esse fenômeno teve suas consequências potencializadas, semeando, muitas vezes, desinformação, ódio e medo, inviabilizando o diálogo e, dessa forma, colocando em risco a vitalidade da democracia.

Nesse quadro de ideias, a pesquisa tratou de analisar o fenômeno *fake news* frente a teoria do *marketplace of ideas*, formulada por Oliver Holmes Jr, a partir do voto dissidente no caso *Schenck v United States* (1919), abordando as duas justificações da liberdade de expressão: instrumental e constitutiva, assumindo, temporariamente, que a liberdade de expressão e informação e a democracia mantêm relação de retroalimentação, pois a livre circulação de ideias, a partir do pluralismo político, exprime um dos fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito. Evidentemente, a transposição de uma tal cultura jurídico-política não pode ser feita de maneira acrítica e atemporal. De um lado, é preciso que se confronte, como indicado no texto, com uma perspectiva na qual a liberdade comporta uma dimensão social, devendo ser inserida no contexto das garantias em contato com a dimensão coletiva que as mesmas adquirem com a emergência do próprio Estado Social, em uma compreensão genérica do mesmo. De outro, há que se ter em mente que a liberdade de circulação de ideias precisa ser pensada no contexto da Revolução da Internet, em que a possibilidade do uso abusivo da mesma, em um ambiente digital, exponencializa riscos e repercussões, as quais, muitas vezes, por serem instantâneos e sem fronteiras geográficas, podem significar

um impacto de tal magnitude que condicione a própria sobrevivência da democracia, com a manipulação e condicionamento das disputas eleitorais.

E, a partir disso, mais evidente tornam-se as dificuldades de construção de estratégias de controle e combate às *fake news* em contextos eleitorais, seja por meio de uma legislação regulatória para o seu enquadramento, seja o seu tratamento por meio do Sistema de Justiça, tendo-se que considerar, aqui, o papel do Estado em assegurar as liberdades, em sua dupla dimensão.

Como abordado, o ordenamento jurídico pátrio possui figuras para combater os abusos e balizar a atuação do judiciário – mesmo que, às vezes, não o faça da melhor maneira –, talvez não necessitando inovações baseadas em mecanismos regulatórios apenas.

Ao contrário, a solução pode ser construída de forma fragmentada e difusa, sendo o melhor remédio para a desinformação, a informação, com ações voltadas à educação digital e à sensibilização quanto à qualidade das informações que se consome e replica, como ferramentas cognitivas mais eficazes para promover o pensamento crítico e combater as notícias fraudulentas, porém, tendo consciência do que pode fragilizar tal perspectiva em uma *civilization du poison rouge*.

É claro que um tal desiderato não dispensa a construção de novas estratégias, no campo eleitoral, para se garantir a continuidade da própria democracia, mesmo com todas as suas limitações, em particular no campo do tratamento de dados por algoritmos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; CAMPOS, R. A autorregulação regulada como modelo do Direito proceduralizado: regulação de redes sociais e proceduralização. *In*: ABBOUD, G.; NERY JUNIOR, N.; CAMPOS, R. (coord.). **Fake News e regulação**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ARENDDT, H. **Verdade e política**. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2016. *E-book*.

BITTENCOURT, R. N. As falácias da ideia de progresso segundo Nietzsche. **Acta Scientiarum. Human and social sciences**, Maringá, v. 33, n. 1, 2011. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ActaSciHumanSocSci/article/download/9139/9139/>. Acesso em: 3 mar. 2020.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; LÔBO, E. A democracia corrompida pela *surveillance* ou uma *fakedemocracy* distópica. In: BOLZAN DE MORAIS, J. L. (org.). **A democracia sequestrada**. São Paulo: Tirant lo Blanch. 2019. p. 27-42.

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; LÔBO, E. Rule of Law, New Technologies and Cyberpopulism. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n. 3, p. 89-115, 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.504/1997, de 30 de setembro de 1997**. *Estabelece normas para as eleições*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.834/2019, de 4 de junho de 2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm. Acesso em: 24 jan. 2020.

CAMARGO, G. A. Sobre o Conceito de Verdade em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche**, v. 1, n. 2, p. 93-112, 2008.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EUROPEAN COMMISSION HOWEVER. **A multi-dimensional approach to disinformation**. Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation. Disponível em: https://blog.wan-ifra.org/sites/default/files/field_blog_entry_file/HLEGReportonFakeNewsandOnlineDisinformation.pdf. Acesso em: 25 set. 2019.

FAKE NEWS. **Dicionário online Collins**. Disponível em: <https://www.collinsdictionary.com/word-lovers-blog/new/collins-2017-word-of-the-year-shortlist,396,HCb.html>. Acesso em: 3 jul. 2019.

GROSS, C. P. *Fake news* e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, D. (coord.). **Fake News: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

HOFFMANN-RIEM, W. Autorregulação, autorregulamentação e autorregulamentação regulamentada no contexto digital. **Revista AJURIS**, v. 46, n. 146, p. 529-553, jun. 2019.

LISBOA, C. P. **Resenha**. *Investigação Filosófica*, v. 6, n. 2, 2015. Disponível em: <https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica/article/viewFile/4921/2236>. Acesso em: 5 ago. 2019.

MILL, J. S. **A liberdade**. São Paulo: Hedra, 2014. *E-book*.

OSORIO, A. **Direito eleitoral e liberdade de expressão**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PATINO, B. **La civilization du poisson rouge**. Petit traité sur le marché de l'attention. Paris: Grasset. 2019.

RAIS, D. *et al.* **Direito Eleitoral Digital**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

RAIS, D. Fake news e eleições. In: RAIS, D. (coord.). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SCHWARTZ, B. **Alcunos artifices del derecho norteamericano**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989.

THE CONVERSATION. **A century ago, progressives were the ones shouting 'fake news', notícia de 1 de fevereiro 2018**. Disponível em: <https://theconversation.com/a-century-ago-progressives-were-the-ones-shouting-fake-news-90614>. Acesso em: 26 ago. 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 505.595**. Acórdão que deu provimento para conhecer a inexistência de abuso da liberdade de expressão de pensamento. José Carlos Amaral Kfoury e Ricardo Terra Teixeira. RELATOR: Min. Celso de Mello. 11 de novembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ricardo-teixeira-jucakfoury-decisao.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130 Distrito Federal**. Partido Democrático Trabalhista – PDT, Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ e Associação Brasileira de Imprensa – ABI – RELATOR: Min. Carlos Britto. 30 de abril de 2009. MILTON, J. Aeropagítica: discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra. Rio de Janeiro: Topbooks; 1999). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>. Acesso em: 19 ago. 2019.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 0064436-95.2012.8.26.0050 SP** – São Paulo. Paulo Henrique dos Santos Amorim e Merval Soares Pereira Filho. Relator: Min. Celso de Mello. 15 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9412755>. Acesso em: 19 ago. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Decisão que concedeu liminarmente a exclusão de postagem em rede social por conter agressão a candidato**. Representação N. 0601646-60.2018.6.00.0000 Coligação O Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS), Twitter Brasil Rede de Informação Ltda., Google Brasil Internet Ltda, Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. Relator: Ministro Carlos Horbach. 10 out. 2018.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Decisão que concedeu liminarmente a exclusão de postagens em rede social por conter informações inverídicas sobre pre-candidata**. Representação n. 0600546-70.2018.6.00.0000. Rede Sustentabilidade, Maria Osmarina da Silva Vaz de Lima e Facebook Serviços On Line do Brasil Ltda. Relator: Ministro Sérgio Banhos. 7 de junho de 2018.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Decisão que entendeu que a interferência da Justiça Eleitoral no Facebook deve ser mínima.** RESPE N. 29-49-2012.6.19.0145. Recurso Especial Eleitoral. Sandro Matos Pereira e Ministério Público Eleitoral. Relator: Ministro Henrique Neves da Silva. 5 de agosto de 2014. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=0_kvMRu1DBA&index=7&list=PLIjYw1P54c4yfMcWXMsv0PgW2RH23ows7. Acesso em: 8 jul. 2019.

TSE. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.551/2017, de 18 de dezembro de 2017.** Dispõe sobre propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/busca-congresso/?colecacao=Pr ojetos+e+Mat%C3%A9rias+-Proposi%C3%A7%C3%B5es&q=fake+news&tipo-materia=PL+-+Projeto+de+Lei&p=2>. Acesso em: 16 jul. 2019.

UNITED STATES SUPREME COURT. **New York Times Co. v. Sullivan.** Opinion of the Court: Justice Brennan, 1964.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Schenck v United States.** Opinion of the Court: Justice Oliver Wendell Holmes Jr., 1919.

WARDLE, C.; DERAKHSHAN, H. **Information disorder:** toward an interdisciplinary framework for research and policy making. Strasbourg: Council of Europe, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-researc/168076277c>. Acesso em: 23 fev. 2020.

ZICCARDI, G. **Tecnologie per il potere.** Come usare i social network in politica. Milano: Raffaello Cortina Editore, 2019.

DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA, ESTADO LAICO E SACRIFÍCIO DE ANIMAIS: ESTUDO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 494.601¹

***FUNDAMENTAL RIGHT TO RELIGIOUS FREEDOM, SECULAR STATE AND
ANIMAL SACRIFICE: A STUDY OF THE FEDERAL SUPREME COURT'S
DECISION IN EXTRAORDINARY APPEAL NO. 494.601***

Wilson Antônio Steinmetz²

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal (STF) finalizou, em 2019, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601. Haviam decorridos quase 14 anos, contados a partir do ano da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No recurso, discutiu-se e decidiu-se sobre o pedido de inconstitucionalidade do parágrafo único introduzido pela Lei nº 12.131/2004 no art. 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais (Lei nº 11.915/2003), ambas leis do Estado do Rio Grande do Sul. O caso discutido no Recurso Extraordinário é conhecido como o “caso do sacrifício de animais”.

Neste artigo, desenvolvem-se a análise e crítica da decisão e dos principais fundamentos normativos e não normativos expostos pela maioria vencedora dos ministros. Utilizando-se metodologia analítico-reconstrutiva. Pretende-se demonstrar que o STF se moveu com cautela para não tomar decisão que fosse ou parecesse preconceituosa e discriminatória contra crenças e cultos de matriz africana. Pretende-se demonstrar também que, embora não afirme expressamente, o tribunal faz uma interpretação “fraca” (mitigada) do princípio constitucional da laicidade do Estado e atribui uma posição preferente ao direito fundamental à liberdade religiosa.

¹ Publicado originariamente na **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 21, n. 2, p. 245-262, maio/ago. 2020.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0519-6201>. E-mail: wilson.steinmetz@gmail.com.

O plano de exposição orienta-se pela anatomia de estudo de caso descrita por Fine (2007), com adaptações às especificidades do modelo deliberativo processual e judicial brasileiro.

2 ELEMENTOS FÁTICOS E PROCESSUAIS DO CASO

Em 2003, o Estado do Rio Grande do Sul instituiu o Código Estadual de Proteção aos Animais (Lei nº 11.915). O Código estabelece normas de proteção aos animais com o objetivo de “compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental” (art. 1º). Por meio dessa medida normativa, o Estado atua para cumprir os deveres de proteção correlatos ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF).

O art. 2º do Código proíbe inúmeras condutas que atentam contra a integridade física e o bem-estar dos animais³. Dessa forma, concretiza o mandamento constitucional que proíbe a submissão de animais a crueldade (CF, art. 225, § 1º, VII).

No ano seguinte, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei nº 12.131, acrescentou o parágrafo único ao art. 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais: “Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana”. Assim, a lei exclui as práticas e os ritos

³ “Art. 2º – É vedado: I – ofender ou agredir fisicamente os animais, sujeitando-os a qualquer tipo de experiência capaz de causar sofrimento ou dano, bem como as que criem condições inaceitáveis de existência; II – manter animais em local completamente desprovido de asseio ou que lhes impeçam a movimentação, o descanso ou os privem de ar e luminosidade; III – obrigar animais a trabalhos exorbitantes ou que ultrapassem sua força; IV – não dar morte rápida e indolor a todo animal cujo extermínio seja necessário para consumo; V – exercer a venda ambulante de animais para menores desacompanhados por responsável legal; VI – enclausurar animais com outros que os molestem ou aterrorizem; VII – sacrificar animais com venenos ou outros métodos não preconizados pela Organização Mundial da Saúde – OMS –, nos programas de profilaxia da raiva. *Parágrafo único. Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana*” (grifo nosso). O parágrafo único foi introduzido pela Lei nº 12.131/2004.

de sacrifício de animais em cultos e liturgias de matriz africana da incidência das proibições estipuladas nos incisos do art. 2º.

No mesmo ano de 2004, o governador do Estado do Rio Grande do Sul publicou o Decreto nº 43.252, regulamentando o art. 2º do Código. O Decreto estipula que “Para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte” (art. 2º). Com base em simples interpretação semântica, constata-se que o decreto restringe o conteúdo e alcance do parágrafo único acrescentado pela Lei nº 12.131 ao art. 2º do Código Estadual de Proteção aos Animais. A consequência prática é o restabelecimento da incidência das proibições do art. 2º (*caput* e incisos) para todos os destinatários da lei, inclusive para cultos e liturgias. Ou seja, pelo Decreto, é vedada a submissão de animais a tratamento cruel também em cultos e liturgias de matriz africana.

O Procurador-Geral de Justiça ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (Processo nº 70010129690) junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul contra a Lei nº 12.131/2004. Indicou inconstitucionalidades formal e material. No plano formal, argumentou que a lei invadiu competência privativa da União em matéria penal (CF, art. 22, I). No plano material, alegou que, ao excluir da incidência do art. 2º do Código apenas os cultos e liturgias de matriz africana, a lei violou os princípios da isonomia e da laicidade do Estado (CF, art. 5º, *caput* e art. 19, I, respectivamente).

O Tribunal de Justiça julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Entre outros argumentos, para o Tribunal “[...] não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática”. No entanto, a maioria do Tribunal pontuou que é permitido o sacrifício de animais, “desde que sem excessos ou crueldade”. De um lado, o tribunal declara a constitucionalidade da exceção introduzida ao art. 2º do Código pela Lei nº 12.131; de outro, proíbe os (eventuais) atos

comissivos e omissivos de crueldade contra animais. Assim, faz uma interpretação conforme a Constituição, harmonizando o direito fundamental à liberdade religiosa e a proibição de submissão de animais a tratamento cruel.

Contra a decisão do Tribunal de Justiça, o Procurador-Geral de Justiça apresentou recurso extraordinário junto ao STF, com fundamento no art. 102, III, a, da CF. Sustentou que o acórdão violou o inciso I do art. 22, o *caput* do art. 5º e o inciso I do art. 19, todos da Constituição do Brasil. O recurso foi distribuído ao ministro Marco Aurélio.

Em 9 de agosto de 2018, o Pleno do STF iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário nº 494.601. Após o proferimento dos votos dos ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, o ministro Alexandre de Moraes pediu vistas. O julgamento foi finalizado em 28 de março de 2019. Por maioria de votos, negou-se provimento ao recurso extraordinário e fixou-se a seguinte tese geral: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

3 QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

O julgamento e a decisão no recurso extraordinário estruturaram-se a partir de três questões constitucionais. A primeira é de natureza formal: ao excluir, de plano e de forma geral, os cultos e as liturgias de matriz africana da incidência de proibição de crueldade contra animais, a Lei nº 12.131 violou a competência da União para editar normas de direito penal (CF, art. 22, I)?

Por unanimidade, o STF entendeu que a Lei nº 12.131 não é uma lei penal e nem contém quaisquer normas isoladas de direito penal. A Lei nº 11.915 e Lei nº 12.131 são atos normativos primários que se situam no âmbito da legislação concorrente (CF, art. 24, VI). Os Estados e o Distrito Federal

têm competência para legislar concorrentemente sobre a fauna, instituindo infrações e sanções administrativas para atender as suas necessidades específicas.

A segunda questão é de natureza substantiva: ao excluir os cultos e as liturgias de matriz africana da incidência de proibição de crueldade contra animais, a Lei nº 12.131 violou o princípio da laicidade do Estado (CF, art. 19, I)?

A terceira questão também é de natureza substantiva: ao excluir apenas os cultos e as liturgias de matriz africana da incidência de proibição de crueldade contra animais, a Lei nº 12.131 violou o princípio da igualdade (CF, art. 5º, *caput*)?

Por maioria de votos, a resposta do STF para as duas questões foi não.

A análise e a crítica desenvolvidas na sequência têm por objeto as duas questões substantivas e os argumentos que fundamentaram a decisão do tribunal.

4 A INTERPRETAÇÃO DA NORMA LEGAL EM QUESTÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Uma das premissas para entender a direção dos argumentos e da decisão final do STF é a interpretação que a maioria dos ministros fez da extensão normativa do art. 2º e incisos da Lei nº 11.915. Segundo essa interpretação, os enunciados do art. 2º e incisos, sem o enunciado do parágrafo único acrescentando pela Lei nº 12.131 – objeto da impugnação por inconstitucionalidade formal e material –, implicavam a proibição do sacrifício de animais em cultos e liturgias de matriz africana ou, ao menos, permitiriam que as autoridades administrativas, no exercício do direito de polícia ambiental, fizessem essa interpretação. E a proibição do sacrifício de animais em cultos e liturgias violaria o

direito fundamental à liberdade religiosa (crença, consciência e culto), enunciado no inciso VI da art. 5º da CF⁴.

Contudo, não há nenhuma razão semântica, teleológica e/ou sistemática que autorize, de forma consistente, a interpretação de que o *caput* e os incisos do art. 2º da Lei nº 11.915 prescrevem ou implicam a proibição de sacrifícios de animais em cultos e liturgias de quaisquer religiões. Ademais, não há qualquer norma constitucional ou legal no ordenamento jurídico brasileiro que proíba o abate ou sacrifício de animais.

É plausível conjecturar que autoridades administrativas, em alguns casos, poderiam deduzir, com base no art. 2º e seus incisos da Lei nº 11.915, uma proibição de sacrifício de animais e, no exercício do direito de polícia ambiental, restringir o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa. No entanto, para o enfrentamento desse problema, o direito possui os instrumentos administrativos e judiciais de correção. Os atos praticados no exercício do direito de polícia estão sujeitos, tanto ao controle administrativo (devido processo administrativo) como ao controle judicial.

Por que a maioria dos ministros do STF fez essa interpretação e a adotou como premissa dos argumentos subsequentes que fundamentaram a decisão e a tese geral fixada no caso?

A hipótese é esta: os ministros orientaram-se por elementos históricos e sociológicos – portanto, externos à normatividade constitucional e legal – e acutelaram-se em não tomar uma decisão que fosse ou parecesse preconceituosa e discriminatória ou que não bloqueasse, de plano e independentemente das circunstâncias fáticas em cada caso, eventuais abusos e discriminações praticados por autoridades administrativas no exercício do direito de polícia ambiental⁵.

⁴ CF, art. 5º, VI: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias [...]”.

⁵ Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes fez a seguinte interpretação da decisão recorrida: “E o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao meu ver, ao analisar a

No voto de vários ministros aparece referências ao histórico de estigmatização, preconceitos e discriminações, por motivos raciais, culturais e sociais (*razões de natureza sociológica*) contra as práticas religiosas de matriz africana. O pano de fundo é o passado escravagista do país e o histórico de vulnerabilidade econômica e social de minorias discriminadas, no caso de grupos afrodescendentes⁶. Na ementa do acórdão, há menção expressa ao *preconceito estrutural*⁷.

Aqui já se destaca a primeira conclusão relevante do ponto de vista teórico que transcende ao próprio caso: na atividade interpretativa de enunciados normativos, os juízes e tribunais são influenciados e orientam-se, consciente ou inconscientemente, por razões não normativas ou externas à normatividade instituída. São as pré-compreensões do intérprete a que se refere Hesse (1992) ou as justificativas externas à interpretação normativa havidas por Sunstein (1993) como inevitáveis.

lei, *quis evitar exatamente uma possibilidade de aplicação preconceituosa da lei*" (grifo nosso). Em outra passagem, Moraes anota: "Analisando o histórico legislativo, verificamos que a aprovação do parágrafo único [do art. 2º introduzido pela Lei nº 12.131] ocorreu porque autoridades sanitárias, autoridades administrativas, interpretando – e repito –, de forma preconceituosa, as religiões de matriz africana, estavam interditando, principalmente, os terreiros de candomblé". Na sequência, apresentou sua inferência: "*Se a interpretação não fosse preconceituosa*, não haveria, em nenhum dos incisos, a possibilidade nem de se aventar que a lei estaria dirigida também à questão religiosa" (grifo nosso). Essa suposição empírica foi também suscitada pela ministra Rosa Weber: "Entendo que o que levou o legislador gaúcho a fazer essa ressalva está diretamente vinculado à **intolerância** e ao **preconceito**, ao fato de serem as religiões de matriz africana **estigmatizadas** nos seus rituais de abate" (negritos no original). Por fim, cite-se trecho do voto da ministra Cármen Lúcia: "Desproteção, tragicamente – repito –, tem-se em relação àqueles que sofrem os preconceitos, incluídos aí os que praticam as religiões – essas religiões ou qualquer outra – e principalmente àqueles que, pela sua própria ascendência, sempre foram vítimas de preconceitos" (grifo nosso).

- ⁶ Ao final de seu voto, o ministro Edson Fachin afirmou que "[...] a designação de especial proteção a religiões de culturas que, historicamente, foram estigmatizadas" não ofende o princípio da igualdade. O argumento do preconceito e da discriminação também apareceu no voto do ministro Roberto Barroso (ver nota de rodapé 10, infra).
- ⁷ "5. A proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado" (grifo nosso).

5 A INTERPRETAÇÃO “FRACA” DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO

O STF decidiu que a exceção de incidência das hipóteses de vedação de maus tratos enumeradas nos incisos do art. 2º do Código Estadual de Proteção da Fauna (Lei nº 11.915/2003) – exceção introduzida pela Lei nº 12.131/2004 – no exercício dos cultos e liturgias de matriz africana não viola o princípio da laicidade do Estado⁸. Essa conclusão pressupõe o que se pode denominar *interpretação “fraca”* (branda, mitigada) do princípio da laicidade do Estado⁹.

A laicidade do Estado impede que quaisquer dos poderes públicos – especialmente os Poderes Legislativo e Executivo – com fundamento em preceitos, convicções ou crenças religiosas imponham *obrigações* (deveres positivos) aos cidadãos ou a determinados grupos ou categorias de pessoas. Mas a laicidade do Estado – e aqui vem o abrandamento, a mitigação – não impede que o Estado excepcione ou relativize obrigações de grupos religiosos minoritários, historicamente discriminados e socialmente sub-representado¹⁰. Essa ideia está implícita ou pressuposta na argumentação

⁸ Aqui o conceito de princípio não tem o significado de mandamento de otimização (Alexy, 2008, p. 90), mas de norma estruturante de um determinado âmbito de regulação, no caso o Estado.

⁹ Também poderia ser denominada *concepção “fraca”* no sentido de uma concepção teórica sobre o significado e abrangência da laicidade do Estado. Essa concepção teórica pode ter ou não referibilidade a aspectos normativos instituídos na Constituição e/ou leis. Na hipótese de não haver referibilidade normativa alguma ou de haver baixa referibilidade, essa concepção apresenta-se como pré-compreensão do intérprete (Hesse, 1992) ou como elemento justificatório substantivo externo ao texto constitucional (Sunstein, 1993).

¹⁰ No voto do ministro Roberto Barroso está um indicativo da interpretação “fraca” do princípio da laicidade do Estado: “[...] penso que não é possível falar em violação ao princípio da laicidade, que, apesar desse nome estranho, significa essencialmente que o Estado não pode estar associado a nenhuma religião. O Estado não deve nem proteger, nem perseguir qualquer religião. A ideia de laicidade significa a separação formal entre Igreja e Estado e significa o que se diz ser a neutralidade estatal em relação a qualquer religião. Por que creio que a referência apenas às religiões de matriz africana não é privilégio neste caso? Porque, aqui, não se trata de dar um privilégio, mas ao contrário, de assegurar os mesmos direitos que eram e sempre foram assegurados às outras religiões. De modo que *proteger a liberdade de culto de uma comunidade religiosa específica é assegurar a liberdade religiosa, e não quebrar a laicidade do Estado*” (grifo nosso).

da maioria dos ministros do STF. A interpretação do sentido e alcance do princípio da laicidade é mitigada por elementos históricos e sociológicos não normativos, externos ao texto constitucional.

A segunda ideia pode ser assim formulada: o tratamento desigual e deferente aos cultos e às liturgias de matriz africana, excluindo-os de plano e com efeitos gerais da incidência das normas proibidoras de submissão de animais a crueldade, não caracteriza preferência do Estado por uma crença religiosa, adoção de crença ou estabelecimento de culto ou relação de dependência com igrejas e seus representantes. Também essa ideia é justificável somente se apoiada em uma interpretação “fraca” da laicidade do Estado. Uma interpretação “forte”, abrangente ou estrita da laicidade do Estado conduziria a resultado oposto: a proibição de tratamento cruel a animais seria aplicável não só para cultos e liturgias de matriz africana, mas para todas as crenças e cultos religiosos. A deferência estatal a específica religião viola o Estado laico em sentido “forte”, pouco importa se religião minoritária ou majoritária. O conteúdo e alcance da laicidade do Estado não estão condicionados à representatividade social das crenças e cultos religiosos.

Esse caso não é o primeiro em que o STF adota uma interpretação “fraca” do princípio da laicidade do Estado. Essa premissa já estava presente no caso do ensino religioso nas escolas públicas de Ensino Fundamental (ADI 4439). Nesse caso, o STF decidiu, por maioria de votos, que o ensino religioso nas escolas públicas de Ensino Fundamental pode ser de natureza confessional. Essa solução apenas se justifica se apoiada em uma interpretação “fraca” do princípio da laicidade do Estado.

A conclusão relevante da análise aqui desenvolvida é que o STF adota uma interpretação “fraca” do princípio da laicidade do Estado brasileiro. Se adotasse uma interpretação “forte” (dura), provavelmente o tribunal decidiria de forma diversa, considerando inconstitucional

o dispositivo legal impugnado no Recurso Extraordinário nº 494.601, ou então, realizando uma interpretação conforme a Constituição, para estender a todas as crenças e cultos, condicionando, porém, o sacrifício de animais ao não tratamento cruel¹¹.

6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROTEÇÃO DE MINORIAS RELIGIOSAS

À exceção do ministro Marco Aurélio, os ministros que participaram do julgamento entenderam que, ao excepcionar apenas os cultos e as liturgias de matriz africana, o dispositivo legal impugnado no Recurso Extraordinário nº 494.601 não viola o princípio da igualdade. O ministro Marco Aurélio propôs que se fizesse uma interpretação conforme a Constituição para estender o alcance da norma de exceção a todas as crenças religiosas¹². O ministro Roberto Barroso apenas admitiu a extensão do alcance como uma consideração *obiter dictum*, mas não como *ratio decidendi* nem como elemento componente da tese geral fixada no julgamento.

O melhor argumento normativo foi o do ministro Marco Aurélio. De fato, não há uma razão fática e objetiva relevante que justifique excluir apenas os cultos e as liturgias da incidência das hipóteses de vedação de submissão de animais a crueldade. A exclusão de incidência deveria ser estendida aos cultos e às liturgias de todas as religiões ou crenças religiosas que praticam o sacrifício ritualístico de animais.

¹¹ Essa foi a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. A mesma conclusão foi sustentada pelo ministro Marco Aurélio, relator do caso, e pela ministra Rosa Weber. O ministro Marco Aurélio também condicionava a licitude do sacrifício de animais ao uso para alimentação.

¹² Essa também foi a posição da ministra Rosa Weber, manifestada no final de seu voto. Contudo, diferentemente do ministro Marco Aurélio, a ministra não se pronunciou claramente pela inconstitucionalidade do dispositivo legal por ofensa ao princípio da igualdade. A ministra ainda votou a favor da tese geral fixada, como se lê na proclamação do resultado do julgamento. Portanto, considerado o conjunto do voto, conclui-se que a ministra Rosa Weber teve posição ambígua e em parte contraditória.

O argumento da maioria dos ministros mais uma vez apoiou-se em elementos não normativos. O histórico de discriminação social contra grupos e religiões de matriz africana justificaria um tratamento desigual e exclusivo no caso¹³. É um argumento histórico-sociológico.

7 POSIÇÃO PREFERENTE DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

Embora não haja afirmação expressa nos votos, na decisão e na tese geral fixada, o conjunto da argumentação da maioria dos ministros permite concluir que o STF adota a tese do que se pode denominar *posição preferente do direito fundamental à liberdade religiosa*, especialmente quando está em questão crenças e cultos de minorias¹⁴.

A adoção dessa tese – reitera-se, não expressamente formulada – também estava presente e explica, ao menos em parte, a decisão do STF, no caso do ensino religioso confessional nas escolas públicas de Ensino Fundamental (ADI 4439). A posição preferencial do direito fundamental à liberdade religiosa conecta-se com a interpretação “fraca” (mitigada) da laicidade do Estado. Essa conexão não decorre de imposição conceitual, necessária ou lógica, mas de uma opção interpretativa do tribunal. A posição preferencial do direito fundamental à liberdade religiosa também é compatível

¹³ Esse argumento apareceu no voto do ministro Roberto Barroso: “Por que a mim me parece, claramente, que não há uma violação ao princípio da isonomia ou da igualdade no fato de que a lei do Rio Grande do Sul ressalva apenas as religiões de matriz africana? *Penso que a razão é que tais religiões é que têm sido, historicamente, vítimas de intolerância, de discriminação e de preconceito. Os católicos não precisam de proteção; os protestantes não precisam de proteção; porém, quem tem um histórico multissecular de intolerância, de discriminação e de preconceito é que precisa da proteção especial [...]* Na verdade, a lei fez questão de destacar as religiões de matriz africana, porque ali residia o preconceito” (grifo nosso).

¹⁴ Posição preferente também tem o direito fundamental à liberdade de expressão como é possível verificar no conjunto da jurisprudência do STF, especialmente nas decisões paradigmáticas tomadas na ADPF 130 (lei de imprensa) e na ADI 4815 (biografias não autorizadas). Por posição preferente de um direito fundamental entende-se a precedência *prima facie* deste direito fundamental frente a direitos fundamentais que recorrentemente colide. Sobre os usos de precedências *prima facie*, ver Alexy (1997) e Steinmetz (2004).

com uma interpretação “forte” da laicidade do Estado. A neutralidade religiosa do Estado estritamente concebida (interpretação “forte”) não é incompatível com o reconhecimento e garantia do direito fundamental à liberdade religiosa como direito fundamental de defesa e direito fundamental de proteção.

8 PROPOSTA DE RECONSTRUÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO DOGMÁTICAS ADEQUADAS E CORRETAS PARA A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Do ponto de vista dogmático, o caso do Recurso Extraordinário nº 494.601 se caracteriza e se estrutura como um conflito entre o direito fundamental à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), que garante a liberdade de crença e o livre exercício de culto, o princípio da laicidade do Estado (CF, art. 19, I) e a proibição de submissão de animais a crueldade (CF, art. 225, § 1º, VII, *in fine*). No entanto, não foi essa a leitura reconstrutiva do caso feita pela maioria dos ministros do STF.

A maioria dos ministros tomou em consideração apenas o direito fundamental à liberdade religiosa. Para contornar o desafio de um sopesamento ou de uma harmonização de normas que o caso exigia, aceitou-se como evidência incontestável, a premissa de que não há e não haverá tratamento cruel a animais nos cultos e liturgias de matriz africana; a submissão de animais a crueldade está excluída de plano¹⁵. Assim, estaria afastada, também de plano, a incidência da norma que proíbe a submissão de animais a crueldade. Com isso, simplifica-se a solução do caso: trata-se de aplicar o direito fundamental

¹⁵ Nesse sentido, argumentou o ministro Alexandre de Moraes: “[...] parto, exatamente, dessas duas premissas: primeiro, a Constituição consagra a inviolabilidade das crenças e cultos religiosos; e a segunda premissa é que nenhuma das condutas previstas nos incisos do art. 2º da lei estadual foram ou são praticados pelos cultos das religiões de matriz africana. O que a lei quis dizer com o parágrafo único foi: ‘Olha, as religiões exercem aqui liberdade de culto e não praticam isso’. É que a redação ficou falha, parecendo que estaria a permitir qualquer atitude” (grifo nosso). Esse argumento não foi contestado por nenhum dos ministros que participaram do julgamento.

à liberdade religiosa, sem a resistência ou oponência de qualquer outra norma constitucional.

O tribunal poderia ter chegado à mesma conclusão com uma reconstrução dogmática e uma fundamentação da decisão corretas. E com a vantagem de não atribuir valor de verdade absoluta e irrefutável a uma premissa empírica que, por natureza, está sujeita a ser falseada ao menos em algumas situações: a premissa de que em cultos e liturgias de matriz africana nunca há ou haverá submissão de animais a crueldade ou ao sofrimento, nem antes nem durante.

O tribunal poderia ter reconstruído o caso como um conflito de normas e, mediante um sopesamento¹⁶, ter dado prevalência ao direito fundamental à liberdade religiosa com a seguinte fundamentação: a) a liberdade religiosa (crença, consciência e culto) é direito subjetivo fundamental; b) é direito fundamental de caráter personalíssimo; c) o princípio da proteção da fauna e a regra de proibição de submissão de animais geram para o Estado deveres objetivos de proteção, mas não estatuem e garantem pretensões subjetivas para pessoas; d) assim, o direito fundamental à liberdade religiosa tem, à partida, um peso abstrato maior; e) conforme informações empíricas apuradas e conhecidas, a submissão de animais à crueldade não é inerente aos cultos e às liturgias de matriz africana, embora não se possa afirmar com grau de certeza absoluta que a crueldade, em hipótese alguma, possa ocorrer antes ou durante; f) não há norma constitucional que proíbe o sacrifício ou abate de animais; g) o Estado laico é neutro perante escolhas de crença e exercício de culto, mas está obrigado a respeitar e proteger a livre escolha de crenças e o livre exercício de culto, por meio de medidas normativas e fáticas; h) consideradas as premissas normativas e fáticas anteriores, justifica-se a prevalência do direito fundamental à liberdade religiosa; e i) logo, lei que exclui o sacrifício de animais em cultos e liturgias da incidência de normas de proibição de tratamento cruel não é inconstitucional.

¹⁶ Trata-se de proposta orientada por conceitos da teoria dos princípios de Alexy e pelo princípio da proporcionalidade (Alexy, 2008, capítulo 3).

Essa solução é compatível com uma interpretação “fraca” do princípio da laicidade do Estado e com a atribuição de uma posição preferente ao direito fundamental à liberdade religiosa. Além disso, prescinde de elementos históricos e sociológicos externos à normatividade instituída.

9 CONCLUSÃO

As principais conclusões estão expostas ao longo deste artigo. Como nota final, indica-se aquela que seria a melhor decisão ao caso do sacrifício de animais, decidido pelo STF no Recurso Extraordinário nº 494.601.

A melhor decisão teria sido a que conferisse à norma legal impugnada *interpretação conforme a Constituição*, estendendo a deferência do legislador estadual a todas as religiões que praticam o sacrifício de animais, condicionando, porém, à não submissão de animais a tratamento cruel. Assim, estaria garantido o sacrifício de animais em cultos e liturgias de quaisquer crenças religiosas e assegurada a concordância prática entre os mandamentos normativos em jogo, a saber, o direito fundamental à liberdade religiosa, a proibição constitucional de submissão de animais a crueldade e o princípio da laicidade do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. Derechos individuales y bienes colectivos. *In*: ALEXY, R. **El concepto y la validez del derecho y otros ensayos**. 2. ed. Barcelon: Gedisa, 1997. p. 179-208.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439 Distrito Federal**. Relator ministro Roberto Barroso, redator do acórdão ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF, julgamento em 27 de setembro de 2017. Disponível em: <https://cutt.ly/IgH9FSs>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 494.601**. Relator ministro Marco Aurélio, redator do acórdão ministro Edson Fachin. Brasília, DF, julgamento em 28 de março de 2019. Disponível em: <https://cutt.ly/jgD90EZ>. Acesso em: 15 set. 2020.

FINE, T. M. **An introduction to the Anglo-American legal system**. Thomson/Aranzadi, 2007.

HESSE, K. **Escritos de derecho constitucional**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

RIO GRANDE DO SUL. **Decreto nº 43.252, de 22 de julho de 2004**. Regulamenta o artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais. Disponível em: <https://cutt.ly/mgD95yZ>. Acesso em: 15 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003**. Institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://cutt.ly/3gD4tzg>. Acesso em: 15 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei nº 12.131, de 22 de julho de 2004**. Acrescenta parágrafo único ao artigo 2º da Lei nº 11.915, de 21 de maio de 2003, que institui o Código Estadual de Proteção aos Animais, no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://cutt.ly/qgD9Lsr>. Acesso em: 15 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 70010129690**. Relator Desembargador Araken de Assis, julgamento em 18 de abril de 2005.

STEINMETZ, W. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNSTEIN, C. R. **The partial constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

