



UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
SERGIPE



PRÓ-REITORIA DE EXTENSÃO
Centro de Ciências Sociais Aplicadas
DEPARTAMENTO DE DIREITO

CRESCAT UNA VERITAS



Núcleo de Extensão e Pesquisas
em Relações Internacionais

REVISTA PANNOMION

La Verité Sortant du Puits



Édourd Debat-Ponsan - 1898

A Verdade Saindo do Poço

N. 1 (2021)

Ref. SIGAA – PJ263-2020.

REVISTA PANNOMION

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto – Presidente – Depto. Direito – UFS.

Prof.^a Dra. Denise Leal Fontes Albano – Membro – Dpto. Direito – UFS.

Prof.^a Dra. Fernanda Andrea Mensa Gonzalez – Membro – Univ. Buenos Aires.

Prof.^a Dra. María Carmen Perona Mata – Membro – Univ. Carlos III - Madrid.

COMISSÃO EDITORIAL

Prof. Esp. Edmilson da Silva Pimenta – Presidente – Dpto. Direito – UFS.

Msc. Adriana do Piauí Barbosa – Membro – Servidora TJSE.

Dra. Karen Rayane Vieira dos Santos – Membro – Advogada.

Dra. Marcela Campos Escariz – Membro – Advogada.

COMISSÃO ORGANIZADORA

Prof. Carlos Rebêlo Júnior – Coordenador.

Bel.^a Leilane Araujo Silva – Membro.

Dra. Marcela Campos Escariz – Membro.

Correio eletrônico: revista.pannomion@academico.ufs.br

	Página
Sumário	
Capa – Explicação – A Verdade Saindo do Poço	4
Adriana do Piauí Barbosa	
Editorial	5
Ubirajara Coelho Neto	
Homenagem ao Prof. José Fernandes de Lima	6
Marcela Campos Escariz	
Igualdad de Trato Entre Mujeres y Hombres en la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	10
Carmen Perona Mata	
Democracia: Construção, Ameaça e Declínio	22
Deizilany Alves Santos	
Questão Prejudicial de Mérito no CPC/2015	35
Francisco Roberto Machado	
O Brasil, a Organização dos Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Um Estudo Acerca das Condenações do Brasil na Corte Jurisdicional Internacional	54
Igor Ricardo Anderson	
Boa-Fé Objetiva e o Direito Civil Constitucional: uma Releitura Crítica	79
João Hora Neto	
A Nova Lei de Licitações e Contratos	88
José de Castro Meira	
Multiparentalidade sob a Nova Ótica do Direito de Família	93
Larissa Muñoz Punzano	
Constitucionalismo Estadual e o Chorinho Sergipano: Enlaces Constitucionais da Cultura Sergipana	105
Luciana Amorim Santana	
Monitoramento de Informações e Violação dos Direitos Fundamentais de Privacidade e Liberdade de Expressão	116
Marina Gabriela Menezes Santiago	
Messianismo Político e Bolsonarismo: Ameaça da Fragilização da Democracia?	128
Myllena Mayara de Jesus Santana Silva	
O SEMIPRESIDENCIALISMO: UM REFORÇO DEMOCRÁTICO PARA O ATUAL CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO?	136
Agenor Manuel Alves de Sá Neto; Éricles Pereira dos Santos; José Reinaldo de Souza Rocha; Ruan Gabriel Azevedo Silva; Victor de Souza Bispo Silva.	
POEMA – Ignorância.....	157
Carolina Lima do Nascimento	
POEMA - Interno Andarilho.....	158
Vitor Hugo Almeida Santos	
CONTO – O Triunfo dos Olhos Fraternos	159
Vitor Hugo Almeida Santos	
Mnemósine	165

**Nec Vergiture ou La Verité Sortant du Puits
("A verdade saindo do poço"), 1898.**

Msc. Adriana do Piauí Barbosa.
Comissão Editorial.

A "Verdade saindo do Poço" é obra de autoria de Édouard Debat-Ponsan, datada de 1898, em homenagem a Émile Zola. Em idêntico ano, publicara o referido escritor, no periódico L'Aurore, o emblemático "J'Accuse".

À guisa de explicação, indica-se que O "J'Accuse" exsurge como forma de insurgência à condenação do Capitão Alfred Dreyfus às penas de prisão perpétua e deportação. As penalidades, por sua vez, decorreriam da prática de crime de alta traição à nação francesa diante da entrega de documentos secretos aos alemães.

Posteriormente, contudo, descobriu-se que fora o Capitão Dreyfus alvo de erro judiciário, dado que a traição que lhe era imputada não havia sido por ele perpetrada.

Com o alcance da verdade dos fatos, fora o Capitão Dreyfus, em 1906, inocentado.

Em 1898, contudo, ano da obra de Debat-Ponsan, não havia sido o erro judiciário aclarado pela luz da verdade. Assim é que Debat-Ponsan apresenta a Verdade desnuda, tentando sair do poço e contida por dois homens, que tentam cobri-la com um lençol branco. A Verdade, contudo, permanece implacável no seu intento de sair da profundidade em que se encontra, alcançando, com isso, a humanidade. A Verdade traz consigo, soerguido, um espelho, que, por se encontrar em nível bastante superior, não reflete aqueles que tentam reprimir o seu irromper.

Os algozes da Verdade são um clérigo, representando, por consequente, a Igreja e um espadachim, em clara menção ao Estado Armado.

A Verdade, é interessante pontuar, apresenta-se, nesta obra de Debat-Ponsan, como alegoria à imortalizada tela de Eugène Delacroix, "A Liberdade guiando o povo" (La liberté guidant le peuple), tela célebre da Revolução Francesa.

A obra, à época do Caso Dreyfus, encontrou reprodução pelos partidários de Dreyfus, encontrando-se, em muitas delas, a seguinte menção: "La verité est en marche et rien ne l'arrêtera" (A verdade vem e ninguém a deterá).

EDITORIAL

Prof. Dr. Ubirajara Coelho Neto.
Presidente do Conselho Editorial.
Chefe do Departamento de Direito – UFS.

Na matriz curricular das atividades do ensino superior há de se insistir numa fina sintonia entre os vetores fundamentais dos agires acadêmicos: ensino, pesquisa e extensão. Dentro desses eixos de sustentação e para garantir um bom resultado, há de se observar uma interação harmônica entre eles, com destaque à promoção e ao esforço permanente de prestigiar mecanismos interdisciplinares.

A partir da dinamicidade propiciada por tais vetores, é evidente que os efeitos bons de uma dimensão operem com as demais e que se espraíem e infiltrem pelo entorno, ou seja, pelo meio social externo ao estrito espaço acadêmico. Em outras palavras, os efeitos do conhecimento produzido e aplicado devem cultivar amplas e favoráveis transformações.

O Departamento de Direito, por conta de seus objetivos, se empenha nessa salutar consecução, integrar a atividade docente, em seu amplo arco de possibilidades, com a produção de saberes, aplicando-os e com conseqüente divulgação. Por sinal, há uma recomendação axial, que em inglês apresenta sonoridade aproximada nas palavras: *publish or perish*.

Efeito disso, com alegria, vem a lume mais uma publicação, cujo título eleito – PANNOMION - traduz o intento de prestigiar a multidisciplinariedade, em seu amplo espectro, aliás, como já explicitado nos registros no sistema acadêmico interno da instituição: SIGAA.

Já estão estruturados: Conselho Editorial, Comissão Editorial e Comissão Organizadora, todos aprovados em reunião do Conselho Departamental de Direito, destacando-se a busca da internacionalidade.

Portanto, fica patente que há um esforço dos grupos envolvidos, conselhos e comissão, para que se obtenha os registros externos necessários à aquisição da chamada “visibilidade qualificada” do que resultará para as publicações e seus autores os créditos correspondentes.

Incentiva-se a possibilidade de publicar, também, com insistente convite aos discentes, para que adquiram habilidades e saberes, através da pesquisa e respectiva publicação. Para tanto, há previsão de certificados correspondentes para atividades complementares.

Outra dimensão a consignar é a busca de contribuição dos egressos, em uma interpelação permanente para que participem, numa preciosa ocasião para que façam medrar, em produção e divulgação científicas, novas dimensões ao vínculo afetivo existente com esta instituição, a ALMA MATER.

Os textos constantes no conteúdo desta edição bem espelham os objetivos emanados do título da revista, alcançando o amplo espectro desejado.

Na qualidade de Chefe do Departamento de Direito e Presidente do Conselho Editorial, tenho consciência das responsabilidades que tais encargos me atribuem e convido a que juntemos a força de nosso trabalho para o bom resultado e continuidade do projeto.

HOMENAGEM

JOSÉ FERNANDES DE LIMA



Dra. Marcela Campos Escariz.*

Algumas partes dos conteúdos desta descrição fática são frutos de imaginação. Pois bem, dentre tantas buscas ao gabinete de um Reitor, supõe-se que surjam documentos, propostas e ideias de todas as ordens: umas sensatas e factíveis e outras até mirabolantes.

Então, nesse espectro de possibilidades, pode-se supor o que teria passado pela cabeça do Reitor ao ver que lhe chegara um pedido originado de um professor da graduação, com a ideia de institucionalizar um núcleo dedicado ao incremento de estudos em âmbito relações internacionais. Coisa para boas reflexões, pois, talvez estivesse na sua escrivaninha um pleito de algum visionário com a cabeça nas nuvens. Poderia ser um desperdício de tempo e energia.

De qualquer sorte, à análise do projeto, houve a constatação de que alguns trabalhos estavam sendo conduzidos, na área de estudos e extensão. Com isso, a intuição pode haver levado nosso homenageado, então Reitor, a investir ou arriscar, numa situação de que algo já estava sendo levado a pulso.

Eis, pois, que se edita a Portaria 806, de 20 de agosto de 2004, cuja cópia acompanha estes comentários, apontada para o futuro. A partir daquele processo iniciado oem 2000, surge institucionalizado o Núcleo de Extensão e Pesquisas em Relações Internacionais – NEPRIN.

Eu, caloura, ao chegar como estudante no Departamento de Direito, ouvia os burburinhos cheios de controvérsias sobre o NEPRIN e seus métodos um tanto exigentes nas atividades de suas iniciativas. Na incerteza gerada em qualquer calouro, fui levada à aproximação. Agora, já como profissional, continuo a apoiar essas iniciativas: eventos, oficinas, cursos de especialização, intercâmbios internacionais, com forte investimento em parcerias e viagens de estudos.

Professor Lima, hoje, fica-me a dúvida se neste depoimento devo privilegiar o agradecimento ou a prestação de contas.

Quanto ao agradecimento, a sua intuição continua a produzir frutos.

* Graduada em Direito / UFS / DDI. Advogada. Membro da Comissão Editorial e da Comissão Organizadora da Revista PANNOMION.

Na dimensão da prestação de contas, confirmo-lhe que desde aquela data da Portaria editada e que nos deixa alegres, foram centenas de projetos, todos eles registrados e aprovados nas instituições correspondentes da UFS, hoje, minha querida ALMA MATER. Esta prestação de contas é descritiva. O agradecimento é do coração.

Aproveito para dar um depoimento mais pessoal: ao participar de projetos sob os auspícios do NEPRIN, tive oportunidade de assistir e proferir palestras, inclusive, em âmbito internacional. E acrescento, Prof. Lima, que o Prof. Rebêlo sempre se refere àquela Portaria com muito apreço e reverência de gratidão por haver o senhor acreditado.

Com este novo projeto – REVISTA PANNOMION – os neprinianos atuais foram uníssonos em propor esta homenagem ao senhor, em um simbólico abraço com os neprinianos que lançaram a semente, cujo resultado podemos sentir até hoje.



SERVICÓ PÚBLICO FEDERAL
 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
 UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
 GABINETE DO REITOR



PORTARIA Nº 806 , de 20 de Agosto de 2004

Institucionaliza o Núcleo de Extensão e Pesquisas em Relações Internacionais - NEPRIN.

O REITOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE, no uso de suas atribuições legais e considerando:

a importância, através de estudos, de incrementar os conhecimentos das relações internacionais no âmbito universitário;

a Portaria nº 03/04, de 11 de junho de 2004, do Departamento de Direito;

a importância de fomentar as atividades de pesquisa e extensão universitária na área de Direito e Ciências Sociais, dentro de um programa de integração docente/discente,

RESOLVE

Art. 1º - Institucionalizar o Núcleo de Extensão e Pesquisas em Relações Internacionais - NEPRIN, com os seguintes objetivos, sem prejuízo dos estabelecidos no âmbito do Departamento de Direito:

I - incentivar, promover e desenvolver o estudo e o ensino da ciência jurídica, a pesquisa e a extensão - mormente no que diz respeito ao fenômeno internacional, propugnando pelo desenvolvimento científico e teórico - metodológico da comunidade acadêmica, em nível de graduação e de pós-graduação;

II - buscar sempre um comportamento eficiente e otimizante no desenvolvimento das suas atividades administrativas e científicas;

III - cooperar e se integrar com os demais órgãos de estudos, pesquisa e extensão, da UFS, assim como também com outros órgãos e instituições, desta natureza, sejam eles nacionais ou internacionais, estabelecendo relações de intercâmbio e parceria;

IV - implementar, qualitativa e quantitativamente, mecanismos de estímulo à produção acadêmica voltada às temáticas previstas nas linhas de estudos, pesquisa e extensão;



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
 MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
 UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
 GABINETE DO REITOR



V - colaborar com o Departamento de Direito na investigação e divulgação do fenômeno científico.

Art. 2º - O NEPRIN vincular-se-á, administrativa e funcionalmente, ao Departamento de Direito.

Art. 3º - Ao implementar atividades de estudo, ensino, pesquisa e extensão, e no que diz respeito às diretrizes técnico-científicas, o NEPRIN se reporta e cumpre as emanadas da Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa e da Pró-Reitoria de Extensão e Assuntos Comunitários, no que concernir a cada Pró-Reitoria, respectivamente.

Art. 4º - O NEPRIN terá caráter permanente e poderá elaborar um regimento interno, em consonância com os dispositivos normativos da UFS.

Art. 5º - O NEPRIN possuirá como coordenador um professor do Departamento de Direito, e designado pelo seu Conselho Departamental. Outros docentes poderão integrar o núcleo, inclusive, de outros departamentos, designados pelos respectivos Conselhos Departamentais.

Art. 6º - As ações de estudos, ensino, pesquisa e extensão implementadas sob os auspícios do NEPRIN deverão ser registradas, institucionalmente, perante a Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa, e Pró-Reitoria de Extensão e Assuntos Comunitários, conforme a pertinência.

Art. 7º - A atuação como membro do NEPRIN é considerada atividade de extensão, de acordo com a legislação pertinente.

Art. 8º - Esta Portaria entrará em vigor nesta data, devendo ser publicada no Boletim Interno de Serviço desta Universidade.

PUBLIQUE-SE, DE-SE CIÊNCIA E CUMPRE-SE

Prof. Dr. José Fernandes de Lima
 REITOR

IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

Carmen Perona Mata*

Resumen

Este estudio pretende ofrecer un análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el derecho comunitario de tutela frente a la discriminación entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo, religión u orientación sexual. La jurisprudencia comunitaria se ha erigido en un importante motor de avance, pudiendo calificarla de jurisprudencia evolutiva, por su compromiso con la igualdad en cuanto a la construcción conceptual de la tutela antidiscriminatoria en la idea de la discriminación directa e indirecta, en las condiciones de acceso al empleo, al ejercicio profesional, la orientación y formación profesional, ampliándose a la seguridad social o las ventajas sociales.

Palabras clave: Tribunal de Justicia Unión Europea, discriminación, empleo, maternidad, parental, sexo, religión.

1 Introducción

La Unión Europea actúa en función de los principios de subsidiariedad para conseguir los fines de la Unión Europea. Estos principios fueron recogidos en los tratados fundacionales y actualmente se encuentran plasmados en el Protocolo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Ello significa que la garantía de igualdad entre ambos sexos dentro de los ámbitos de cada normativa comunitaria no es de carácter general, sino que su aplicación se encuentra en función de lo regulado en cada norma comunitaria.

Los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea han evolucionado desde la ficticia protección de la mujer hacia la igualdad con los hombres a través del derecho a la igualdad jurídica y del llamado derecho antidiscriminatorio (medidas prohibitivas y acciones positivas). La diferencia legal de trato había continuado contando con una justificación objetiva y razonable “hasta una época en la que los cambios producidos en los planos social y económico habían hecho desaparecer la necesidad de un trato especial para las mujeres”, correspondiendo al Estado un amplio margen de decisión “en cuanto al calendario de la reforma y a los medios precisos para corregir la desigualdad en cuestión”, siempre que no sean “manifiestamente irrazonables”¹

2 La normativa comunitaria europea

El Tratado de Roma en el artículo 117 señala: *"Los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por vía de progreso"*. De modo más concreto respecto a la igualdad de retribuciones, su artículo 119 dice: *"Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo."*

* Directora Gabinete Jurídico-Técnico CCOO, Doctora en Derecho, Abogada. Maill: cperona@fe.ccoo.es

¹ López de la Vieja, M^a T., *"Dignidad, igualdad. La "buena" política europea"*, en: AA.VV., Ciudadanos de Europa, Derechos fundamentales en la Unión Europea, M^a Teresa López de la Vieja (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005, pp. 79-102.

La Unión Europea adquirió la capacidad de adoptar medidas para combatir la discriminación en 1999, con el Tratado de Ámsterdam. Con esta facultad la Unión Europea aprobó numerosas Directivas en materia de igualdad.²

La Unión Europea se rige por los Tratados vigentes, que son en primer lugar, el Tratado de la Unión Europea (TUE) en cuyo artículo 2 señala que no debe existir la discriminación y sí la igualdad entre mujeres y hombres. En su artículo 3 establece que la Unión Europea tiene que hacer frente a la discriminación y exclusión social, así como la desigualdad que existe entre los hombres y mujeres (TFUE). En segundo lugar, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ex artículo 8 dice que la Unión Europea tendrá como uno de sus principales objetivos, hacer frente a la desigualdad entre hombres y mujeres.

En adaptación a lo anterior, se dictan la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Conforme a su artículo 2.4, su texto “*no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1*”; La Directiva 2000/78/CE, relativa a la igualdad de trato en el empleo que prohíbe la discriminación por motivos de orientación sexual, religión o convicciones, edad o discapacidad en el ámbito del empleo; la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000 sobre igualdad racial, que prohíbe la discriminación por motivos de origen racial o étnico en el ámbito del empleo, pero también en el acceso al sistema de bienestar social y a la seguridad social, así como a los bienes y servicios; La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que contiene en su artículo 7.1 una formulación diversa de esa actitud: “*el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas destinadas a prevenir o compensar las desventajas ocasionadas*”; La Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, dedica su artículo 3º a la acción positiva, pero opta por una fórmula poco comprometida de reenvío. De este modo, “Los Estados miembros podrán mantener o adoptar las medidas indicadas en el artículo 141, apartado 4, del Tratado con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral”.³

3 La discriminación directa e indirecta

La Directiva 76/207, en su artículo 2 incorpora los términos de discriminación directa e indirecta, y la jurisprudencia lo ha relacionado con la discriminación por razón de sexo, sobre todo en cuanto a la discriminación indirecta. Posteriormente en las Directivas 200/45, 2000/78 y 2006/54 definen la discriminación directa como “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable”. La discriminación indirecta se define en el artículo 2.1 b) de la Directiva 2006/54 como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo”.

² González del Miño, P, “Naciones Unidas y los derechos de las mujeres”, en “Globalización y desigualdad de género”, editora Paloma de Villota Gil-Escoín, Editorial Síntesis, Madrid, 2004

³ Díez Peralta, E., Los Derechos de la Mujer en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LXIII, 2011.

A partir de estas definiciones, el TJUE considera las discriminaciones directas aquellas discriminaciones basadas en el sexo. A modo ilustrativo en la STJUE de 13 de septiembre de 2013, (asunto C-435/11, Kuso), donde se fija una edad de jubilación distinta para hombre y mujeres.

En la Sentencia del TJUE de 7 de febrero de 2018 (asunto C-181/17), el Alto Tribunal conoce sobre la discriminación directa por razón de sexo. Los antecedentes de esta sentencia son: en Italia había una ley que obligaba a aquellas personas que trabajaran en el mundo del espectáculo a jubilarse a la edad de 47 años en el caso de las mujeres y 52 en el caso de los hombres. Sin embargo, se modificó la edad de jubilación y actualmente son 45 años tanto para hombres como para mujeres y un periodo de 2 años, el cual permite a aquellos que ya han alcanzado esa edad, elegir la opción de continuar trabajando hasta la edad que anteriormente estaba en vigor o jubilarse. Ante esto, la resolución del TJUE es que, según la directiva 2006/54/CE que promueve la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral y la normativa italiana en vigor sobre trabajadores del sector del espectáculo, se trata de una discriminación directa por razón de sexo, ya que estas trabajadoras tienen derecho a poder elegir la opción de continuar en activo hasta los 47 años fijados anteriormente.

La STJUE de 8 de mayo de 2019 (asunto C-25/18, Villar Láiz) analiza el carácter discriminatorio de una medida de reestructuración empresarial. El Tribunal señala que la consideración del concepto de discapacidad exige que medie un obstáculo para el ejercicio de una actividad profesional, no siendo necesario que el ejercicio de dicha actividad resulte imposible. Por tanto, y de conformidad con reiterada doctrina del TJUE la mera limitación, aun parcial podría ser entendida como un elemento integrante de la discapacidad a efectos laborales, más allá del alcance de las posibles limitaciones que pudiera tener (**STJUE de fecha 11 de abril de 2013**, asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11, **Ring**).

Para que pueda valorarse fielmente dicha limitación, es necesario que la misma presente un carácter duradero, entendiéndose como dicho carácter duradero que a la fecha de adopción del acto discriminatorio, ya se haya advertido una continuidad en el tiempo y una permanencia en los resultados del efecto limitativo de la dolencia que impida el ejercicio con normalidad de la actividad laboral y además no presente un plazo determinado ni delimitado a la hora de superar dicha dolencia.

En coherencia con los pronunciamientos previos del TJUE en la **Sentencia del TJUE 9 de marzo de 2017**, (asunto C-342/15, **Milkova**), exige, una valoración concreta por los tribunales competentes acorde al ordenamiento interno de cada país, al objeto de precisar si esa dolencia puede o tiene visos de prolongarse en el tiempo.

En la STJCE de 13 de mayo de 1986 (asunto C-170/84), se trata de la desigualdad retributiva entre trabajadores/as a tiempo completo y trabajadores/as a tiempo parcial. El Tribunal consideró que una medida que excluyese a los trabajadores a tiempo parcial de un régimen de pensiones profesional constituía una “discriminación indirecta” y era, por tanto, contraria al antiguo artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea si afectaba a un número mucho más elevado de mujeres que de hombres, a menos que pudiese demostrarse que la exclusión se basaba en factores objetivamente justificados y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.

La existencia de una discriminación positiva pero, que en esencia es negativa, es precisamente lo que ha concluido en la reciente **Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2019** (asunto C-450/18, **WA**) que ha puesto el foco sobre el complemento recogido en el artículo 60.1 de la Ley General de Seguridad Social y que otorgaba un complemento de pensión a las mujeres trabajadores por su aportación demográfica a la Seguridad Social, en el caso de que hubieran tenido o adoptado al menos dos o más hijos.

Señala la Sala europea que la mera alegación de que el complemento reconocido tiene por objetivo eliminar la brecha de género existente entre las trayectorias laborales de hombres y mujeres por cuanto estadísticamente se revela una diferencia significativa entre las pensiones de los hombres y las mujeres, no es causa suficiente por cuanto resulta obvio que los hombres tienen idéntica participación en el proceso de reproducción.

Concluye el Tribunal de Justicia de la Unión Europea criticando la propia naturaleza del complemento al afirmar que su mera concesión no permite en modo alguno compensar las desventajas a las que están expuestas las mujeres en su carrera profesional, ni garantiza una plena igualdad entre hombres y mujeres a lo largo de su carrera profesional, motivos por los cuales, declara la existencia de discriminación directa por razón de género respecto de los hombres que se ven, notoriamente perjudicados por el citado precepto.

Se trata de una decisión evidentemente singular por un doble motivo. La primera porque es una decisión que declara la existencia de discriminación del sexo masculino y la segunda porque pone en duda las políticas de discriminación positiva indeterminadas y genéricas.

Resulta de indudable interés esta segunda conclusión porque demuestra el especial cuidado que debe ponerse en justificar de forma adecuada, concreta y pormenorizada las políticas de discriminación positiva ya que cuando únicamente se atiende a la cuestión de género, el resultado puede ser tan lesivo o si prefiere, incongruente, como el que precisamente se pretende evitar.⁴

El TJUE abordó directamente el requisito de la antigüedad en las STJUE de 26 de junio de 2006, (asunto C-381/99) y en la Sentencia de 3 de octubre de 2006, (asunto C-17/05), considerando susceptible de implicar tratos discriminatorios indirectos por razón de sexo, dado el mayor nivel de rotación de la mano de obra femenina, y concluyó en su validez comunitaria. Para ello partió de la validez a priori de dicho criterio de selección. El Tribunal elimina la aplicación de la modificación de la carga de la prueba y presumió la validez del criterio de la antigüedad, transfiriendo a la víctima de una discriminación estadística de esta naturaleza la obligación de probar su carácter injustificado.⁵ En consecuencia introducía un factor exceptuado de la aplicación de la modificación de la carga de la prueba, que podría abrir camino a otros factores.

4 La discriminación en materia retributiva y en las condiciones de trabajo

El principio de igualdad de retribución constituye como señala Navarro Nieto⁶ una parte esencial e indispensable del acervo comunitario” sobre la tutela antidiscriminatoria entre hombre y mujeres, contenido en el considerando 8º de la Directiva 2006/54.

La primera Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la igualdad y no discriminación por razón de género fue en el asunto Defrenne, STJUE de 25 de mayo de 1971, (asunto C- 80/70, caso Gabrielle Defrenne v. Reino de Bélgica). donde se analiza el supuesto de una azafata de las líneas aéreas belgas, obligada a jubilarse a una edad inferior a la de sus compañeros de trabajo de sexo masculino, y por recibir una pensión de jubilación inferior por el mismo trabajo. El Tribunal reconoció el efecto directo del principio de la igualdad de retribución para hombres y mujeres y declaró que es aplicable no solo a la actuación de las autoridades públicas, sino también a todos los convenios de carácter colectivo para regular el trabajo por cuenta ajena.

⁴ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992”, *Revista de Derecho Social*, número 7, 1999.

⁵ Carrizosa Prieto, E., “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, *Aranzadi Social*, núm. 2057, 2012.

⁶ Navarro Prieto, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.

En la Sentencia de 1 de julio de 1986, (asunto C-237/85, Dato), el TJUE considera que solamente puede existir diferencia retributiva si resulta esencial para el trabajo que se realiza, y deberá ponerse en conexión con los factores concurrentes en las categorías ocupadas mayoritariamente por mujeres para garantizar que también las condiciones en que se desarrolla su actividad son adecuadamente valoradas desde la perspectiva retributiva. Por tanto, el valor de un trabajo concreto se determina por su contenido. Para solucionar esta cuestión, se deben tener en cuenta los sistemas de clasificación profesional y de evaluación del desempeño que deben basarse en la igualdad en los criterios entre hombres y mujeres, eliminando cualquier diferencia basada en el género.

En la sentencia Barber de 17 de mayo de 1990 (asunto C-262/88): el Tribunal decidió que todas las formas de pensiones profesionales constituyen una retribución a efectos del antiguo artículo 119, por lo que les es aplicable el principio de la igualdad de trato, y dictaminó que los trabajadores de sexo masculino deben disfrutar de sus derechos en materia de pensiones de jubilación o de supervivencia a la misma edad que sus colegas de sexo femenino.⁷

El TJUE en la Sentencia de 17 de octubre de 1995, (asunto C-450/93, Kalanke), afirma que una norma nacional que garantice la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción excede una medida de fomento y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el art. 2 apartado 4 de la Directiva, entrañando una discriminación por razón de sexo. Esta sentencia supuso un gran impacto en las medidas de discriminación positiva que empezaban a surgir en la Unión Europea.

En la sentencia Marschall de 11 de noviembre de 1997 (asunto C-409/95) asunto Marschall, se plantea en función del artículo 25.5 de la Ley de Función Pública del Land de Nordrhein – Westfalen, cuyo contenido era el siguiente: “*Cuando, en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera, se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinan la balanza a su favor*”. En este asunto, a diferencia del anterior, el TJUE falló a favor de la legalidad de la acción positiva, considerando que el contenido de este artículo se adaptaba a la excepción al principio de igualdad de trato contenida en el artículo 2.4 de la Directiva 76/207.

Admite el TJUE la consideración de criterios que puedan justificar diferencias en la retribución, como es el criterio del esfuerzo físico o factores como la naturaleza de la actividad desarrollada, la flexibilidad en las condiciones de trabajo, la cualificación profesional o formación profesional. Así en la STJUE de 28 de febrero de 2013, (asunto asunto C-427/11, Margart Kenny) señala: “*los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que puedan encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y alas condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan*”. Esta sentencia pone énfasis en particular que la formación profesional constituye uno de los factores que pueden justificar objetivamente una diferencia en las retribuciones a trabajadores que efectúan un mismo trabajo.⁸

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sentencia de 22 de noviembre de 2012, (asunto C-385/11- Elbal Moreno) dictamina que la legislación española en materia de pensión de jubilación contributiva de los trabajadores/as a tiempo parcial es discriminatoria. Al exigir un periodo de cotización proporcionalmente más elevado para

⁷ Ostner, I., “*De igualdad de salario a igualdad de empleo*”. En: Rossili, Mariagratzia, “Políticas de género en la Unión “Europea”, Narcea, Madrid, 2001.

⁸ Moreno de Toro, C., “La sentencia “Marschall”: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva). *Derecho y Opinión*, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 2014.

trabajadores/as a tiempo parcial (en su mayor parte mujeres) instaura una diferencia de trato.

En el mismo sentido, en la Sentencia de 12 de diciembre de 2019, (asunto C-450/18), donde el Tribunal de Justicia se ha pronunciado a favor de un padre de dos hijas que exigía poder acceder al complemento de pensión por hijos en las mismas condiciones que las mujeres, y así la decisión del Tribunal fue: *“La Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que establece el derecho a un complemento de pensión para las mujeres que hayan tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de Seguridad Social nacional, mientras que los hombres que se encuentren en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento de pensión.”*

5 La tutela contra la discriminación en situaciones de embarazo, maternidad y permisos parentales

La tutela contra la discriminación en situaciones de embarazo, maternidad y permisos parentales se encuentra recogida en los considerandos decimocuarto a decimooctavo de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 1992, L 348, p. 1): *“Considerando que la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia hace necesario un derecho a un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, y obligatorio un permiso de maternidad de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto; Considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido; Considerando que las medidas de organización del trabajo tendentes a la protección de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, no tendrían efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada; Considerando, por otra parte, que las disposiciones relativas al permiso de maternidad no tendrían asimismo efecto útil si no estuvieran acompañadas del mantenimiento de los derechos relacionados con el contrato de trabajo y del mantenimiento de una remuneración y/o del beneficio de una prestación adecuada; Considerando que la noción de prestación adecuada en caso de permiso por maternidad debe contemplarse como un elemento técnico de referencia con vistas a fijar el nivel de protección mínimo y no debería en caso alguno ser interpretada como que comporta una analogía del embarazo a la enfermedad”*.

El artículo 8 de la Directiva 92/85, que lleva como epígrafe “Permiso de maternidad”, establece: *“1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*.

El artículo 10 de esta Directiva, bajo la rúbrica "Prohibición de despido", dispone lo siguiente: *“Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: “1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despidan a una trabajadora, a que se refiere el artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras, a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1.”*

El artículo 11 de dicha Directiva, titulado "Derechos inherentes al contrato de trabajo", está redactado en estos términos: *“Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) En los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales.”*

El Tribunal de Justicia ha reconocido reiteradamente que, en lo que respecta al principio de igualdad de trato, es legítimo proteger la condición biológica de una mujer durante el embarazo y la maternidad, así como prever medidas de protección de la maternidad con el fin de lograr una verdadera igualdad. (STJUE de 26 de junio de 2001, (asunto C-381/99)).⁹

En las sentencias de 8 de noviembre de 1990, (asunto C-177/88) y (asunto C-179/88), el TJUE declaró que tanto la negativa a contratar a una mujer a causa de su embarazo como el despido de una trabajadora por el mismo motivo determinan una discriminación directa por razón de sexo.

El Tribunal de Justicia precisó posteriormente que la prohibición de despedir a una trabajadora por razón de su embarazo se aplica con independencia de si el contrato de trabajo es de duración determinada o por tiempo indefinido. En la misma línea, el Tribunal de Justicia ha establecido que la no renovación de un contrato de duración determinada es discriminatoria si está motivada por el embarazo de la trabajadora (Sentencias de 4 de octubre de 2001, (asunto C-438/99) y (asunto C-109/00).

El Tribunal de Justicia también ha declarado en la Sentencia de 30 de junio de 1998, (C-394/96), que el despido de una mujer durante su embarazo por ausencias debidas a una enfermedad causada por el embarazo es una discriminación prohibida por razón de sexo. Además, el Tribunal de Justicia ha precisado que el despido de una mujer a causa de su embarazo o del nacimiento de un hijo sigue siendo contrario a Derecho incluso si no se notifica hasta después del regreso del permiso de maternidad (Sentencia de 11 de octubre de 2007, (asunto C-460/06)).¹⁰ Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado en la

⁹ Gómez Fernández, I., *“Jurisprudencia del TJUE sobre igualdad de género, conciliación y protección de la maternidad”*, en Díez-Hochleitner Rodríguez, J. *“Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011)”*, La Ley, Madrid, 2012.

¹⁰ Lousada Arochena, J. F. *“La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”*, *Poder Judicial*, número 54, 1999.

Sentencia de 26 de febrero de 2008, (asunto, C-506/06), que el despido de una trabajadora que se encuentra en una fase avanzada de un tratamiento de fecundación in vitro y que, por este motivo, está temporalmente ausente constituye una discriminación directa por razón de sexo, dado que tal tratamiento solo afecta a las mujeres.

El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 18 de noviembre de 2020, (asunto C-463/19) recuerda, en primer lugar, que la Directiva “principio de igualdad entre hombres y mujeres” prohíbe toda discriminación directa o indirecta por razón de sexo en relación con las condiciones de empleo y de trabajo.

No obstante, el Tribunal de Justicia precisa que, una vez finalizado el permiso legal de maternidad, un Estado miembro puede reservar a la madre del niño un permiso adicional cuando dicho permiso no la contemple como progenitora, sino tanto respecto de las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad. En efecto, ese permiso adicional se ha de destinar a proteger la condición biológica de la mujer y la especial relación que mantiene con su hijo durante el período posterior al parto.

A partir de ello, el Tribunal de Justicia concluye que la Directiva “principio de igualdad entre hombres y mujeres” no se opone a un convenio colectivo nacional que reserva a las trabajadoras que crían a sus hijos ellas mismas el derecho a un permiso una vez finalizado el permiso legal de maternidad, siempre que la finalidad de ese permiso adicional sea proteger a las trabajadoras tanto respecto de las consecuencias del embarazo como en relación con su maternidad, teniendo en cuenta, en particular, las condiciones para la concesión del citado permiso, sus modalidades de disfrute y su duración, así como el nivel de protección legal asociada dicho permiso.¹¹

El Tribunal considera que estas ventajas tienen como objetivo proteger la salud de las trabajadoras femeninas antes y después del parto. Esta jurisprudencia del Tribunal europeo dio lugar a la aprobación de diferentes directivas para la protección de la maternidad, como la Directiva 92/85/CEE53, cuyo objetivo es la protección de la salud de la mujer que ha dado a luz en el desempeño de su trabajo al reincorporarse, la Directiva 96/34/CE54, sobre el permiso parental, o la Directiva 97/8155, sobre el trabajo a tiempo parcial, para la conciliación de la vida laboral y familiar.

En cuanto al despido por causa del embarazo, en la Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (asunto C-177/88) el TJUE ha considerado que la ruptura de un contrato de trabajo debido al embarazo sólo afecta a las mujeres, y por consiguiente, constituye una discriminación directa basada en el sexo.

En este sentido, el TJUE ha afirmado que se debe establecer una prohibición de despido de la mujer embarazada o en periodo de lactancia, justificando esta prohibición, además de en la discriminación que supone, en el hecho de que un despido en este periodo puede afectar gravemente a la salud de la trabajadora o la de su futuro bebé. Algunos autores, como Mangas Martín¹², consideran que la jurisprudencia del TJUE se equivoca en el planteamiento de este argumento, de corte paternalista, según esta autora. Estos autores piensan que la protección de la mujer en este periodo se debe centrar simplemente en que el despido por causa del embarazo constituye una discriminación directa con respecto al sexo masculino.

La Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2017, (asunto C-295/16) trata sobre la discriminación por razón de sexo respecto a la lactancia materna. La demandante, que trabajaba como enfermera en un hospital, pidió que se adaptaran las funciones que

¹¹ Pérez del Río, T, “*El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*”, IELSS, Madrid, 1984.

¹² Mangas Martín, A., “*Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón del sexo: discriminaciones directas*”, en: AA.VV., *Igualdad de hombres y mujeres a la luz del Tratado de Ámsterdam*, Debate 31, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001, pp. 31-40.

realizaba en su puesto de trabajo ya que, alegó que estaba dando lactancia materna a su hija y la tutela de la igualdad desde Europa y las políticas aplicadas en España, ella estaba en un puesto donde corría riesgo de infecciones, radiaciones y donde también había puestos rotativos. El TJUE resuelve que conforme las directivas 92/85/CEE y 2006/54/CE debe ser la demandante la que aporte las pruebas que confirman que las funciones que realiza son peligrosas para el periodo de lactancia demostrando así, que el informe que se realizó por parte del hospital no concordaba con la realidad, y, que se trataba de un caso de discriminación directa por razón de sexo.

En la Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2014 (asunto C-167/12), la demandante, le comunicó a su feje que iba a ser madre por gestación subrogada y solicitaba el permiso de maternidad con la retribución, siendo ella la que iba a darle el pecho al niño después de nacer, sin embargo, el hospital donde trabajaba solo disponía de permisos por adopción, por maternidad o permisos especiales, sin incluir en ningún caso el permiso de maternidad por subrogación, por lo que esa solicitud fue denegada a no ser que pudiera presentar un “certificado de compatibilidad” y poder aplicarle el régimen de permiso de maternidad por adopción. La resolución emitida por el TJUE fue que conforme a la directiva 92/85/CEE y la directiva 2006/54/CE no se puede considerar que haya una discriminación por razón de sexo rechazar la solicitud del permiso de maternidad por subrogación, ya que los países que conforman la UE no tienen la obligación de otorgar ese tipo de permisos a las madres subrogantes, aunque sean estas las que den el pecho a los hijos después del parto.

El permiso parental es tratado en la Sentencia de 16 de septiembre de 2010, (asunto C-149/10, Chatzi,). Regulado el permiso parental por el Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso Parental, (recogido en el II Acuerdo Marco Europeo sobre el Permiso parental, Anexo de la Directiva 2010/18/EU), esta área tiene con la igualdad de género una estrecha relación, tanto en términos jurídicos y sociológico por la importancia que reviste para la conciliación de trabajo y vida familiar¹³. En materia de permisos parentales, los funcionarios griegos tienen derecho o a una reducción diaria del tiempo de trabajo o a un subsidio remunerado de nueve meses, a disfrutar antes de que el niño/a alcance la edad de 4 años. En este caso eran gemelos y el TJUE considera que: *“La cláusula 2, apartado 1, de dicho Acuerdo marco no debe interpretarse en el sentido de que el nacimiento de gemelos genera derecho a tantos permisos parentales como hijos hayan nacido. No obstante, interpretada a la luz del principio de igualdad de trato, esa cláusula obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que, en función de la situación en el Estado miembro de que se trate, garantice a los progenitores de gemelos un trato que tenga debidamente en cuenta sus necesidades específicas. Corresponde al juez nacional verificar si la normativa interna responde a esa exigencia y, en su caso, interpretar la normativa interna, en la medida de lo posible, de modo conforme con el Derecho de la Unión.”*

6 Norma policial sobre la estatura mínima exigida podría discriminar a las mujeres

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2017, (asunto C-409/16), ha declarado que una norma que establece, como criterio de admisión en una escuela de policía, un requisito de estatura mínima independientemente del sexo podría constituir una discriminación ilegal contra las mujeres.

¹³ Guerrero Padrón, T, “Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, número 68, 2003.

El TJUE ha declarado, no obstante, que la norma no constituiría discriminación si puede demostrarse que es necesaria para el correcto funcionamiento de las fuerzas de policía.¹⁴ La decisión del Tribunal ha sido: *“Las disposiciones de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en su versión modificada por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que supedita la admisión de los candidatos al concurso para el ingreso en la Escuela de Policía de dicho Estado miembro, independientemente de su sexo, a un requisito de estatura física mínima de 1,70 m, toda vez que esa normativa supone una desventaja para un número mucho mayor de personas de sexo femenino que de sexo masculino y que la citada normativa no parece adecuada ni necesaria para alcanzar el objetivo legítimo que persigue, circunstancia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar.”*

7 Discriminación por razón de orientación sexual

En 1996, el Tribunal de Justicia declaró que un despido motivado por el cambio de sexo de una persona o por la voluntad de una persona de cambiar de sexo constituye una discriminación, al dispensarse a dicha persona un trato desfavorable en comparación con las personas del sexo al que se consideraba que pertenecía antes de su operación (Sentencia de 30 de abril de 1996, (asunto C-13/94). En 2004, el Tribunal de Justicia declaró que una normativa nacional que, al no reconocer la nueva identidad sexual de los transexuales, les prohíbe contraer matrimonio es contraria al Derecho de la Unión si tiene como consecuencia privarlos del disfrute de una pensión de viudedad (sentencia de 7 de enero de 2004, (asunto C-117/01).

El Tribunal de Justicia mantiene que el trato desfavorable que resulta únicamente del hecho de un cambio de sexo constituye una discriminación directa por razón de sexo, diferenciable de la discriminación por la orientación sexual. Considera que una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impide que un transexual reúna uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por el Derecho Comunitario. (STJUE 7 de abril de 2006, (asunto Margaret Richards).

En 2015, el Tribunal de Justicia declaró que excluir permanentemente de la donación de sangre a los homosexuales y bisexuales masculinos puede constituir una discriminación, a menos que se demuestre científicamente que estas personas están expuestas a un riesgo elevado de contraer enfermedades infecciosas graves, como el VIH y que se haya respetado el principio de proporcionalidad. Por lo tanto, un Estado miembro no puede excluir permanentemente a dichas personas sin examinar si existen otras técnicas menos coercitivas pero igualmente eficaces que permitan detectar la presencia del VIH en la sangre, a pesar de la existencia de un período inmediatamente posterior a la infección viral y durante el cual los marcadores biológicos utilizados para la detección de la infección en las donaciones de sangre siguen siendo negativos, pese a la infección del donante (“período ventana”). Asimismo, un cuestionario y una entrevista personal con el donante podrían eventualmente permitir identificar con mayor precisión las conductas sexuales de riesgo (Sentencia de 29 de abril de 2015, (asunto C-528/13). Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que un trabajador que ha celebrado un pacto civil de

¹⁴ Molina Navarrete, C, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, *La Ley*, número 4759.

convivencia (PACS) con su pareja del mismo sexo tiene derecho a obtener las mismas ventajas que las que se conceden a los trabajadores heterosexuales en caso de matrimonio, como varios días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando las parejas homosexuales no puedan legalmente contraer matrimonio y que el “PACS” tiene el mismo valor jurídico que el matrimonio a efectos de tal permiso especial (Sentencia de 12 de diciembre de 2013, (asunto C-267/12).

El resultado que da el TJUE es que según los artículos 3, 4 y 7 de la directiva 79/7/CEE sobre igualdad entre mujeres y hombres en materia de seguridad social, es, que a la hora de conceder una pensión a una persona que se ha realizado una operación de cambio de sexo, no deberían tenerse en cuenta requisitos como, no haber contraído matrimonio con una persona del mismo sexo del que se ha realizado el cambio o, que tenga que cumplir requisitos físicos, psicológicos o sociales.

Continuando en la misma dirección, el Tribunal de Justicia decidió, en 2018, que no puede exigirse a una persona que ha cambiado de sexo que anule su matrimonio celebrado antes del cambio de sexo para poder optar a una pensión de jubilación a la edad prevista para las personas del sexo que ha adquirido (Sentencia de 26 de junio de 2018, (asunto C-451/16).

8 Principio de no discriminación por motivos de religión

El 14 de marzo de 2017, (asunto C-493/15) el TJUE ha dictado una importante decisión sobre el principio de no discriminación por motivos de religión o convicciones en el contexto laboral, en un supuesto donde se cuestiona el uso del velo por parte de una mujer musulmana en el puesto de trabajo, el máximo organismo jurisdiccional de la UE ha establecido que las empresas privadas pueden prohibir el uso de símbolos religiosos visibles en el lugar de trabajo, siempre y cuando exista una política general de empresa que prohíba todos los símbolos religiosos, políticos y filosóficos.

El TJUE entiende que estaríamos ante un caso de discriminación indirecta, en los casos en los que el reglamento interno de una empresa privada establezca una norma aparentemente neutral pero que en la práctica determine cierta desventaja a las personas que adhieren a una determinada religión o convicción. Según clarifica el Tribunal, dicha norma podría considerarse legítima sólo cuando sea objetivamente justificada para conseguir un fin legítimo y cuando los medios para lograr dicha finalidad sean apropiados y necesarios.

En la Sentencia de 22 de enero de 2019 en el (asunto C-193/17) la Gran Sala examina, en esencia, si los artículos 1 y 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que establece una discriminación directa por motivos de religión una legislación nacional en virtud de la cual, por una parte, el Viernes Santo solo es día festivo para los trabajadores que son miembros de determinadas Iglesias cristianas y, por otra parte, únicamente esos trabajadores tienen derecho, si deben trabajar durante ese día festivo, a un complemento por trabajo en día festivo. Considera el Tribunal europeo que; *“Los artículos 1 y 2, apartado 2, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, deben interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación directa por motivos de religión una legislación nacional en virtud de la cual, por una parte, el Viernes Santo solo es día festivo para los trabajadores que son miembros de determinadas Iglesias cristianas y, por otra parte, únicamente esos trabajadores tienen derecho, si deben trabajar durante ese día festivo, a un complemento salarial por el trabajo realizado en esa jornada”*.

BIBLIOGRAFIA

- Carrizosa Prieto, E., “La concreción de los indicios de discriminación en la Jurisprudencia comunitaria”, *Aranzadi Social*, núm. 2057, 2012.
- Díez Peralta, A., “Los Derechos de la Mujer en el Derecho Internacional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen LXIII, (2011).
- Gómez Fernández, I., “*Jurisprudencia del TJUE sobre igualdad de género, conciliación y protección de la maternidad*”, en Díez-Hochleitner Rodríguez, J. “Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011), La Ley, Madrid, 2012.
- González del Miño, P, “Naciones Unidas y los derechos de las mujeres”, en “Globalización y desigualdad de género”, editora Paloma de Villota Gil-Escoín, Editorial Síntesis, Madrid, 2004.
- Guerrero Padrón, T, “Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, número 68, 2003.
- López de la Vieja, M^a T., “Dignidad, igualdad. La “buena” política europea”, en: AA.VV., Ciudadanos de Europa, Derechos fundamentales en la Unión Europea, M^a Teresa López de la Vieja (ed.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.
- Lousada Arochena, J. F. “La prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y la discriminación por embarazo: dos instituciones diferentes llamadas a integrarse”, *Poder Judicial*, número 54, 1999.
- Mangas Martín, A., “*Jurisprudencia europea en materia de no discriminación por razón del sexo: discriminaciones directas*”, en: AA.VV., Igualdad de hombres y mujeres a la luz del Tratado de Ámsterdam, Debate 31, Instituto de la Mujer, Madrid, 2001.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M, “La prohibición de despido de la trabajadora embarazada: reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre de 1992”, *Revista de Derecho Social*, número 7, 1999.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “Acciones positivas y efectividad de la tutela procesal antidiscriminatoria (A propósito de la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo)”, *La Ley*, número 4759.
- Moreno de Toro, C. “La sentencia “Marschall”: una nueva perspectiva del TJUE sobre las medidas de acción positiva”. *Derecho y Opinión*, Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado, 2014.
- Navarro Prieto, F., “El principio de igualdad y no discriminación en la reciente jurisprudencia comunitaria”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015.
- Pérez del Río, T., “*El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*”, IELSS, Madrid, 1984.
- Ostner, Ilona., “*De igualdad de salario a igualdad de empleo*”, en: Rossili, Mariagrazia, “Políticas de género en la Unión Europea”. Madrid: Narcea S.A ediciones, 2001.

DEMOCRACIA: CONSTRUÇÃO, AMEAÇA E DECLÍNIO

Deizilany Alves Santos*

RESUMO

Este artigo trata de um assunto pertinente para a sociedade brasileira, pois a democracia tem sofrido ataques sutis diariamente. Nele é abordado o processo de construção das democracias além de relatar como se deram algumas ditaduras ao redor do mundo, e manter democracias depende da economia e da forma que o atual Estado enxerga os cidadãos. Também se faz relevante discutir a ideia equivocada que o brasileiro possui ao destinar a uma pessoa a missão de dizimar todas as mazelas existentes enraizadas desde a colonização. Por fim ter como reflexão a importância da nossa recente democracia, que problemas sociais e econômicos podem e devem ser sanados democraticamente e as experiências ditatoriais que vivenciamos sirvam para a compreensão de que a sociedade não precisa de imposições, e a liberdade de expressão conquistada é fundamental tanto para a dignidade da pessoa humana, tanto para o desenvolvimento político-social.

Palavras-chave: Democracia. Autocrata. Ditadura. Política. Tolerância. Poder. Governo. Marginalização. Cidadão. Brasil.

1 Introdução

A definição etimológica da palavra democracia, de origem grega, demos = povo, kratos = poder, ou seja, poder do povo. A Constituição brasileira, também chamada de constituição cidadã, faz referência ao poder do povo em seu artigo primeiro e parágrafo único ao explicitar que todo poder emana do povo, nesse âmbito, faz-se axiomático o respaldo que a supremacia popular possui.

Diante de toda importância e significado da democracia para os povos, é impossível separá-la do contexto social, da economia, da relação política-social, dos princípios isonômicos. Ademais, é imprescindível discorrer acerca do processo de construção democrática, insta salientar também como se dão as ameaças ditatoriais, a instauração de um regime totalitário, além da função popular na manutenção dos regimes democráticos ou não.

Outrossim, é de suma importância compreender o porquê no Brasil há uma incidência em adotar uma figura política para equacionar todos os problemas existentes, sejam eles econômicos, sociais, políticos, estruturais, ou seja, de todos os segmentos. Nesse sentido, depositam em uma pessoa toda expectativa de solução das mazelas existentes, embora seja humanamente impossível, os cidadãos brasileiros tendem a fazê-lo e ao frustrarem-se transferem para outra figura pública a mesma responsabilidade.

Dentro desse contexto, está a figura fantasiosa do herói político cujas ações podem trazer sérias consequências, o populismo, por sua vez não deveria

* Discente do curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe. E-mail: deizilanyasantos@academico.ufs.br.

ser requisito primordial de um presidencial, com isso o povo negligencia, abdica de sua responsabilidade civil, elege um autocrata e expõe a população a uma ameaça totalitária constante, haja vista que no Brasil há muitos simpatizantes da ditadura, isso tem por consequência a queda dos regimes democráticos. Basta rever a história do Brasil, alguns presidentes pós Revolução de 1930 eram exacerbadamente populistas, tão logo, experimentamos o gosto amargo de duas ditaduras extremamente opressoras.

Ainda assim, os indivíduos prosseguem cometendo os mesmos erros, geração após geração a sociedade não compreendeu a democracia e sua magnitude. O voto consciente é utópico ainda no país, embora o contexto tenha mudado, ainda há resquícios do pensamento oligárquico na nossa sociedade brasileira. Quando a democracia está sob o olhar totalitário de um chefe de Estado, eleito com apoio e devoção da maioria, ela está ameaçada.

O declínio democrático, destarte, é iminente já que quem deveria zelar para manutenção do estado democrático está mais engajado em ideologias vazias, sem importar-se com o bem-estar social, democracias nasceram e morreram inúmeras vezes ao redor do mundo por inúmeras razões e assim continuará se os cidadãos insistirem em internalizar o negacionismo da sua história.

2 O processo político e social na construção democrática

Ao falar em democracia, é impossível não pensar na Grécia antiga, pois a organização política e social grega baseava-se em cidades-estados, cada uma com sua autonomia, a Grécia fora o primeiro país a instaurar e cultivar a democracia. No entanto, havia uma segregação dentro dos moldes democráticos, uma vez que era a aristocracia que detinha o controle econômico e político da pólis, além disso, havia escravidão, o voto era restrito para uma pequena parte da população.

Pode-se notar que apesar dos milênios que distam a sociedade grega antiga da contemporaneidade, há uma semelhança entre a democracia antiga e a democracia hodierna. A Grécia gestou um regime que ao longo do tempo foi moldado e hoje faz parte das maiorias dos países do mundo, a sociedade, a política são intrínsecas a ela, não há como construir democracia sem a participação do povo. Para Karl Marx o homem é por natureza um animal social, anos antes Aristóteles já se referia ao homem como animal político.

As definições de Marx e Aristóteles, embora ditas em contextos distintos são pertinentes até hoje, já que o homem depende das relações políticas e sociais para viver e se relacionar. A democracia se modificou, porém o homem continuará dentro destas definições, posto que o povo é o alicerce da construção e manutenção do regime democrático, político e social. O regime democrático espelha a vontade de seu povo, significa dizer que este detém o poder, muito embora não saiba compreender, manter e principalmente disseminar a importância da democracia para as futuras gerações.

Os cidadãos, em hipótese alguma, devem renunciar o direito que a democracia lhes designa, pois, uma sociedade justa é fundamentada na população que reconhece o quão fundamental é sua participação política e social para a comunidade em geral. Embora os problemas sociais sempre existam para que eles sejam de fato combatidos e amenizados, a construção democrática deve-se à pautar-se na consciência humana. Logo, representantes eleitos são empregados do povo, infelizmente há uma inversão de papéis no Brasil, em

virtude disso há uma rachadura extensa nos pilares democráticos brasileiros difícil de ser selada.

3 A relação econômica e a manutenção ou não de um governo

A revolução francesa e seus ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, divisora de águas da humanidade é o principal precedente histórico de como a economia mal distribuída causa revoltas e quedas de governos legítimos, haja vista que um chefe de Estado que olha apenas para dentro, ou seja, para seus interesses pessoais, marginaliza o povo, cujas fatias econômicas distribuídas exacerbadamente desproporcional tendem a gerar questionamentos e revoltas acerca do regime político instaurado, e assim, por finalidade a deposição de seus cargos em busca de mudança política e social. Fora dentro desse contexto que o Rei Luís XVI e a rainha Maria Antonieta além de perder as rédeas da monarquia perderam a cabeça no ápice da revolução.

Quase dois séculos mais tarde, Hitler ascende ao poder na Alemanha com duras críticas e promessas de sanar os problemas da economia que já havia sido devastada na primeira guerra, e quando experimentava sinais de estabilidade, a grande depressão de 1929 afundava novamente a economia alemã ao caos. E, democraticamente aliado a uma retórica excepcional acumulava apoiadores, e diante do cenário com 5 milhões de desempregados e a inflação em números alarmantes, os empresários alemães apoiam e elegeem Hitler como Chanceler na Alemanha em 1933. Em virtude disso, o mundo emergiu em outra guerra, a qual mais perseguiu e matou em toda a história da humanidade. É indubitável que Hitler usou a fragilidade econômica para instaurar o totalitarismo, ainda que tenha chegado ao poder sem grandes revoluções e golpe de estado, ele usava da palavra para persuadir e conseguir dezenas de milhares de apoiadores extremistas, intolerantes. Crises tendem a deixar democracias tênues à mercê de autocratas disfarçados de redentores.

Ao observar exemplos mais recentes, na América do Sul, a Venezuela aderiu ao chavismo por 14 anos. Apoiado pelo ex-presidente venezuelano, Caldera, desejoso do retorno à presidência, porém sem popularidade, viu em Chávez uma possibilidade, ainda que ele tenha tentado desestruturar a democracia venezuelana possuía números de simpatizantes cada vez maiores. Com a tentativa de golpe de Chávez e economia em crise, vislumbrando ascensão política, Caldera declarou no Congresso:

É difícil pedir ao povo para se sacrificar em nome da liberdade e da democracia quando ele pensa que essa liberdade e essa democracia são incapazes de lhe dar alimento para comer, de conter a alta astronômica do custo de vida ou de acabar definitivamente com a corrupção, que, aos olhos de todo o mundo, está corroendo as instituições da Venezuela a cada dia que passa. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 28).

O casamento político entre Caldera e Chávez deu certo, em 1993, Caldera vence as eleições presidenciais, e elege seu sucessor em 1998, da prisão para o poder, democraticamente Chávez chega ao mais elevado cargo do poder executivo. A ambição de manter o poder faz políticos se aliarem a autocratas dando-lhes voz e liderança. Hugo Chávez venceu quatro eleições consecutivas, o que traz uma releitura da ditadura, pois em democracias um Chefe do Executivo pode permanecer no poder por no máximo dois mandatos, mas com fragilidades constitucionais fixou-se.

Embora Chávez em seus quatro anos de mandatos, tenha elevado o PIB, e diminuído consideravelmente a pobreza, ele sutilmente esmagou a democracia venezuelana, se instaurou no poder e de lá só saiu com a finitude de sua vida. Ademais, a estabilidade econômica do país contribuiu significativamente para a manutenção do governo chavista. Ainda que sob críticas da oposição.

No Brasil, o contexto do golpe militar de 1964 foi de grave crise econômica, com inflação de 75%. E mais uma vez a história assevera que grandes crises movem pessoas a corromper regimes políticos. As reformas agrária, política e tributária prometidas por João Goulart descontentaram a igreja, grande proprietária de terras, os latifundiários, e a elite empresarial por sua vez bem representada no congresso. Grande parte da população brasileira marginalizada estava nas ruas clamando pelas reformas, principalmente a agrária, contudo, a igreja católica e a elite conservadora impulsionaram o golpe civil-militar ao disseminar que tais reformas eram endossadas por pensamentos totalitários comunistas. Além disso, o apoio dos EUA e a promessa de tomar o poder para frear a ameaça ditatorial do comunismo, e logo após devolver o governo aos civis, os militares depõem o presidente eleito democraticamente se instauram no governo e permanecem por mais de vinte anos.

4 Brasil, e a fantasia da figura do herói político: Vargas, Lula e Bolsonaro

A antiga República ou República velha como Vargas denominou era um regime restrito oligárquico cujas eleições eram acordadas entre os estados de São Paulo e Minas Gerais, o voto era aberto, conhecido como voto de cabresto enraizado em uma cultura extremamente excludente que visava apenas a alternância do poder e a manutenção das oligarquias do café com leite que dominavam a economia com a exploração do trabalhador.

Vargas, por sua vez, já estava na política, fora Ministro da Fazenda no governo de Washington Luís, posteriormente deixou o ministério para governar seu estado natal. Com a grande depressão que em 1929 imergiu o mundo em uma devastadora crise econômica a qual atingiu sumariamente a economia cafeeira no Brasil causou uma instabilidade e o então presidente rompeu o acordo da alternância do chefe do executivo ao indicar outro paulista, Júlio Prestes, à presidência. Minas Gerais, o estado mais populoso do país, à época, uniu-se ao Rio Grande do Sul para lançar a candidatura de Vargas pela Aliança liberal.

Em sua campanha, Vargas já esboçava um ousado plano de governo nacionalista com proposta de criar a legislação trabalhista, advogava além do voto secreto a extensão deste às mulheres. Nesse cenário a campanha ganhou apoiadores em multidões fervorosas. No entanto, o presidente Washington Luís não aprovou a decisão de Vargas ao romper o acordo que tinham, pois Vargas se comprometeu mas não cumpriu que como candidato não faria aparições públicas fora do Rio Grande do Sul, com isso, o presidente apoiou o movimento anti-varguistas. Nesse âmbito de tensão, as eleições demonstraram a derrota da Aliança Liberal, o que causou revolta, pois muito provavelmente as eleições foram fraudadas.

Nessa efervescência política e a morte de João Pessoa, vice de Vargas, por motivos de honra, mas foi disseminada a culpabilidade do governo. E, sem um consenso político e com apoio das forças armadas a Aliança Liberal deflagra a Revolução iniciada na capital federal e em três estados. Washington Luís cede

o controle do governo e o ex-ministro do então governo toma posse para uma gestão provisória até as eleições.

Inicia-se aí o mais longo mandato de um presidente da história desse país, a Era Vargas. Inicialmente, Vargas era conhecido pela sua frieza, como relata o historiador, diretor do departamento de estudos latino-americanos da universidade de Miami, Robert M. Levine em seu livro acerca da figura que mais tempo passou na presidência, na introdução denomina Vargas um enigma e relata:

Realista, e mestre em ocultar suas intenções, Vargas era um homem difícil de ser decifrado, até pelos amigos. Para mascarar a simplicidade que lhe era inerente, cultivava a brandura. Desagradava-lhe responder de imediato, dizia que preferia pensar bem antes de falar. Consequentemente, as pessoas aprenderam a não confiar nele. No decorrer de cada estágio de sua carreira, Vargas permaneceu uma figura misteriosa, enigmática e inescrutável, um homem que representava coisas diferentes para pessoas diferentes. Mas compreendia o poder e sempre sonhou, talvez quixotescamente, em impulsionar a nação até que esta pudesse controlar o próprio destino. Vargas também revelava um lado sombrio. 'Quantas vezes desejei a morte como solução da vida', escreveu ao descrever a culpa que sentia por ter mandado para o exílio, logo depois da tomada do poder, os membros do governo deposto. Nunca levantou a voz contra o comportamento vil e perigoso de alguns de seus subordinados. (LEVINE, 2001, p. 14).

Vargas criou sua imagem de lutador pelas classes segregadas, mas centralizou a industrialização no centro-sul e pouco ou nada fez por outras regiões onde pessoas viviam em condições subumanas. Haja vista que os trabalhadores tiveram que abrir mão do direito de greve em troca de direitos minimalistas, ou seja, a mobilização das massas era proibida e a grande maioria dos cidadãos eram marginalizados políticos e econômicos. Outrossim, Alzira, filha de Vargas afirmou que o governo provisório era uma "democracia conduzida por um ditador que se mantinha no poder pelo apoio do povo". Amante do poder, Vargas sabia conduzir de forma perspicaz as classes sociais distintas, de um lado mantinha a elite com incentivos fiscais, de outro deu à classe trabalhadora o mínimo de direitos que asseguravam apoio ao seu governo de ambos os lados. Com isso, sua eleição em 1934 era favas contadas.

A imagem paternalista de Vargas foi construída ao longo de sua ascensão política e para sua manutenção no poder. As regiões longínquas recebiam um certo percentual da receita dos impostos desde que aceitassem transmitir no rádio o programa do governo "A Hora do Brasil" para disseminar e popularizar a imagem do governo varguista.

Vargas governou do alto de um sistema autoritário no qual ele e seus representantes escolhidos a dedo, tanto no nível nacional quanto no estadual e no local, detinham todo o poder. O governo provisório foi a primeira ditadura formalmente estabelecida no Brasil a lutar por legitimidade, introduzindo um sistema autoritário centralizado que sobreviveu em muito ao fim do próprio governo provisório, em 1934. (LEVINE, 2001, p. 56).

Diante do cenário de maioria favorável, Vargas ganhou as eleições de 1934 de forma indireta, pois muitos dos membros da assembleia constituinte eram pró-Vargas. Em seu governo não mais provisório, ele governou por decretos, uma vez que o congresso não tinha força nem voz, e com anseio de permanecer na presidência difundiu junto a imagem de protetor da nação que o comunismo era um mal crescente no país e despertava nas pessoas o medo

do comunismo, que ele denominou de vírus, além disso, impulsionava o integralismo ultranacional. Assim surgiu o plano Cohen, documento inverídico que alegava uma conspiração comunista para derrubar o governo, sem hesitar, Vargas se deu um golpe de Estado e instaurou o Estado Novo.

No livro “Como as Democracias Morrem” explica-se que a grande ironia da finitude democrática é que a própria defesa é usada como pretexto para sua subversão. Autocratas costumam usar crises econômicas, desastres naturais, e principalmente ameaça à segurança para justificar medidas antidemocráticas, asseveram Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018, p. 94).

Em suas palavras, Vargas explica a implementação do Estado Novo:

[...]Temos secas e inundações periódicas, problemas de engenharia de difícil solução eo saneamento de imensas zonas a desafiar nossos técnicos. Talvez tenha sido um erro meu não lutar mais para que o Executivo deixasse de ser uma mera figura de proa [...]. Durante meses e meses, leis de emergência para salvar uma lavoura em perigo, para resolver problemas vitais ou evitar calamidades públicas [...]. Não estávamos em condições, quer econômicas, quer financeiras, quer políticas de nos darmos ao luxo de pretendermos ser uma democracia. Sabes o quanto custa uma eleição, não digo em dinheiro, mas em tempo, em retaliações pessoais, em desgastes nocivos a um povo que tem pressa de crescer? Vamos em breve ter de enfrentar uma situação muito séria, talvez uma guerra, e de tomar medidas muito mais necessárias do que a poética suposição de que somos livres dentro de casa. [...] A constituição de 1937, que tanto te preocupa, é apenas uma tentativa, uma experiência transitória, para atravessarmos a tempestade que se aproxima com um mínimo de sacrifício possível. (LEVINE, 2001, p. 208).

O nacionalismo em Vargas era intrínseco, no entanto, sedento por poder articulou seu paternalismo, sua acessibilidade ao povo, esboçava até uma simplicidade que gerava uma identidade com a população. Nesse sentido fez o que julgava necessário para o governo, Getúlio cassou mandatos políticos, fechou o congresso republicano, exilou ex-aliados, rebeldes e todos que ousassem uma insurreição, entre os presos estavam nomes da literatura nacional como Graciliano Ramos e Monteiro Lobato. Publicações antigovernistas eram queimadas. Em todo Brasil a manutenção do Estado Novo era baseada na exaustiva propaganda governamental e na promessa de melhorar a vida dos brasileiros.

Após enviar tropas para combater o totalitarismo alemão, a finitude da guerra, ficou insustentável a manutenção da Constituição outorgada fascista apelidada pelos opositores de “a polaca” termo o qual tem por significado popular de prostitua europeia. Diante disso, Vargas assina sua renúncia em 1945 e apesar de a situação tê-lo forçado, a denominação de “pai dos pobres” e a propagação exacerbada do herói político tinham deixado frutos. Haja vista, seu retorno democrático à presidência em 1950.

Concernente ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, há uma semelhança com Vargas no que tange ao populismo e ao cultivo nacionalista. Luiz Inácio nasceu no sertão nordestino, conheceu a extrema pobreza, sua família saiu do interior de Pernambuco para São Paulo fugindo da miséria. Trabalhou desde muito cedo para contribuir com o sustento da mãe e dos irmãos, estudou e se tornou metalúrgico. Com o tempo, o Brasil não só estava inserido em um cenário de crescente industrialização mas também em um momento de efervescência política, social, economicamente instável, a ditadura civil militar estava instaurada.

Lula trabalhava em um dos centros industriais do país, acompanhou e vivenciou as dificuldades dos trabalhadores, o totalitarismo em todos os lugares que transformava inaudível a voz da classe trabalhadora, que clamava por direitos. Os sindicatos eram controlados pelo governo desde a Era Vargas, o povo queria como representante sindical alguém que além de conhecer a realidade da classe, fosse um deles, criado no interior das indústrias, ou seja, um operário conhecedor das angústias e necessidades de todos os trabalhadores.

Diante das circunstâncias, Lula filiou-se ao sindicato e teve participação ativa, liderou grandes movimentos sindicais, articulou greve dos operários a fim de pressionar os empresários no ABC paulista, chegou a reunir 100.000 trabalhadores num estádio de futebol que tão logo fora fechado pelo regime militar. Ademais, foi preso político por 31 dias. Ele representava a personificação do movimento dos trabalhadores, seu populismo e empatia eram características essenciais de um líder.

Durante a transição do regime ditatorial para a democracia, já era uma das principais lideranças do movimento “Diretas já” que tomaram contas das ruas do país, nascia então o político que carregava consigo a identidade nacional. Elegeu-se Deputado Federal por São Paulo, logo depois candidatou-se pela primeira vez à presidência, foi derrotado por Fernando Collor. O país vivia ainda sob a inconstância econômica, política e social, herança do regime militar. Candidatou-se pela segunda vez e novamente foi derrotado dessa vez por Fernando Henrique Cardoso.

Até que em 2002, Lula vence as eleições presidenciais. No documentário “Democracia em Vertigem”, a cineasta Petra Costa relata que Lula era a personificação do ideal dos trabalhadores, era a esperança da unificação do país, ou seja, o herói dos marginalizados, pois chegara ao mais alto cargo do poder executivo alguém com o estigma da segregação social, da sociedade aristocrática excludente.

E o casamento entre o presidente e o povo, inicialmente foi benéfico, já que Lula enquanto presidente alcançou números expressivos, 20 milhões de brasileiros saíram da pobreza extrema, O Brasil atingiu a menor taxa de desemprego da história, além de atingir o sétimo lugar da economia mundial e apesar das acusações de corrupção no escândalo do mensalão, Lula deixa o cargo com a maior aprovação, 87%. Ainda em “Democracia em Vertigem”, Petra Costa salienta o paradoxo de Lula, o presidente mais importante e mais decepcionante que o país já teve.

De fato, Lula pretendia ser o homem que iria equacionar a segregação social, criou programas sociais de suma importância durante seu governo, no entanto, se perdeu ao barganhar projetos, pecou ao deixar-se corromper ainda que tenha colocado o país em situação econômica confortável, além de ter alianças políticas externas imprescindíveis para o atual contexto da globalização. Apesar de certa influência varguista, ambos nacionalistas, Lula não cultivava inclinações ditatoriais, a relevância de seus mandatos é inegável, e o perigo está no fato de que a decepção causada na população rachou o país em uma exacerbada dicotomia ideológica, política de direita e esquerda. O erro está no povo que não só elege o herói mas também transfere esse papel para outro à medida que são frustrados.

Essa dicotomia ideológica deu margem para que um presidenciável simpatizante da ditadura fosse eleito, o ex-Deputado Federal cultivava em seu

gabinete como símbolo de admiração as fotografias dos cinco presidentes da Ditadura Civil Militar. Bolsonaro chega ao poder ao vencer as eleições de 2018, com um discurso de ódio e um único propósito de armar a população. Ele se identifica com o ex-presidente americano, Trump, que também chegou ao poder da maior economia do mundo com declarações antidemocráticas, e a mais recente não aceitação da derrota nas urnas o fez questionar o sistema eleitoral americano, além de incitar a violência e a invasão ao congresso estadunidense.

A fantasia do Salvador da pátria ainda é tão intrínseca na cultura brasileira que Bolsonaro foi eleito com adoração por seus apoiadores, que curiosamente o denominam como “o mito”. Embora o dicionário da língua portuguesa expresse o significado da palavra mito como algo ou alguém cuja existência é irreal. Nesse sentido, a recente democracia brasileira está comandada por um aspirante a ditador, posto que o presidente deliberadamente dissemina o preconceito, a violência e a insurreição.

A presença do chefe de Estado em manifestações antidemocráticas, intolerantes, que pedem o fechamento do Congresso e do STF, representa seus conceitos, suas opiniões, personifica o autoritarismo, é uma violação tácita à Constituição a qual jurou proteger. O presidente insulta o Estado Democrático de Direito sempre que tem oportunidade, as declarações feitas por ele no decorrer de sua trajetória política nunca esconderam sua afeição totalitária. Negacionista do Golpe Militar de 31 de março de 1964, enaltece o mais repressor Ato Institucional, o número 5:

Eu louvo os militares que, em 1968, impuseram o AI-5 para conter o terror em nosso País, ato também apoiado pela mídia, apoiado pelo Supremo Tribunal Federal [...] Mas eu louvo o AI-5 porque, pela segunda vez, colocou um freio naqueles da esquerda que pegavam em armas, sequestravam, torturavam, assassinavam e praticavam atos de terror em nosso País.¹⁵

São inúmeras exaltações ao regime militar, dentre elas vale ressaltar a menção feita por ele, enquanto Deputado, no processo de impeachment da presidenta Dilma Rousseff, ao Coronel Carlos Brilhante Ustra, torturador do regime militar, e, como Presidente, recebeu, no Planalto, a viúva do Coronel e ainda se referiu a Ustra como “herói nacional”. O poder que emana do povo elegeu um aspirante a ditador que desacredita o sistema eleitoral o qual foi eleito, além de coagir a imprensa e não cultivar uma só ação pública para o bem-estar da população.

Vargas, Lula e Bolsonaro, contextos distintos que tangenciam-se, extremamente populistas em três momentos da história do país que o povo fantasiou o redentor, um era pai dos pobres, o outro herói dos trabalhadores marginalizados socialmente, e o último, o mito. É indubitável como os cidadãos brasileiros carregam consigo a ilusão da figura pública paternalista, salvadora. Da Era Vargas até hoje muitos anos passaram e o povo continua com os mesmos conceitos acerca da política, das funções exercidas pelos representantes escolhidos.

Sim, de fato o poder emana do povo, quando este sabe compreender que não existe herói da nação, existe o voto que determina quem representará os interesses da sociedade e estes nada mais são do que empregados do povo para servi-lo em busca do bem comum, pois a construção de uma sociedade mais justa leva tempo, e esta por sua vez é dever de todos.

¹⁵ A fonte encontra-se nas referências ao final.

5 A ameaça ao Estado Democrático de Direito e o não aprendizado com a ditadura civil-militar

“A pior democracia é preferível à melhor das ditaduras” (1896), já afirmava Rui Barbosa no século XIX, antes mesmo de o Brasil experimentar por duas vezes o regime antidemocrático. Talvez ele já vislumbrasse que chefes de Estado rasgariam constituições e implementariam regimes totalitários. O Brasil, hoje, desfruta de sua recente democracia, fruto de grandes manifestações populares após anos sob um regime extremamente ditatorial, que perseguiu qualquer cidadão que ousasse discordar do regime, seja civil ou político.

Embora a ditadura militar seja memória viva da história brasileira, recentes manifestações antidemocráticas tomaram conta do país, parte da população pedia intervenção militar, o fechamento do STF e do Congresso. Paradoxalmente, democracias permitem manifestações controversas, porém, em ditaduras, as únicas manifestações permitidas são as que engrandecem o regime, ou seja, não é aceita qualquer tipo de crítica ao Estado.

No documentário “Democracia em Vertigem”, a cineasta Petra Costa retrata a polarização política e ideológica que pairam sob a democracia brasileira, a qual ela denomina parecer um sonho efêmero e assevera que: “Somos uma República de famílias, umas controlam a mídia, outras os bancos, elas possuem areia, o cimento, a pedra e o ferro. E de vez em quando acontece delas se cansarem da democracia, do Estado Democrático de Direito”.

Ao observar o contexto do golpe militar de 31 de março de 1964, a crise econômica, além da revolta da então “República de famílias” com as reformas propostas pelo Presidente João Goulart e rumores da ameaça comunista evidencia que no Brasil permanece o regime que mais agrada a elite, uma vez que a tomada do poder pelos militares tinha apoio de grandes empresários a fim de conter uma possível reforma tributária, da igreja latifundiária à qual a reforma agrária atingiria sumariamente.

No entanto, polarizações políticas e ideológicas fazem parte das democracias, o que enfraquece os pilares democráticos são a intolerância, vista diariamente na mídia e nas redes sociais, basta apenas discordar para serem vistos como inimigos, não como cidadãos com pontos de vistas divergentes. É extremamente nocivo à democracia quando se tem um líder no governo que instiga intolerância, ataca jornalistas, tem como inspirações políticas os presidentes da época de chumbo, além de questionar o sistema eleitoral nacional. Este tende a fomentar em seus apoiadores a discórdia e pensamentos totalitários. Normas, leis escritas ou simplesmente tradições éticas, empatia e tolerância são o alicerce da democracia, quando um presidente coloca seu ego acima deles, as bases democráticas estão gravemente estremecidas.

A Constituição Federal (1988, artigo 1º, Parágrafo Único) assevera que o poder emana do povo, exercido democraticamente ao eleger seus representantes. Embora a lei determine o caminho para a manutenção democrática, cidadãos e parlamentares têm por finalidade interesses próprios que a ameaçam, posto que discordar faz parte do jogo democrático e da liberdade de expressão. Porém há a necessidade de convergências a fim de proporcionar à população bem-estar social, erradicação da marginalização estrutural, e com isso, fortalecimento da democracia, vetando rivalidades hostis.

O país viveu um momento crítico, a ditadura civil militar por mais de 20 anos deixou inaudível a voz do povo, perseguiu, torturou, exilou, dizimou famílias, assassinou aqueles que clamavam por liberdade. Essas memórias

jamais podem cair no esquecimento, pois a evolução de uma sociedade se dá com o não abandono de sua história para que erros passados não voltem a eclodir. A promessa inicial era o militarismo ficar no poder um ano e devolvê-lo à sociedade civil, todavia, o que os historiadores chamam de “o golpe dentro do golpe”, assegurou terríveis anos à história nacional. De forma análoga a fábula: “O javali, o cavalo e o caçador”, das Fábulas de Esopo, descreve como se deu o golpe militar e os anos de chumbo:

Surgira uma disputa entre o cavalo e o javali; então, o cavalo foi a um caçador e pediu ajuda para se vingar. O caçador concordou, mas disse: Se deseja derrotar o javali, você deve permitir que eu ponha esta peça de ferro entre as suas mandíbulas, para que possa guiá-lo com estas rédeas, e que coloque esta sela nas suas costas, para que eu possa me manter firme enquanto seguimos o inimigo. O cavalo aceitou as condições e o caçador logo o selou e brindou. Assim, com a ajudado caçador, o cavalo logo venceu o javali, e então disse: Agora, desça e retire essas coisas de minha boca e das minhas costas. Não tão rápido, amigo, disse o caçador. Eu o tenho sob minhas rédeas e esporas, e por enquanto prefiro mantê-lo assim. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 23).

Um país que ignora sua história tende a cometer os mesmos erros e em novos contextos, com outras releituras aparentemente democráticas, abala a democracia. Uma pesquisa DATAFOLHA, de janeiro de 2020, revela que a aprovação democrática encolheu, ou seja, cada vez mais brasileiros não sabem ou deixaram cair no esquecimento o que foi e os desmandos do sistema totalitário que o Brasil experimentou. Logo, para proteger a democracia é imprescindível sanar a “República de famílias”, realizar uma reforma política e primordialmente o povo necessita compreender seu papel social e político, exercer o que assegura a Constituição, pois democracias se fortalecem com democracia.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Democracias ao redor do mundo de alguma forma já foram atacadas, por líderes, chefes de Estados e civis. Há uma semelhança entre a Venezuela, a Alemanha de Hitler, os Estados Unidos da América (EUA), o Brasil e a França do século XVIII. Inicialmente porque a economia de um país está conectada ao regime de governo instaurado, uma vez que é difícil manter uma democracia extremamente segregadora, que sustenta apenas a elite em uma bolha impermeável. Nesse aspecto, um ditador implícito com um discurso de unificação, isonômico em direitos, atrai ou simplesmente o povo revoluciona-se contra o regime e em uma tentativa extrema de dispor da cidadania acaba acentuando a rachadura já existente entre as classes.

Os Estados Unidos, a Alemanha e a Venezuela através da democracia elegeram autocratas, nos Estados Unidos, Trump, aspirante a ditador, que abalou os pilares democráticos da democracia que seria a mais estável do mundo, com discursos de ódio e ataques ao sistema eleitoral, além disso, a insurreição recente sofrida pela democracia estadunidense assevera que apesar de longa e estável, democracias devem ser preservadas dia após dia e para isso, pois é fundamental manter viva a história do mundo, entender que ditaduras coagem, perseguem, censuram. Na Venezuela, Chávez deu um golpe de Estado e se manteve no poder por anos. Por fim, a Alemanha nazista que dizimou povos apenas para satisfazer o ego de alguns que acreditavam existir uma raça superior.

Por outro lado, no Brasil, além dos aspectos econômicos tem-se o hábito de adotar um político para solucionar todos os problemas aqui existentes, social, político, ou seja, tudo que não fora solucionado desde o Império, tal costume coloca o país em situação de vulnerabilidade, já que as consequências da fantasia do herói político que salvará a pátria, já se pode ver nos livros de história, enquanto os cidadãos brasileiros continuarem a repetir erros passados a sociedade não dispõe da democracia em sua plenitude, posto que embora vivamos em um sistema democrático recente, após anos de uma ditadura opressora, já se pode ouvir ecoar nas ruas do Brasil pedidos antidemocráticos onde a presença do chefe do executivo já ratifica suas inclinações ditatoriais, a ameaça totalitária é iminente.

Vale ressaltar que na democracia é livre a manifestação, o pensamento, é possível exercer a cidadania, cobrar dos representantes eleitos medidas públicas para uma sociedade menos marginalizadora. Embora o Estado seja democrático de Direito, os cidadãos não sabem vivenciá-lo, tampouco exercê-lo. Ao proliferar ideias ditatoriais não imaginam que o peso do regime recai a todos apoiadores ou não, basta apenas discordar, logo, as ditaduras só se permitem disseminar aquilo que fomenta e blinda o governo e os que não se adequam se calam, se exilam ou são presos, torturados e mortos.

É preciso que a população saiba discernir e compreender o quão é importante manter as liberdades de todas as naturezas, pois só a voz que ecoa nas ruas é que pode moldar a democracia para assim fazer uma sociedade mais justa. Discordâncias são imprescindíveis para a democracia, pois elas têm o poder de mudar o sistema para melhor, desde que seja feita de forma construtiva a fim de corroborar e amenizar as falhas existentes. Não se constrói uma sociedade mais justa trilhando o mesmo caminho do passado, a história serve para lapidar o presente e este para o fortalecimento da democracia, enquanto o povo não entender seu papel na sociedade e continuar transferindo para uma única pessoa a responsabilidade de desfazer um sistema marginalizador de séculos, o Brasil jamais deixará de ser sub em desenvolvimento social, político e econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. O homem é por natureza um animal social. Pensador.

Disponível em:

https://www.pensador.com/o_homem_e_por_natureza_um_animal_social/.

Acesso em: 22 jan. 2021.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 jan. 2021.

CAMPOS. João Pedroso. Doze vezes em que Bolsonaro e seus filhos exaltaram e acenaram à ditadura: Presidente, que nega ter havido golpe militar em 1964, disse ontem que 'está sonhando' quem cogita um 'novo AI-5', como fez seu filho Eduardo. Veja. Nov. 2019. Disponível em:

<https://veja.abril.com.br/politica/doze-vezes-em-que-bolsonaro-e-seus-filhos-exaltaram-e-acenaram-a-ditadura/>. Acesso em: 27 jan. 2021.

CORTELA, Mário Sérgio. “Pior democracia é preferível a melhor das ditaduras”: Ruy Barbosa sustenta a tese considerando que a democracia pode se reinventar a qualquer momento. Vale lembrar o resgate do pensamento nesse dia 7 de setembro, que marca a transformalção do Brasil em uma sociedade independente. CBN. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/211070/pior-democracia-e-preferivel-melhor-das-ditaduras.htm>. Acesso em: 7 jan. 2021.

DEMOCRACIA EM VERTIGEM. Direção: Petra Costa. Produção de Joanna Natasegara, Shane Boris, Tiago Pavan. Brasil. 2019. Netflix.

DICIO. Dicionário online de português. disponível em: <https://www.dicio.com.br/mito/>. acesso em: 27 jan. 2021.

NACIONAL, Jornal. Invasão ao Congresso dos EUA foi resultado de mobilização que começou ainda em 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2021/01/07/invasao-ao-congresso-dos-e-ua-foi-resultado-de-mobilizacao-que-comecou-ainda-em-2020.ghtml>. G1. Acesso em: 27 jan. 2021.

FANTÁSTICO. Bolsonaro volta a apoiar ato antidemocrático contra o STF e o Congresso, em Brasília. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/03/bolsonaro-volta-a-apoiar-ato-antidemocratico-contra-o-stf-e-o-congresso-em-brasilia.ghtml>. G 1 . Acesso em: 27 jan. 2021.

FERNANDES, Claudio. Revolução Francesa. História do mundo. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>. Acesso em: 3 nov. 2020.

LEVINE, Robert. M. **Pai dos pobres?** O Brasil e a Era Vargas. Tradução Anna Olga de Barreto Barros. São Paulo. Companhia das Letras, 2001.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução Renato Aguiar. Editora Zahar. Rio de Janeiro, 2018.

LULA, O FILHO DO BRASIL. Direção: Fábio Barreto, Marcelo Santiago. Produção de Luiz Carlos Barreto Produções Cinematográficas. Rio de Janeiro: Downtown Filmes, 2010. Youtube. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=DdDaooLYolc>. Acesso em: 10 jan. 2021.

NEVES, Daniel. Crise na Venezuela. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historia-da-america/crise-na-venezuela.htm>. Acesso em: 5 nov. 2020.

PINTO, Tales. O que é a Ditadura militar? Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-ditadura-militar.htm>. Acesso em: 5 nov. 2020.

PINTO, Tales. República de Weimar e a ascensão do nazismo: iniciada logo após o fim da I Guerra, a República de Weimar buscou a Alemanha, mas as crises econômicas abriram o caminho para a ascensão nazista. Brasil Escola. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/republica-weimar-ascensao-nazismo.htm>. Acesso em: 5 nov. 2020.

SOUSA, Rainer Gonçalves. Origem do golpe militar. Mundo Educação. Disponível em: <https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/origem-golpe-militar.htm>. Acesso em: 12 nov. 2020.

QUESTÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO NO CPC/2015

Francisco Roberto Machado*

RESUMO

O presente artigo busca a análise da questão prejudicial de mérito, no intuito de proceder com a sua compreensão, a fim de que, possa ser dado o tratamento adequado à referida matéria e seja possível a solução de um rol de demandas do Poder Judiciário. É através da sua distinção de outros institutos processuais e do estudo comparado da questão no antigo Código de Processo Civil frente à sua nova conotação no então vigente instrumento processual que se estabelecem os parâmetros de observação. Assim, percebeu-se que a legislação vigente alterara substancialmente o regime jurídico da questão prejudicial de mérito, abolindo a ação declaratória incidental, no propósito de garantir-lhe a mesma eficácia da resolução da questão de mérito, a coisa julgada material, se, e somente se, satisfeitas as múltiplas e cumulativas condicionantes legais ali expressas é a resolução da questão prejudicial sem força de coisa julgada.

Palavras-chave: Questão prejudicial de mérito. Código de Processo Civil. Ação declaratória incidental.

1 Introdução

O Código de Processo Civil, depois de cumprir sua *vacatio legis* de um ano, está em pleno vigor e eficácia desde 18 de março de 2016, fruto de anteprojeto elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, hoje com assento no Supremo Tribunal Federal.

O Estado Democrático de Direito, implantado com a Constituição da República de 1988, terminou conduzindo à necessidade de um novo Código, inserindo-o no movimento denominado *constitucionalização do processo*, mandando para os arquivos da história o decantado Código Buzaid, que, infelizmente, revelou-se inefetivo na tutela do direito material.

Neste ensaio, nos limitaremos a algumas anotações acerca:

- 1) Da agora proscria ação declaratória incidental à luz do vetusto Código de Processo Civil;
- 2) Da questão prejudicial de mérito, à luz do antigo e do vigente Código de Processo Civil, notadamente sua distinção de outros institutos processuais, para compreendermos como fica, doravante, o tratamento dessa matéria, à vista de sua diuturna importância para o deslinde de um rol de demandas no Poder Judiciário.

Código/1973:

Artigo 5º. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Artigo 325. Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de dez (10) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º).

Artigo 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Artigo 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

2 Questão prejudicial de mérito no CPC/1973

A despeito de opiniões divergentes, a nomenclatura *questão prejudicial*, na vigência do Código de 1973, era utilizada, em seu conceito restrito, para designar a *questão prejudicial de mérito*, definida pela doutrina como:

a relação jurídica controvertida, logicamente antecedente, que subordina e condiciona a resolução da lide em andamento, dita principal, e apta, em tese, a ser objeto de uma ação principal autônoma.¹⁶

A teor dos normativos acima transcritos, todos do CPC/73, se o réu, na contestação, antes de impugnar as questões de mérito, negasse a própria existência da relação jurídica entre as partes, esse *ponto controvertido*, denominado pela doutrina de *questão prejudicial de mérito*, deveria ser resolvido, na sentença, antes da análise e decisão sobre as questões de mérito propriamente ditas, exatamente porque a existência ou a inexistência dessa relação jurídica sempre foi tida como uma *questão prévia* capaz de influenciar, positiva ou negativamente, na resolução da questão de mérito da demanda, porque considerada como antecedente jurídico lógico e necessário para o deslinde da questão principal. Dada sua repercussão nesse destreame, somente depois de resolver a questão prejudicial de mérito estava o juiz capacitado para analisar e resolver a questão principal. Se o juiz, *acolhendo a questão prejudicial*, decidisse pela inexistência de relação jurídica entre as partes, enfrentaria o mérito da demanda e julgaria improcedente o pedido, negando ao autor sua pretensão de direito material, até porque, *sem vínculo jurídico entre autor e réu, seja ele resultante da lei ou do contrato*, nenhum pleito se justificaria contra este. Por outro lado, *rejeitando a questão prejudicial e*, portanto, reconhecendo a existência daquela relação jurídica, só então o juiz prosseguiria no julgamento, analisando e decidindo a questão ou questões de mérito da demanda, julgando procedente ou improcedente o pleito principal, conforme devesse acolher ou rejeitar a pretensão de direito material do autor, à luz dos específicos fundamentos jurídicos a ela pertinentes. A questão prejudicial, assim decidida, não faria coisa julgada material (art. 469, III, CPC/73).

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. **A Técnica de Elaboração da Sentença Civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 163.

3 A ação declaratória incidental: seu apogeu e sua decadência no CPC/73

A ação declaratória incidental foi introduzida no direito processual civil brasileiro pelo Código de 1973¹⁷ (art. 5º, 325, 469, III e 470), sendo largamente utilizada nos primeiros anos de sua vigência para, logo depois, cair em visível desuso, à falta de necessidade prática, mostrando-se ineficaz em nosso ordenamento processual.¹⁸ Testemunho de seu apogeu e declínio cito nossa própria experiência profissional: entre 1974 e 1980, na condição de escrevente de cartório judicial, deparamo-nos com algumas delas, verdadeiro terror para os operadores de direito de então; depois de 1980, até hoje, nenhuma chegou-nos às mãos, seja como advogado, promotor de justiça, juiz de direito e juiz federal.

Mas é certo é que, na vigência do CPC/73, se quaisquer das partes pretendesse que a *questão prejudicial de mérito* fizesse coisa julgada material, haveria de demandar a ampliação desta, propondo a denominada *ação declaratória incidental* (arts. 5º e 325, CPC/73). Demonstrada cumulativamente a competência do juízo em razão da matéria e que a questão prejudicial de mérito, deduzida como objeto da ação declaratória incidental, constituiria pressuposto necessário para o julgamento da lide principal, as ações, conexas, seriam julgadas simultaneamente, decidindo-se em primeiro lugar a questão objeto da incidental e, na mesma sentença, a ação principal, fazendo tudo coisa julgada material (art. 470, CPC/73).

Código/2015:

Artigo 503: A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º: O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º: A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Art. 1.054. O disposto no art. 503, § 1º, somente se aplica aos processos iniciados após a vigência deste Código, aplicando-se aos anteriores o disposto nos arts. 5º, 325 e 470 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

4 Código vigente: questão prejudicial de mérito e a proscrição da ação declaratória incidental

Com a vigência do CPC/2015, considerando que a *questão prejudicial de mérito*, em respeito ao *princípio do maior rendimento possível de cada processo em si mesmo considerado*, pode ser declarada por sentença no próprio processo ajuizado, com força de coisa julgada material, se satisfeitas múltiplas

¹⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. I, p. 63.

¹⁸ PANTALEÃO, Izabel Cristina Pinheiro Cardoso. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro. Belo Horizonte: ano 23, n. 91, p. 315-320, jul/set. 2015.

e cumulativas¹⁹ condicionantes legalmente previstas (§§ 1º e 2º, art. 503), já não subsiste, *salvo quanto aos processos pendentes* (art. 1.054, CPC), a ação declaratória incidental, que tinha por escopo, como se viu, ampliar os limites objetivos da coisa julgada, abrangendo a resolução da questão prejudicial, qual seja, *a relação jurídica controvertida, de cuja existência ou inexistência dependa diretamente a resolução da questão principal*. Daí a opção do Código em proscrevê-la do sistema²⁰, tanto que não mais há previsão legal expressa acerca de sua disciplina, conquanto a doutrina aponte duas exceções:

- 1) ação declaratória de falsidade de documento, expressamente prevista no parágrafo único do art. 430 do CPC;
- 2) reconvenção declaratória proposta pelo réu, que pode ter por objeto a questão prejudicial incidental controvertida, para cuja resolução vigora o regime jurídico comum da coisa julgada.²¹

Poder-se-ia alegar que o regime da ação meramente declaratória (autônoma), preservado no Código vigente (art. 19), poderia justificar a permanência, no sistema processual positivo, da ação declaratória incidental. Não seria justificável o argumento, porque o ajuizamento de ação declaratória incidental, uma vez já arguida a questão prejudicial no processo principal em curso, geraria litispendência, porque seu objeto seria o de alargar os limites objetivos da coisa julgada, já assegurados pelo §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC, uma vez satisfeitas as condicionantes legais e cumulativas ali previstas.

Como se verá nos capítulos seguintes, os §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC, *que somente se aplicam aos processos ajuizados a partir de sua vigência* (art. 1.054)²², alteram substancialmente o regime jurídico da questão prejudicial de mérito, abolindo a ação declaratória incidental, tanto que se aproveitou apenas parcialmente o teor do artigo 5º, deixando-se de reproduzir os artigos 325, 469, III e 470, todos do Código de 1973, no propósito de garantir-lhe a mesma eficácia da resolução da questão de mérito, a coisa julgada material, se, e somente se, satisfeitas as múltiplas e cumulativas condicionantes legais ali expressas, impondo-se então se reconheça: *A Regra Do Código É A Resolução Da Questão Prejudicial Sem Força De Coisa Julgada*.

5 Nossa proposta de conceito de questão prejudicial de mérito no CPC/2015

Os §§ 1º e 2º do art. 503 do CPC inovam para ampliar o conteúdo da *questão prejudicial de mérito*, que, doravante, podemos defini-la, na esteira

¹⁹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2019, Salvador. Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória. **Enunciado 313**. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

²⁰ “A ação declaratória incidental foi abolida, tendo sido alargados os limites objetivos da coisa julgada nas hipóteses legais (art. 503, § 1º)”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO. **Novo curso de Processo Civil**, v. 2. 2. ed. 2 São Paulo: RT. p. 186.

²¹ DIDIER Jr., Fredie. Extensão da coisa julgada à resolução da questão prejudicial incidental no novo Código de Processo Civil Brasileiro CIVIL. **Procedure Review**, 2015. p.81-94. v. 6.

²² Considera-se proposta a ação tão logo a petição inicial seja protocolada (art. 213, CPC).

daquela vetusta lição de Grego Filho, *mutatis mutandis*, como a *relação jurídica controvertida, logicamente antecedente, que influencia a resolução da questão principal, sendo apta a constituir com ela, no mesmo processo, respeitadas as cumulativas condicionantes legais, coisa julgada material.*

6 Cronologia da sentença e a superação do princípio do livre convencimento motivado

A provocação da atividade jurisdicional do Estado faz-se através do direito de ação. Diz-se, com bastante atualidade, que o direito de ação, conquanto autônomo frente ao direito subjetivo violado ou ameaçado, mantém com este verdadeira relação de instrumentalidade.²³ O mesmo se dá entre o direito de ação e o processo. Este é instrumento daquele, porque o direito de ação expressa-se no processo. O processo judicial, hoje cooperativo (art. 6º, CPC), por força dos influxos resultantes de um Estado Democrático de Direito implantado pela Constituição da República de 1988, não deixou de ser uma técnica criada pelo próprio Estado para conhecer do exercício do direito de ação e destramar o conflito de interesses a seu cargo (art. 5º, XXXV, CF/88)²⁴. Esse conflito é alvo de deslinde na sentença de mérito. A elaboração da sentença cível, notadamente no processo de conhecimento, sempre obedeceu a uma metodologia estabelecida, em linhas gerais, pelo próprio Código de Processo Civil (art. 489). Dividida em três capítulos, é no primeiro, o *relatório*, em que o juiz faz um sumário acerca dos limites subjetivos e objetivos da demanda (*partes, objeto, causa de pedir; e fundamentos de fato e de direito da defesa*), além do registro das principais ocorrências havidas do curso do processo, desde a petição inicial até as alegações finais. Sendo vero que há ontológica distinção entre “*análise de questões*” e “*resolução de questões*” (incisos II e III do art. 489, CPC), é no segundo capítulo da sentença (*fundamentos/fundamentação/motivos de decidir*) em que o juiz analisa as questões de fato e de direito (*causa de pedir da demanda x fundamentos da defesa*), reservando seu terceiro capítulo, o *dispositivo*, para *resolver as questões* que as partes o submetem: *objeto da demanda x exceções de direito material e pedidos contrapostos*.

Aqui, interessa-nos discorrer sobre o segundo capítulo da sentença, para dizer que ali o juiz nada decide sobre a pretensão de direito material que constitui o objeto da demanda, limitando-se a conhecer e analisar, em confronto com a prova colhida na instrução, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido e da defesa, explicitando as razões da formação de seu convencimento (art. 371, CPC) sobre o que efetivamente haverá de *prover* no terceiro capítulo da sentença: o *dispositivo*. Aqui um parêntese: o princípio da persuasão racional ou princípio do livre convencimento motivado, vigente no CPC/73, parece estar superado.²⁵ Tendo o Código vigente excluído do seu art. 371 a expressão

²³ Segundo teoria vigente, o Direito de Ação é direito público, subjetivo e autônomo.

Quer dizer: conquanto também direito subjetivo, não se confunde nem tem a mesma natureza jurídica do direito subjetivo lesado ou ameaçado, como queriam os civilistas, para quem a ação era o próprio direito em movimento, sem autonomia (Savigny).

²⁴ Processo é um conjunto de atos coordenados e encaminhados para um fim específico – a composição da lide (SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras linhas de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 1990. v. 1. p. 12).

²⁵ BRASIL. Lei n.º 5869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional [1973]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973->

“livremente,”²⁶ tudo leva a crer que já não é da livre conveniência do juiz se convencer a respeito das provas produzidas no processo, devendo haver plena compatibilidade entre essas provas e as explícitas razões de seu convencimento (art. 371, CPC), à luz da nova técnica de valoração democrática e discursiva da prova, à busca da verdade processualmente possível, resultado de um processo cooperativo e justo (art. 6º, CPC), sendo vero que há muito a doutrina e a jurisprudência assentaram que os destinatários da prova são todos os sujeitos do processos, e não apenas o juiz. Prosseguindo, dizíamos que, na técnica da elaboração da sentença cível, as questões a serem deslindadas obedecem a uma ordem de enfrentamento. Daí a nomenclatura *cronologia da sentença*, estudada amiúde pela doutrina. A ordem de arguição pela parte, na contestação ou a qualquer tempo (*quando legalmente permitido – art. 342 do CPC*), e a ordem de enfrentamento pelo juiz, na sentença, já foram alvos de estudo e divergência dos processualistas. Mas compartilhamos com o pensamento de quem defende que, na técnica de elaboração da sentença cível, cabe ao juiz dirimir primeiro as questões prévias (*preliminares processuais, preliminares de mérito e a prejudicial de mérito, nessa ordem*), para, somente depois, enfrentar as *questões de mérito*.

7 Questões prévias. Condições de ação no CPC/2015. Diferença entre preliminar e prejudicial de mérito

No que se convencionou denominar *cronologia da sentença*, sabe-se que, antes de analisar e decidir a questão ou questões de mérito, o juiz analisa e decide as denominadas *questões prévias*, que se subdividem em *preliminares* (processuais e de mérito) e *prejudicial de mérito*. As preliminares processuais dizem respeito aos pressupostos processuais e às condições de ação. Por sua vez, as preliminares de mérito envolvem questões como prescrição, decadência, novação, pagamento, dentre outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 350, CPC). Finalmente, a questão prejudicial de mérito que, por força de seu conceito distinto, tantas vezes aqui já repetido, não se confunde com as denominadas preliminares.

Certo é que, antes de analisar e decidir as questões de mérito propriamente ditas (*pertinentes à causa de pedir e ao objeto da demanda; e aos fundamentos de fato e de direito e as exceções de direito material e pedidos contrapostos deduzidos pelo réu*), o juiz conhece e dirime as *questões prévias*, fazendo-o no segundo capítulo da sentença (*motivos de decidir*), sendo vero que o deslinde de cada uma daquelas questões repercute de modo diferente em seu dispositivo: *terceiro capítulo da sentença*.

Assim é que, *acolhida qualquer preliminar processual*, haverá óbice ao julgamento das demais questões subsequentes, porque o processo será extinto sem resolução de mérito (art. 485, IV, V, VI e VII, CPC). Na ordem de enfrentamento das questões preliminares processuais, o juiz, na sentença, decide primeiro os pressupostos processuais, obedecendo, também quanto a estes, uma ordem cronológica de enfrentamento. Assim é que, começando pela análise dos pressupostos subjetivos, inicia por aqueles referentes ao juiz:

357991-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 5 maio 2021. Art. 131 CPC/73: “O juiz apreciará livremente a prova[...].”

²⁶ BRASIL. Lei n.º 13105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília: Congresso Nacional [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 maio 2021. Art. 371 CPC/2015: “O juiz apreciará a prova[...].”

impedimento, suspeição, competência absoluta e relativa, nessa ordem; depois, os relativos às partes: capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória, nessa ordem; finalmente, os pressupostos objetivos, iniciando pelos pressupostos intrínsecos: inépcia da inicial e nulidade processuais; depois, os extrínsecos: perempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem e falta de caução ou prestação exigida por lei, nessa ordem. Presentes os pressupostos processuais, o juiz passa à análise e decisão sobre a existência das condições de ação, a começar pelo interesse processual, ficando por último a análise e decisão sobre a legitimidade das partes: primeiro a ativa, depois a passiva.²⁷ Aqui um parêntese: as *condições de ação teriam sido extintas* pelo Código vigente, segundo lições de Didier,²⁸ Marinoni, Arenhart e Mitidero.²⁹ À luz do direito posto, defendemos a posição de Câmara,³⁰ no sentido de que, a despeito do abandono, pelo Código, das nomenclaturas *condições de ação* e *carência de ação*, permanecem no sistema aqueles dois requisitos necessários ao exercício do autônomo direito de ação: *interesse processual e legitimidade das partes* (art. 17, CPC). Portanto, ausentes alguns dos pressupostos processuais³¹ ou pelo menos uma das condições de ação,³² o juiz proferirá sentença, extinguindo o processo sem resolução de mérito (art. 316 c.c. arts. 354 e 485, IV, V, VI e VII, todos do CPC), questões que serão conhecidas *ex officio*, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado (§ 3º, art. 485).

Presentes os pressupostos e condições de ação, o juiz prossegue no julgamento da causa visando à apreciação das *preliminares de mérito*. Acolhida qualquer delas, haverá sentença com resolução de mérito, conquanto o juiz não se pronuncie sobre a questão principal³³, porque obstada pela pronúncia da prescrição ou da decadência, ou pelo reconhecimento da ocorrência de quaisquer outros fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 350 c.c. art. 487, II, CPC).

Rejeitadas as preliminares de mérito, o juiz prossegue no julgamento da causa visando resolver a *questão prejudicial de mérito*. Aqui, fenômeno diferente ocorre. Quando o juiz decide tal questão, essa decisão não obsta a que ele

²⁷ SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. **A técnica de elaboração da sentença civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1996. p. 138.

²⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2017. v.1.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDERO, Daniel. **O novo Processo Civil**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2017.

³⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

³¹ No regime do CPC: o impedimento e a suspeição e assim também a incompetência absoluta e a relativa não levam à extinção do processo. Os demais pressupostos processuais, não satisfeitos, sim. As Lei especiais, a exemplos das que dispõem sobre os juizados especiais, podem, quanto ao ponto, dispor diferentemente do estatuído no regime geral do Código. O art. 51, III, da Lei nº 9.099/95 dispõe que o processo será extinto sem resolução do mérito quando for reconhecida a incompetência territorial.

³² Os pressupostos processuais e as condições de ação são requisitos negativos. É a sua ausência que leva à extinção do processo sem resolução do mérito.

³³ Pertinentes à causa de pedir e ao objeto da demanda; e aos fundamentos de fato e de direito e as exceções de direito material e pedidos contrapostos deduzidos pelo réu.

prossiga no julgamento da causa, porque o deslinde dessa questão prévia apenas repercute, influenciando positiva ou negativamente, na resolução da pretensão principal. Assim é que, se acolher a prejudicial, o juiz, reconhecendo a inexistência de relação jurídica entre as partes, passará à análise da questão de mérito, julgando improcedente a ação, até por motivos óbvios: *inexistindo qualquer relação jurídica entre as partes, seja ela resultante da lei ou do contrato, não há mesmo base legal ou contratual que justifique qualquer responsabilidade do réu quanto ao autor.*

Por seu turno, se rejeitá-la, reconhecerá a existência de relação jurídica entre as partes, passando então à análise e decisão definitiva da questão de mérito propriamente dita, julgando procedente ou improcedente o pedido, conforme se convença da tese do autor ou da antítese do réu. Melhor distinção entre preliminar e prejudicial colho-a do magistério de J. J. Calmon de Passos ao tempo do Código de 1973, ainda bastante atual e perfeitamente aplicável ao novo Código, *verbis*:

Questão é toda controvérsia que se constitui no bojo de um processo. [...]. Algumas dessas questões de direito são chamadas de *questões prévias*, porque sua decisão precede, sempre, a decisão sobre o mérito propriamente dito. Essas questões prévias, por sua vez, ou são *preliminares* ou são *prejudiciais*. Caracteriza-se como preliminar aquela questão prévia que, uma vez acolhida, *obsta* prossiga o juiz na sua tarefa de julgar. Cessa, com a acolhida, o seu ofício. Exemplo: a legitimidade de parte, a prescrição. Já a prejudicial, acolhida ou não, *impõe* prossiga o juiz a sua tarefa de julgar, porque do que tenha concluído quanto a essa questão prévia dependerá o seu julgamento da questão prejudicada. A decisão da prejudicial não obsta, como acontece com a preliminar. Ela influi, dá sentido e dá conteúdo à decisão da chamada questão prejudicada.³⁴

No mesmo sentido tem-se antiga lição de Ada Pellegrini Grinover, perfeitamente aplicável aos dias atuais:

Em sentido estrito, porém, a moderna doutrina processual reservou a denominação “questão prejudicial” para as questões relativas a outros estados ou relações jurídicas, que não dizem respeito à relação jurídica controvertida, mas que, podendo embora ser por si só objeto de um processo independente, apresentam-se naquele determinado processo apenas como ponto duvidoso na discussão da questão principal. E às questões prejudiciais, em sentido lato, dá-se hoje o nome de questões preliminares.³⁵

Dito isso, advirta-se: atualmente, se o réu, na contestação, negar a existência da própria relação jurídica entre as partes, seja legal ou contratual, a resolução dessa questão far-se-á, no dispositivo da sentença, juntamente com as questões de mérito, sendo todas elas abrangidas pela força da coisa julgada material: se, e somente se, forem satisfeitas as múltiplas e cumulativas condicionantes legais pertinentes (incisos I, II e III do § 1º do art. 503 do CPC). Voltaremos ao assunto nos tópicos seguintes.

³⁴ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 406. v. III.

³⁵ Ação Declaratória Incidental. São Paulo, 1972. p. 18. v.7.

8 Basta a alegação da questão prejudicial na contestação, mesmo sem pedido declaratório expresso das partes

Nas ações meramente declaratórias, o objeto da demanda constitui a própria *causa de pedir remota*³⁶ das ações condenatórias, constitutivas, executivas ou mandamentais. Portanto, no regime do Código de 1973, quando se tornava litigiosa (controvertida)³⁷ a própria relação jurídica, de cuja existência ou inexistência dependia o julgamento de mérito das ações condenatórias, constitutivas, executivas ou mandamentais, essa questão prejudicial era conhecida e decidida, incidentalmente, nos próprios autos da ação principal, antes do julgamento do mérito da demanda, influenciando na resolução da lide, sem, contudo, fazer coisa julgada (art. 469, III, CPC/73), salvo se quaisquer das partes promovesse ação declaratória incidental (art. 5º c.c. art. 325 e 470, todos do CPC/73), ampliando os limites objetivos da coisa julgada, quando então o juiz declarava, no próprio dispositivo da sentença, a existência ou inexistência daquela relação jurídica para, ato contínuo, decidir pela procedência ou improcedência do pleito principal. Pelo Código vigente (§§ 1º e 2º do 503), dispensa-se o ajuizamento de ação declaratória incidental, exatamente porque, agora, a ampliação dos limites objetivos da coisa julgada independe de pedido declaratório expresso, considerando-se implícito diante da só alegação pelo réu, na contestação, da questão prejudicial de mérito.³⁸ É claro que a resolução dela somente fará coisa julgada, juntamente com a resolução da questão principal, se, e somente se, forem preenchidas as múltiplas e cumulativas condicionantes legais ali expressas (§§ 1º e 2º do 503, CPC).³⁹ Em não ocorrendo coisa julgada, nada obsta que essa questão prejudicial seja arguida em outro processo entre as mesmas partes, com objeto e/ou causa de pedir distintos, ali podendo ensejar, à luz das provas nele coligidas, resolução contrária àquela decidida no primeiro processo.

9 Coisa julgada sobre a questão prejudicial de mérito. Impossibilidade de conhecimento e declaração *ex officio*

No regime do Código de 1973, o ajuizamento da ação declaratória incidental era faculdade de quaisquer das partes, como, a rigor, ainda hoje é uma faculdade o próprio exercício do direito de ação. Abolida a ação declaratória

³⁶ A causa de pedir remota são os fatos da causa, a saber: 1) o fato fundante, aquele relativo à constituição da relação jurídica de direito material resultante da lei ou do contrato; 2) e o fato contrário, o evento que, por obra do réu, gera o interesse de agir do autor (Moacir Amaral Santos).

³⁷ Se o réu, na resposta, contestasse “o direito que constitui fundamento do pedido” (art. 325, CPC/73), estaria negando a própria existência de relação jurídica entre as partes, seja resultante da lei ou do contrato.

³⁸ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2019. Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória. **Enunciado 165**. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

³⁹ FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS, 2019. (art. 503, §§1º e §2º) São cumulativos os pressupostos previstos nos §1º e seus incisos, observado o §2º do art. 503. (Grupo Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória). **Enunciado 313**. Disponível em: <https://diarioprocessualonline.files.wordpress.com/2020/05/enunciados-forum-permanente-processualistas-civis-fppc-2020-atualizado.pdf>. Acesso em: 5 maio 2021.

incidental, porque o Código vigente dispõe que o juiz, preenchidas certas condicionantes legais, julgará, com força de coisa julgada, a questão prejudicial de mérito (art. 503, §§ 1º e 2º), pode parecer que, doravante, o juiz conhecerá *ex officio* daquela questão. Não. Em verdade, a relação jurídica, de cuja existência ou inexistência dependa o julgamento da lide, *seja ela resultante da lei ou do contrato*, somente se tornará litigiosa (controvertida) se o réu, na contestação, negar sua existência. Se o réu silenciar, tem-se por óbvio que aquela relação jurídica não se tornou litigiosa (controvertida). No silêncio do réu, portanto, o juiz sobre ela também não se manifestará expressamente na sentença, nem mesmo nos motivos de decidir desta, ficando implícita sua existência pelo só deslinde das questões de mérito, sem, contudo, fazer coisa julgada (art. 508, CPC). É dizer: decidirá as questões de mérito, partindo do pressuposto, implícito, da existência de relação jurídica básica de direito material entre as partes. É vero que o Código vigente não reproduziu o teor dos artigos 5º, 325 e 470 do CPC de 1973, certamente para deixar evidente que, sem tratamento legal expresso, a ação declaratória incidental estava extinta. Acontece que o vetusto art. 325 não dispunha apenas sobre a faculdade de ajuizamento de ação declaratória incidental pelo autor. Cometia também ao réu o ônus de incluir na contestação, como matéria de defesa, a impugnação do próprio *direito que constituía fundamento do pedido do autor*, entendido isso como a impugnação da própria relação jurídica básica de direito material entre as partes (*causa de pedir remota da ação intentada pelo autor*), de cuja existência ou inexistência dependeria o julgamento da lide. Sabe-se que, em nome do princípio da eventualidade, cabia e ainda cabe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa (art. 336, CPC), podendo contestar, negando-a, a própria existência de relação jurídica entre as partes, seja ela resultante da lei ou do contrato. Quer dizer: na dicção do CPC/73 (art. 325), quando o réu contestava o próprio *direito que constituía fundamento do pedido*, estaria, a rigor, negando a própria existência de relação jurídica básica, de direito material, que serviria como *causa de pedir remota* da ação contra ele proposta. De qualquer sorte, ainda hoje continua sendo ônus do réu fazê-lo na contestação, como matéria de defesa, porque ao juiz é vedado conhecer *ex officio* de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, por força do princípio dispositivo (art. 141, CPC).

10 Condicionantes legais para a coisa julgada da questão prejudicial de mérito

No regime do Código de 1973, ao juiz da causa sempre coube conhecer e decidir, incidentalmente, sem força de coisa julgada (art. 469, III, CPC/73), a questão prejudicial de mérito alegada pela parte⁴⁰. A rigor, ao juiz da causa sempre coube e ainda hoje cabe, antes de decidir as questões de mérito, conhecer e decidir todas as questões prévias (*preliminares processuais, preliminares de mérito e prejudicial de mérito*), sem que essa última questão faça necessariamente coisa julgada material. Se o juiz é o competente para conhecer e julgar o pedido principal, será competente para decidir, sem força de coisa julgada, a questão prejudicial de mérito. Em essência nada mudou com o Código vigente. Mas note-se: no regime do Código de 1973, seu art. 470 dispunha que a resolução da questão prejudicial faria coisa julgada se cumulativamente:

⁴⁰ A relação jurídica controvertida, de cuja existência ou inexistência depende, no todo ou em parte, o julgamento da lide.

- I) a parte o requeresse, propondo ação declaratória incidental (arts. 5º e 325);
- II) o juiz fosse competente em razão da matéria;
- III) a questão prejudicial constituísse pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Quer dizer: se uma determinada relação jurídica (*de cuja existência ou inexistência dependesse, no todo ou em parte, o julgamento da lide*) se tornasse controvertida numa demanda, v.g., de competência da Justiça Estadual, não podia ser alvo de ação declaratória incidental, se a competência absoluta para declarar sua existência ou inexistência fosse da Justiça Federal ou vice-versa.

Atualmente, a questão prejudicial continua podendo ser alegada na contestação e decidida, incidentalmente, na mesma sentença, sem *status* de coisa julgada. Mas o Código vigente foi além. No propósito de garantir-lhe incidentalmente aquele elastério, dispensa o ajuizamento de ação declaratória incidental, exigindo, contudo, cumulativamente, que: 1) o juiz seja absolutamente competente, em razão da matéria e da pessoa, para resolver a questão prejudicial como questão principal; 2) da resolução dessa questão dependa o julgamento do mérito; 3) a seu respeito haja contraditório prévio e efetivo. E não apenas isso. Deixando de lado debates doutrinários, optou por afastar expressamente a coisa julgada: a) em caso de revelia; b) se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC). É o caso, por exemplo, de mandado de segurança, se nele, como sói acontecer, a apreciação e decisão da questão prejudicial demandar a produção de prova pericial ou testemunhal, incompatíveis com aquela via, de cognição limitada. Certo é que, apenas e tão somente se preenchidos todos aqueles pressupostos cumulativamente, a questão prejudicial, decidida incidentalmente no mesmo processo, independentemente de propositura de ação declaratória incidental, fará coisa julgada material, juntamente com a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito, nos limites das questões principais decididas (§ 3º do art. 356; art. 503 caput e seu § 1º, CPC), em respeito ao *princípio do maior rendimento possível de cada processo em si mesmo considerado*.

Mas nunca é demais repetir que a REGRA DO CÓDIGO É: 1) a coisa julgada das questões decididas, em caráter principal, como dispositivo da sentença ou da interlocutória de julgamento antecipado parcial de mérito (art. 503, caput; § 3º do art. 356, CPC), e não seus motivos de decidir (art. 504, CPC); 2) a resolução da questão prejudicial sem força de coisa julgada. A EXCEÇÃO é a resolução da questão prejudicial com força de coisa julgada. E, em não se verificando a coisa julgada da questão prejudicial, nada obsta que ela seja arguida em outro processo entre as mesmas partes, com objeto e/ou causa de pedir distintos, ali podendo ensejar, à luz das provas nele coligidas, resolução contrária àquela decidida no primeiro processo.

11 Distinção entre ilegitimidade *ad causam* e questão prejudicial de mérito

O art. 17 do CPC dispõe: “Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. A antinomia verificada no CPC/73 (arts. 2º *versus* 267, VI) foi corrigida no Código vigente (v. arts. 17 e 485, VI), elegendo apenas o interesse processual e a legitimidade das partes (ativa e passiva) como condições para se postular em juízo. As condições de ação são requisitos que dizem respeito ao próprio exercício do direito de ação, enquanto também direito subjetivo, porém autônomo e distinto do direito material lesado ou ameaçado, tendo com esta mera relação de instrumentalidade. Sendo vero que a

legitimidade, ativa ou passiva, é condição para estar em juízo (art. 17, CPC), ensina a doutrina clássica, segundo lição de Kazuo Watanabe, citado por Ada Pellegrini Grinover, que basta a afirmação de direito — e *não um direito efetivamente existente e comprovado* — para garantir legitimidade para o exercício do direito de ação⁴¹. A propósito, o STJ acolheu a *teoria da asserção*, ainda na vigência do CPC/73, pacificando antiga divergência doutrinária⁴². A despeito de opiniões contrárias, defendemos que essa teoria permanece no Código vigente. É dizer: é parte legítima aquela que afirma a titularidade do direito material ameaçado ou lesado e a resistência à sua pretensão, podendo exercer o direito de ação (legitimação ativa) contra aquele a quem imputa lesão ou ameaça a esse mesmo direito, resistindo à sua pretensão (legitimação passiva). *Como preliminar processual negativa, é a sua ausência que acarreta a extinção do processo sem resolução de mérito (art. 485, VI, CPC).*

Diferentemente é o regime jurídico da questão prejudicial de mérito. Partindo-se de sua própria natureza jurídica, aqui inúmeras vezes repetida, somente depois de resolvê-la estará o juiz capacitado para analisar e decidir a questão principal, dada a influência daquela no destreame desta. O seu acolhimento, com o reconhecimento da inexistência de relação jurídica entre as partes, acarretará julgamento de improcedência do pleito principal. Por seu turno, sua rejeição, com o reconhecimento da existência de relação jurídica entre as partes, permitirá que o juiz prossiga no julgamento da causa, analisando e decidindo a questão ou questões de mérito, acolhendo ou rejeitando a pretensão de direito material do autor, à luz dos específicos fundamentos jurídicos a ela pertinentes. Haverá resolução de mérito (art. 487, I, CPC). Logo, a questão prejudicial de mérito, apesar de semelhante, não se confunde com a ilegitimidade *ad causam* (ativa ou passiva).

12 Exemplos de questão prejudicial de mérito

Muitos são os exemplos que caracterizam questão prejudicial de mérito, como se verá adiante.

12.1 União estável: seu reconhecimento e sua dissolução judicial

Tome-se o exemplo de uma ação que tenha por objeto a dissolução de união estável cumulada com partilha de bens (arts. 1.723 e 1.725, CC). Considerar-se-á questão prejudicial de mérito, e não preliminar processual (ilegitimidade passiva), a alegação do réu, na contestação, de inexistência daquela relação jurídica (união estável) afirmada na inicial. Reconhecendo, na sentença, a existência desse vínculo jurídico entre as partes, o juiz, rejeitando a questão prejudicial, enfrentará, ato contínuo, o próprio mérito da ação, julgando procedentes ou improcedentes os pedidos de dissolução de união estável e partilha de bens, com base nas razões de fato e de direito que escudem essas questões. Basta, portanto, que o réu, na contestação, negue a existência desse vínculo jurídico entre as partes, para que o juiz possa, *ex officio*, alargar os limites objetivos da coisa julgada, se satisfeitas as cumulativas condicionantes legais (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC), ainda que as partes, na inicial e na contestação, não hajam formulado pedido declaratório expresso acerca da existência ou inexistência daquela relação jurídica (união estável). Se, na sentença, o juiz, ao contrário, reconhecer a inexistência daquela relação jurídica, julgará

⁴¹ In "O PROCESSO – Estudos e Pareceres". São Paulo: Editora Perfil Ltda, 2006. p. 22.

⁴² Resp. 595. 188/RS. T4. Min. Antônio Carlos Ferreira. j. 22/11/2011.

improcedentes os pedidos formulados na inicial. Em casos que tais, já estando falecido um dos companheiros ao tempo da propositura da ação, a formação da coisa julgada material não dispensará que todos os sucessores do falecido integrem o polo passivo da demanda como litisconsortes necessários, de caráter unitário (art. 114 c.c. 116, CPC). Se, proposta a ação contra o companheiro, este falecer no curso do processo, deverá operar-se a sucessão processual por seus herdeiros, assim legítimos e/ou testamentários (art. 110, CPC).

12.2 Pensão por morte

Outro exemplo é o que envolve a concessão de pensão por morte de um dos consortes, sejam eles civilmente casados ou tenham vivido sob o regime de união estável. A pensão é obrigação da União, dos Estados ou dos Municípios, ou de suas entidades previdenciárias, conforme o segurado seja vinculado ao Regime Geral (RGPS) ou ao Regime Especial dos Servidores Cíveis e Militares da União, dos Estados ou dos Municípios, devendo a ação, em havendo resistência do órgão previdenciário⁴³, ser proposta perante o juízo competente: Justiça Federal ou Estadual, conforme seja federal, estadual ou municipal a pessoa jurídica de direito público responsável pela concessão do benefício. Em juízo, a parte autora deverá afirmar e provar a existência de relação jurídica com o réu, salvo se, na contestação, este silenciar, deixando de suscitar essa questão prejudicial, que não se tornará ponto controvertido da demanda. Note-se que, provando a existência de *vínculo resultante de casamento ou de união estável com o falecido e a condição deste de segurado regularmente filiado à previdência social*, a parte autora estará provando, via de consequência, seu próprio vínculo jurídico com o órgão previdenciário, porque é a existência ou a inexistência de relação jurídica básica de direito material entre a pensionista e o respectivo órgão previdenciário o pressuposto lógico e antecedente para a resolução da própria questão de mérito: *o pedido da pensão por morte*. Certo é que, se o réu, na contestação, negar a existência de relação jurídica entre ele e a autora, não estará alegando sua ilegitimidade passiva⁴⁴ e sim uma *questão prejudicial de mérito*, que deverá ser decidida, na mesma sentença, pelo juiz com competência para a resolução da questão principal objeto da demanda, porque o juiz

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE DE AGIR.1. Ausência, no inteiro teor do acórdão, de manifestação do Procurador-Geral Federal na tribuna, que resultou na alteração da expressão “data do ajuizamento da ação” para “data do início da ação”. 2. Embargos de declaração providos, sem modificação do julgado, para sanar a omissão alegada. RE 631.240/MG (Repercussão Geral). Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília 16/12/16. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classeProcesso=RE&numeroTema=350>. Acesso em: 05 maio 2021.

⁴⁴ Já se disse aqui, segundo lição da doutrina clássica, que a legitimidade ativa resulta da só afirmação da parte acerca da titularidade sobre o direito material violado. No caso exemplificado, a legitimidade passiva do réu resulta do seu dever legal de conceder o benefício previdenciário, uma vez preenchidos os requisitos legais. A propósito, negar a existência de relação jurídica entre as partes não se confunde com arguir ilegitimidade da parte (ativa ou passiva), considerado requisito apenas para o exercício instrumental do direito de ação, que não se confunde com a pretensão de direito material: o bem da vida objeto do pedido principal.

competente para decidir o mérito é também o competente para decidir todas as questões prévias. No exemplo, reconhecendo a existência de filiação do segurado com a previdência e a união estável entre o casal, o juiz, prosseguindo no julgamento, decidirá o pedido principal, podendo conceder ou negar a pensão por morte, se preenchidos ou não pela autora os demais requisitos legais ditados pela legislação previdenciária. Neste caso, aquela questão prejudicial de mérito, decidida incidentalmente no mesmo processo, poderá também fazer coisa julgada material, desde que preenchidas as demais e cumulativas condicionantes legais (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC). Aqui um parêntese: a coisa julgada resultante de sentença declaratória de união estável, proferida por juízo de família em ação autônoma, vincula apenas as partes entre as quais é dada, não produzindo efeitos contra o órgão previdenciário, réu apenas na ação em que se pretende a pensão por morte (art. 506, CPC). Portanto, além da questão principal decidida, na ação previdenciária a sentença fará também coisa julgada material apenas sobre a relação jurídica básica de direito material entre as partes desta última demanda; não assim quanto à união estável entre a parte autora e o segurado falecido, porque dito vínculo jurídico somente foi alvo de análise (incidentalmente, sem força de coisa julgada), para ensejar o reconhecimento da relação jurídica entre as próprias partes do processo: autora e réu (o órgão previdenciário). Para produzir outros efeitos, fora da relação jurídica previdenciária, a existência de união estável entre a autora e seu companheiro falecido não dispensará sentença declaratória, em ação própria, perante o órgão jurisdicional absolutamente competente para tanto: *o juízo de família*. Quer dizer: daí não se infira, por exemplo, que o juiz federal, competente em razão da pessoa para julgar demandas em que são partes a UNIÃO FEDERAL ou INSS (art. 109, CF/88), terá julgado também a própria relação jurídica entre a autora e o falecido (união estável), porque a única relação jurídica que se torna litigiosa (controvertida), no curso daquela demanda, porque impugnada pelo réu (o órgão previdenciário), é a relação jurídica de direito material entre as partes daquela demanda previdenciária. Apenas para não deixar sem registro: se, no exemplo acima citado, o juiz acolher a questão prejudicial arguida pelo réu, declarará a inexistência de relação jurídica básica de direito material entre as ditas partes do processo, impondo-se a improcedência da ação e a rejeição do pedido principal (pensão por morte). A coisa julgada material entre aquelas partes, abrangendo a questão prejudicial de mérito, se satisfeitas cumulativamente as condicionantes legais (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC), importará em que aquela mesma autora não poderá pleitear, contra aquele mesmo réu (UNIÃO ou INSS), qualquer outra pretensão que tenha por escopo aquele mesmo vínculo jurídico previdenciário.

12.3 Alimentos e reconhecimento de paternidade

Outro exemplo clássico de questão prejudicial é a impugnação, pelo suposto pai, do vínculo de paternidade, em ação de alimentos proposta pelo suposto filho, quando esta ação não tenha sido precedida do reconhecimento voluntário dessa paternidade, ou via judicial, em ação própria. Negada a paternidade na contestação, isto constitui questão prejudicial,⁴⁵ porque a relação jurídica entre as partes tornou-se litigiosa (controvertida) no curso do processo, por força daquela impugnação. O mérito da ação de alimentos envolverá a necessidade e a possibilidade quanto aos pretendidos alimentos (arts. 1.694 e

⁴⁵ Não confundir, repita-se, com ilegitimidade passiva *ad causam*.

§§ 1º e 2º e 1.695, ambos do CC). Porém, negada a paternidade na contestação, há uma questão, logicamente antecedente, que influencia e repercute diretamente na resolução da lide principal, no caso, a controvérsia sobre a existência ou inexistência do vínculo de filiação entre o suposto filho (autor) e o suposto pai (o réu). No exemplo citado, o juiz, satisfeitas as cumulativas condicionantes legais (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC), declarará, na sentença, a existência ou inexistência do vínculo de paternidade entre as partes, independentemente de pedido declaratório expresso na contestação, ainda que a ação tenha por objeto apenas os alimentos e sem que quaisquer das partes necessitem ajuizar ação declaratória autônoma. Se reconhecer a paternidade (relação jurídica básica de direito material), o juiz decidirá o mérito da demanda, julgando procedente ou improcedente a ação de alimentos, conforme esteja ou não provada a necessidade do alimentando e a possibilidade ou impossibilidade do alimentante, declarando também, na mesma sentença, o vínculo de filiação entre as partes, de tal sorte que essa relação jurídica, reconhecida e declarada incidentalmente na sentença daquele único processo ajuizado, fará coisa julgada material para quaisquer fins e efeitos, inclusive para fins de registro civil. Se afastar a paternidade, declarará, na mesma sentença, a inexistência dessa relação jurídica, julgando improcedente o pedido de alimentos, sem que precise enfrentar as questões de mérito propriamente ditas: a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante.

12.4 Questão prejudicial e direito de propriedade

É possível que, numa demanda que tenha por causa de pedir a posse ou o direito de propriedade, discuta-se a própria nulidade do título aquisitivo. Tome-se o exemplo de um imóvel com dois títulos no registro imobiliário. Isto não é incomum na vida cotidiana. Muitos cartórios imobiliários não escapam da sanha de servidores falsários. Portanto, se uma parte, por exemplo, promove uma ação reivindicatória com escopo em registro imobiliário nulo, o réu pode, incidentalmente, pedir a declaração de nulidade desse título, desde que o faça com escopo em quaisquer das hipóteses dos artigos 166 e 167 do Código Civil. Assim se postando, estará alegando questão prejudicial, que, satisfeitas as condicionantes legais, poderá fazer coisa julgada, juntamente com a resolução da questão principal. Se, contudo, o ato for apenas anulável (art. 171, CC), esse vício não pode ser alegado, incidentalmente, como questão prejudicial, exigindo ação própria para tanto, de natureza constitutiva negativa.

12.5 Ação para cumprimento de contrato nulo e questão prejudicial

Nos contratos bilaterais, a parte lesada pelo inadimplemento pode exigir-lhe o cumprimento ou sua resolução, cabendo, em qualquer caso, indenização por perdas e danos (art. 475, CC). Proposta ação com tal desiderato, o réu pode alegar, na contestação, como questão prejudicial, sua nulidade, escudado em uma das hipóteses dos artigos 166 e 167 do Código Civil. A rigor, a nulidade, por envolver vício de caráter absoluto, pode ser alegada por qualquer interessado, via ação ou exceção, devendo ser pronunciada pelo juiz quando conhecer do contrato ou de seus efeitos, não lhe sendo permitido supri-la (arts. 168 e seu par. único, CC), porque negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo (art. 169, CC). Se o contrato é nulo, tal nulidade acarreta a inexistência de relação jurídica contratual válida entre as partes, acarretando a impossibilidade jurídica de qualquer pleito de um contratante contra o outro. A arguição dessa nulidade pelo réu, na contestação, constitui questão prejudicial de mérito, antecedendo a alegação, o conhecimento

e a decisão das questões de mérito propriamente ditas. Note-se que, quanto ao mérito, em respeito ao princípio da eventualidade (art. 336, CPC), o réu pode alegar em sua defesa várias questões, a saber: 1) exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC); 2) recusa justificável de cumprimento, em virtude de diminuição patrimonial do autor, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou (art. 477, CC); 3) ou a alteração do modo de executar o contrato, a fim de evitar a onerosidade excessiva (art. 480, CC). Mas se, na contestação, o réu, antes de deduzir tais questões de mérito, alegar a nulidade do contrato (arts. 166 e 167, CC), essa questão prejudicial, logicamente antecedente, influenciará diretamente na resolução da pretensão principal, porque, repita-se, essa nulidade constitui controvérsia sobre a existência ou inexistência da própria relação jurídica contratual válida entre as partes. Desde que satisfeitas as cumulativas condicionantes do seu artigo 503, §§ 1º e 2º, o juiz declarará, no próprio dispositivo da sentença, a validade ou invalidade do negócio jurídico e, portanto, a existência ou inexistência de vínculo contratual válido entre as partes, ainda que, no exemplo citado, a ação seja condenatória e tenha por objeto, v.g., apenas condenação em obrigação de dar (pagar quantia ou entregar coisa), de fazer ou de não fazer (cumprimento do contrato). Se o juiz, na sentença, reconhecer a validade do contrato, estará reconhecendo a existência da própria relação jurídica contratual válida entre as partes. Assim o fazendo, enfrentará, logo em seguida, as questões de mérito propriamente ditas, julgando procedente ou improcedente a ação, conforme se convença que a razão está no alegado inadimplemento invocado pelo autor como causa de pedir da demanda, ou nos fundamentos de mérito da defesa do réu, acima enumeradas (arts. 476, 477 e 480, CC). Se, ao contrário, concluir pela invalidade do contrato, declarará sua nulidade e, portanto, a inexistência de relação jurídica contratual válida entre as partes, julgando improcedente o pedido principal, ficando prejudicada, assim, a análise das questões de mérito propriamente ditas, de tal sorte que a questão prejudicial, assim decidida na sentença, fará coisa julgada material entre as partes, para todos os efeitos. É claro que, não satisfeitas aquelas condicionantes (§§ 1º e 2º, art. 503, CPC), mesmo assim deverá o juiz, antes de decidir o mérito, resolver a questão prejudicial, sem força de coisa julgada, decidindo em seguida o mérito da demanda.

12.6 Questão prejudicial e contratos anuláveis ou passíveis de resolução

Necessária a distinção entre o contrato nulo, o anulável e aquele passível de resolução. A questão prejudicial somente pode ser arguida pelo réu em relação a contrato nulo, nulidade que pode ser declarada incidentalmente em qualquer demanda (art. 166, 167 e 168 e seu par. único, todos do CC), não comportando arguição nem declaração judicial incidental se se tratar de contrato anulável ou passível de rescisão. Não se perca de vista que, em se tratando de contrato anulável (art. 171, CC), sua anulação não dispensa o ajuizamento de ação própria, porque tal pretensão tem natureza constitutiva negativa (desconstitutiva), e não meramente declaratória. O mesmo ocorre quanto à resolução judicial dos negócios jurídicos, que pressupõe contrato válido, diferentemente da nulidade, que pressupõe contrato absolutamente inválido, não passível de convalidação; ou da anulação, que pressupõe contrato apenas relativamente válido/inválido, mas passível de convalidação. Sabe-se que a parte lesada pelo inadimplemento do contrato pode, em ação própria, exigir o seu cumprimento; ou, alternativamente, pedir sua resolução (art. 475, CC), também cabível, a requerimento do devedor, nos contratos de execução

continuada ou diferida, havendo onerosidade excessiva, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478, CC). As sentenças nelas proferidas não são meramente declaratórias, como as que envolvem contrato nulo, tendo natureza constitutiva negativa. Daí porque somente o contrato viciado de nulidade absoluta é passível de arguição pelo réu, na contestação, da denominada questão prejudicial de mérito.

12.7 Questão prejudicial e dívida ativa da Fazenda Pública

Não interessa se a relação jurídica entre as partes tem origem na lei ou no contrato, no direito público ou no direito privado. Se essa relação jurídica se torna litigiosa e as partes demonstram interesse processual na declaração de certeza acerca da existência ou inexistência dessa relação jurídica, a ação declaratória é instrumento processual que a ordem jurídica faculta às partes sem qualquer limitação de ordem legal (art. 19, CPC). Portanto, além das ações catalogadas no artigo 38 da Lei nº 6.830/80 (LEF), o contribuinte pode demandar contra a Fazenda Pública ação declaratória autônoma, para fins de reconhecimento de inexistência de relação tributária que afaste atual ou futura cobrança de tributo indevido. A ação meramente declaratória não se confunde com a denominada ação anulatória do ato declarativo da dívida, porque esta tem natureza constitutiva negativa. Mas é certo que, se a parte, como autora, pode ajuizar ação declaratória autônoma, como ré pode alegar, na contestação, a inexistência dessa relação jurídico-tributária, como questão prejudicial, a qual será decidida incidentalmente, podendo ou não fazer coisa julgada, conforme resultem ou não satisfeitos os cumulativos requisitos legais pertinentes (§§ 1º e 2º do art. 503, CPC).

12.8 Questão prejudicial e invalidade de ato administrativo

Apesar de vetusta divergência na doutrina, ainda não há, no Direito Administrativo, segundo o magistério do professor Lucas Rocha Furtado, qualquer indicação das circunstâncias que tornariam o ato administrativo nulo ou anulável, nem estão estabelecidas legalmente quaisquer consequências que importariam em tratamento jurídico diferenciado entre tais atos⁴⁶, como ocorre em relação aos atos entre particulares, bem definidos no Código Civil (arts. 166, 167 e 171). Quer dizer: ainda inexistente critério científico seguro para a distinção entre ato administrativo nulo e anulável. Daí porque são definidos apenas como válidos ou inválidos. Evidente que só os atos inválidos devem ser desconstituídos pela própria Administração (autotutela), como historicamente admite o STF (Súmula 473), poder-dever hoje positivado em lei (art. 53, Lei nº 9.784/99), sem prejuízo da atribuição constitucional conferida ao Poder Judiciário de exercer o controle jurisdicional dos atos administrativos (art. 5º, XXXV, CF/88). Este último controle, a propósito, implica no poder de anulá-los, no sentido de decretar-se judicialmente sua invalidade, desconstituí-los mesmo. Logo, a ação para invalidar ato ou contrato administrativo não é declaratória, mas, sim, constitutiva. Como corolário, quando o Poder Judiciário os invalida não edita sentença meramente declaratória, senão constitutiva negativa. Mas essa invalidade, exatamente à falta de distinção entre ato administrativo nulo e anulável, pode ser alegada, na contestação, como questão prejudicial, devendo ser decidida incidentalmente, fazendo ou não coisa julgada, conforme satisfaça ou não os cumulativos requisitos legais pertinentes (§§ 1º e 2º do art. 503, CPC).

⁴⁶ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007. p. 299.

12.9 Invalidez de ato administrativo e conflito de competência entre justiça federal comum e juizados especiais federais

Nos negócios jurídicos entre particulares, a nulidade do contrato (arts. 166 e 167, CC) pode ser alegada pelo autor como *causa de pedir* de ação que tenha por objeto condenação em obrigação de dar (pagar e entregar), de fazer e/ou de não fazer. Por seu turno, o réu pode alegar essa nulidade, na contestação, como questão prejudicial. Se o contrato for anulável (art. 171, CC), o pleito condenatório pressupõe, cumulativamente, pedido expresso de anulação (constitutivo negativo). Portanto, só o vício de nulidade, e não o de anulabilidade, pode ser alegado pelo réu, na contestação, como questão prejudicial.

Diferentemente é o regime jurídico do ato ou do negócio jurídico do Poder Público. Aqui já se disse: não há, no Direito Administrativo, distinção entre ato nulo e anulável. São apenas validos ou inválidos. Portanto, essa invalidez pode ser alegada pelo autor como *causa de pedir* de uma pretensão apenas de natureza condenatória, seja de obrigação de dar (pagar ou entregar), seja de obrigação de fazer ou de não fazer. Por seu turno, o réu, na contestação, pode alegar essa invalidez como questão prejudicial, cuja competência para seu deslinde é do próprio juiz competente para a resolução da questão principal. Portanto, se uma demanda em juízo, tendo como causa de pedir a invalidez de ato ou negócio jurídico celebrado com o poder público, não envolver pedido anulatório expresso, porque a própria parte restringiu sua pretensão ao pleito de natureza condenatória, o juiz não pode, *ex officio*, imiscuir-se nessa questão não suscitada, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte, *ex vi* do disposto no art. 141, do CP, em respeito ao princípio dispositivo⁴⁷. Esse tipo de questão tem refletivo na suscitação de conflitos de competência entre juizados especiais federais e varas comuns federais. O pleno do TRF5 tem resolvido pela competência das varas comuns, pressupondo que, embutido no pleito condenatório, o juiz haveria de exercer o controle jurisdicional do ato administrativo federal. Defendo que, para fins de definição dessa competência, esse controle incide sobre o objeto e não sobre a causa de pedir da demanda. Logo, somente havendo, na inicial, pedido constitutivo negativo expresso, deve-se afastar a competência do juizado especial federal⁴⁸. É dizer: observado o valor da causa, o juizado especial é competente para julgar demandas condenatórias,

⁴⁷ Em nome do princípio dispositivo, é do autor o ônus de definir os limites objetivos e subjetivos da demanda. A escolha da causa de pedir (fatos da causa) e do objeto da demanda (pedido) é ato voluntário e da esfera de disponibilidade da parte que demanda. É defeso ao juiz conhecer de questões a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte (artigo 141, NCPC). Também integra o conceito deste princípio o dever de indicação das provas pelas partes, conquanto, em relação a elas, o sistema processual também adote o princípio inquisitivo, garantindo preponderantemente ao juiz a sua iniciativa (artigo 370, NCPC).

⁴⁸ Art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças. § 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial Cível as causas: [...] III - para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal.

se a invalidade do ato ou negócio jurídico da Administração Pública for mera causa de pedir da demanda.

O BRASIL, A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: UM ESTUDO ACERCA DAS CONDENAÇÕES DO BRASIL NA CORTE JURISDICIONAL INTERNACIONAL

Igor Ricardo Anderson*

RESUMO

A presente monografia possui como objetivo o estudo da relação entre o Brasil e a Organização dos Estados Americanos (OEA), com foco no âmbito das decisões jurisdicionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A partir da análise acerca do funcionamento da Organização dos Estados Americanos e da instituição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se busca entender como estão sendo tratados os direitos humanos no Brasil, mediante o estudo de julgados em que o Estado brasileiro figurou como réu na referida Corte. Ao longo do desenvolvimento, se mostrou como o Brasil e a OEA possuem uma relação instável, marcada pela falta de interesse do Estado-Membro. Ainda, foram citados diversos casos de desrespeito do país aos direitos humanos, com necessárias intervenções da Corte internacional. Por fim, concluiu-se que a CIDH vem atuando reiteradamente em casos que demonstram necessárias mudanças institucionais por parte do Brasil, no combate à corrupção e no fortalecimento da dignidade humana de seus cidadãos.

Palavras-Chave: OEA. Brasil. CIDH. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The purpose of this monography is to study the relationship between Brazil and the Organization of American States (OAS), focusing on the jurisdictional decisions of the Inter-American Court of Human Rights. Based on the analysis of the functioning of the Organization of American States and the institution of the Inter-American Court of Human Rights, we seek to understand how human rights are being treated in Brazil, studying judgments in which the Brazilian State appeared as a defendant. Throughout development, it has been shown how Brazil and the OAS have an unstable relationship, marked by the lack of interest from the Member State. Finally, it was concluded that the IACHR has been acting repeatedly in cases that demonstrate necessary institutional changes from Brazil, in fighting corruption and in strengthening the human dignity of its citizens.

Key words: OAS. Brazil. IACHR. Human Rights.

1 Introdução

O presente trabalho possui como objetivo o estudo da relação entre o Brasil e a Organização dos Estados Americanos (OEA), com foco nas decisões jurisdicionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos em que este país

* Aluno do curso de direito da Universidade Federal de Sergipe.

figurou como réu. A partir da análise acerca do funcionamento da Organização dos Estados Americanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se busca entender como estão sendo tratados os direitos humanos no Brasil.

A instituição de um Sistema Interamericano de Direitos Humanos no âmbito da OEA, que possibilitou a criação da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, revela um processo de necessária expansão destas ideias para além das fronteiras nacionais. Assim, o cenário é de crescente fortalecimento das Organizações Internacionais após a Segunda Guerra Mundial (TEIXEIRA, 2020, p. 116), estando os direitos humanos no centro da discussão mundial.

É a partir desse cenário que este estudo pretende focar nas sentenças meritórias proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro, para um melhor entendimento sobre o tratamento dado a estes no ordenamento jurídico internacional e nacional.

Se analisam os fatores que levaram os casos a julgamento da Corte IDH e os efeitos que as sentenças de mérito tiveram no ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, os casos *Ximenes Lopes vs. Brasil*, *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, e *Favela Nova Brasília vs. Brasil* passaram por análise e descrição detalhada.

A relevância do tema se evidencia na confluência de duas questões: a complexidade da problemática dos direitos humanos e o papel singular do Brasil no sistema internacional, em particular a sua condição de ator hegemônico nas relações latino-americanas.

1 A Organização dos Estados Americanos (OEA)

Inicialmente, se faz necessário conceituar a Organização dos Estados Americanos. A OEA é uma Organização Internacional Intergovernamental, sendo nomeada assim por ser constituída mediante tratado entre os Estados americanos e por ser detentora de personalidade jurídica internacional, ou seja, regulada pelo Direito Internacional Público.

A sua criação, assim como a de diversas outras Organizações Internacionais, é fruto da modernidade, que, a partir de diversos fatores históricos ocorridos após o século XIX, como as grandes guerras, culminou na criação de pessoas jurídicas de caráter transnacional para a realização de objetivos comuns de seus instituidores, por meio da cessão de parte das competências funcionais e da soberania destes Estados (MAZZUOLI, 2020, p. 846/847).

A Organização dos Estados Americanos, foi criada em 1948 em Bogotá por meio da Carta da Organização dos Estados Americanos⁴⁹. Desde que foi instituída, a Carta, que é o estatuto da organização, foi modificada em diversas ocasiões.

Conforme consta no seu artigo (art.) 1º, a OEA surgiu como meio para o fortalecimento das nações signatárias, *in verbis*:

Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade,

⁴⁹ OEA. OEA: Nossa História. Oas.org, ago. 2009. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp. Acesso em: 15 dez. 2020.

intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência.⁵⁰

Já nos termos do art. 51, a OEA realiza os seus fins por intermédio dos seguintes órgãos: Assembleia Geral, Conselhos e conferências especializadas, Comissão jurídica interamericana, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos e Secretaria-Geral.

Os 35 países independentes das Américas ratificaram a Carta da OEA e pertencem à Organização. Cuba continua sendo membro, tendo sua participação suspensa em 1962, com a pressão norte-americana diante da declaração do caráter socialista de seu governo. Entretanto, a suspensão foi revogada em 2009, tornando a resolução sexta, adotada em 31 de janeiro de 1962, sem efeito e permitindo o retorno do país à Organização. Além disso, a Organização concedeu o estatuto de observador permanente a 69 Estados e à União Europeia (EU).⁵¹

2 A Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH)

Conforme preconiza o artigo 1º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A Corte Interamericana de Direitos humanos é uma instituição judiciária autônoma cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Corte exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste Estatuto.⁵²

Conforme está disposto no referido estatuto, a CIDH, que possui natureza de órgão judiciário jurisdicional, desempenha função jurisdicional e consultiva (artigo 2º). A Corte tem competência para resolver disputas referentes à violação de direitos humanos por Estados-membros (competência contenciosa), bem como para interpretar dispositivos da Convenção Americana e demais instrumentos relativos à matéria (competência consultiva).⁵³

A função jurisdicional, que será aprofundada nesse estudo, só pode ocorrer contra países que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos, pactuada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José, Costa Rica, no dia 22 de novembro de 1969.⁵⁴

Sobre a composição da Corte IDH, ensina Valério Mazzuoli:

A Corte Interamericana – que tem sede em San José, na Costa Rica – é composta por sete juízes (sempre de nacionalidades diferentes) provenientes dos Estados-membros da OEA, eleitos

⁵⁰ Tratados Multilaterais. Departamento de Direito Internacional. OEA. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em: 15 dez. 2020.

⁵¹ OEA: Quem Somos. Oas.org, 2009. Disponível em: http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp. Acesso em: 15 dec. 2020.

⁵² Estatuto da Corte IDH. Oas.org. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em: 22 dez. 2020.

⁵³ DHnet - Direitos Humanos na Internet. Dhnet.org.br. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/onu/sddh1/aoe/mecanismo.htm>. Acesso em: 23 dec. 2020.

⁵⁴ Convenção Americana, Oas.org. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 dez. 2020.

a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais ou do Estado que os propuser como candidatos (art. 52). Os juízes da Corte são eleitos por um período de seis anos, podendo ser reeleitos somente uma vez, devendo permanecer em suas funções até o término de seus mandatos. (MAZZUOLI, 2020, p. 1272/1274)

Os requisitos para a intervenção jurisdicional da CIDH em seus Estados-Membros estão nos artigos 61, 62 e 63 da citada Convenção. Segundo a previsão legal, somente os Estados-Membros ou a Comissão IDH podem submeter caso à decisão da Corte - artigo 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Ainda, a submissão depende do trâmite anterior de processo de admissibilidade de petição contendo a comunicação da violação aos direitos humanos para a Comissão IDH. Não sendo o caso de se proceder com o arquivamento, inadmissibilidade ou improcedência da petição, deve a Comissão promover atos investigatórios, inclusive com assistência do Estado-Membro acusado de violação aos direitos humanos, tentando promover a solução amistosa do conflito (artigo 48, c, d, e e f, da CADH).

Não havendo composição amistosa, a Comissão deve proceder com a confecção de relatório, expondo os fatos e suas conclusões e enviá-lo aos Estados-Membros interessados (artigo 50 da CADH). Após, passado o prazo de três meses sem a resolução da controvérsia, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração, inclusive emitindo recomendações aos Estados envolvidos (artigo 51 da CADH).

Esgotados os meios previstos nos artigos 48 a 50 da Convenção, pode a Corte IDH conhecer do caso. Entretanto, só poderá a Corte ter competência jurisdicional nos países que tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial ou por convenção especial, conforme preconiza o art. 62. Diante disso, Mazzuoli afirma que essa disposição: [...] foi o meio que a Convenção Americana encontrou para fazer com que os Estados ratificassem a Convenção sem o receio de serem prontamente demandados. (MAZZUOLI, 2020, p. 1272/1274)

Assim, cumpridos todos os requisitos, a Corte IDH detém poder jurisdicional perante seus Estados-membros, podendo proferir sentenças que são definitivas e inapeláveis, de acordo com o Pacto de San José (art. 67). Desse modo, reconhece-se o caráter vinculante e o efeito direto da decisão proferida pela Corte, que deve ser cumprida pelo Estado-réu imediatamente, sem possibilidade de revisão por órgão interno ou externo e sem possibilidade de impugnação.

3 A relação entre Brasil, OEA e CIDH

3.1 Relação histórica entre o Brasil e OEA

O Brasil se tornou membro da OEA em 1951, com a entrada em vigor do Decreto Legislativo n. 64, de 7 de dezembro de 1949. Mesmo sendo membro fundador da organização internacional, com a participação na criação da Carta da OEA em Bogotá, o país somente aumentou o interesse e participação na referida organização após o fim da ditadura civil-militar que se iniciou em 1º de abril de 1964 (SOTERO, 2012, p. 101-116).

Conforme afirma Paulo Sotero, jornalista e pesquisador sênior do Brazil Institute no Woodrow Wilson Center, em Washington:

Sin embargo, es preciso remarcar que la OEA, la organización multilateral más antigua de la región, sigue siendo la depositaria de un sistema jurídico que rige las relaciones entre las naciones del continente y que ha contribuido de forma significativa al desarrollo del Derecho Internacional y a hitos importantes para la diplomacia brasileña –como por ejemplo instaurando el principio de no-intervención o los procedimientos de resolución pacífica de controversias–, además de introducir temas que habían estado ausentes de la agenda política brasileña durante la dictadura, como la protección de los derechos humanos, que el país abrazó activamente tras el regreso de los militares a sus cuarteles. Prueba de este interés es la larga lista de los tratados y protocolos de la OEA en materia de derechos humanos que Brasil ratificó a partir de 1985. (SOTERO, 2012, p. 101-116).

Embora o autor afirme que a relação entre o país e a OEA se intensificou a partir de 1985 com a contribuição deste na área dos direitos humanos, insta salientar a instabilidade de relação entre estes. Segundo Sotero, o conflito e distanciamento entre o Brasil e a OEA pode ser explicado por dois marcos históricos.

O primeiro, datado de 1965, é a participação do Brasil na intervenção militar liderada pelos Estados Unidos da América (EUA) que destituiu o governo de esquerda da República Dominicana, com o envio de pouco mais de mil soldados brasileiros, sob comando do General Hugo Panasco Alvim. Isso custou ao Brasil a perda de credibilidade frente a alguns membros da OEA, tais como Chile, Uruguai, México, Peru e Equador, que votaram contra a intervenção (SHAW, 2004, p. 103-111; DIVINE, 2014, p. 78).

O segundo evento histórico importante foi o alinhamento do Brasil com seus vizinhos próximos, Argentina, Paraguai e Uruguai, com a criação do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) em 1991 e o Protocolo de Ouro Preto, em 1994, que estabeleceu a estrutura de integração econômica entre esses países (RODRÍGUEZ, 1995, p. 147). Desse modo, a prioridade do Brasil no âmbito da relação com seus vizinhos foi modificada, não cabendo mais o papel de protagonismo à OEA.

3.2 Relação entre o Brasil e a Corte IDH

Conforme já foi debatido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em novembro de 1969, utilizou como mecanismo político a necessidade de autorização específica e expressa da jurisdição contenciosa para que a CIDH fosse legitimada a julgar casos dos países-membros. Mazzuoli relata a autorização brasileira ao caso:

Tratou-se de uma estratégia de política internacional que acabou dando certo, tendo o Brasil aderido à competência contenciosa da Corte em 1998, por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro daquele ano, segundo o qual somente poderão ser submetidas à Corte as denúncias de violações de direitos humanos ocorridas a partir do seu reconhecimento (perceba-se, aqui, a cláusula temporal de aceite do Brasil à competência contenciosa da Corte Interamericana: somente se poderá demandar o Brasil perante a Corte a partir desse reconhecimento) (MAZZUOLI, 2020, p. 1273-1274).

Sendo assim, a partir de dezembro de 1998 pôde o Brasil ser julgado pela CIDH em casos de violações aos direitos humanos. Não por acaso, o país não figura no grupo dos países que mais vezes foram réus na referida Corte, que foi criada em 1978, com dez sentenças de mérito proferidas até o ano de 2020 e, dentre estas, nove condenações.⁵⁵

Quando da promulgação do referido Decreto Legislativo, afirmou Antônio Augusto Cançado Trindade, Ph.D. pela Universidade de Cambridge (Inglaterra), na época juiz vice-presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e professor titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco:

A decisão do Brasil de aceitação da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconcilia a posição de nosso país com seu pensamento jurídico mais lúcido, além de congregar as instituições do poder público e as organizações não-governamentais e demais entidades da sociedade civil brasileira em torno de uma causa comum: a do alinhamento pleno e definitivo do Brasil com o movimento universal dos direitos humanos, que encontra expressão concreta na considerável evolução dos instrumentos internacionais de proteção nas cinco últimas décadas.⁵⁶

Outrossim, a Corte IDH, que julga pouquíssimos casos por ano (entre dez e vinte e cinco), possui função estratégica em relação aos processos que julga, conforme afirma Marcello Dias Varella. Nesse sentido, já impactou mudanças acertadas na legislação brasileira, como preconiza o autor:

Em relação ao Brasil, teve impacto na mudança de várias normas ou jurisprudências nacionais, como no caso Maria da Penha (lei contra violência doméstica), Ximenes Lopes (reforma do sistema manicomial), Escher (revisão das escutas telefônicas). Recentemente, em 2017, teve papel relevante na rediscussão dos presídios (descontingenciamento dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional) e envida esforços constantes para a revisão da lei de anistia (VARELLA, 2019, p. 712).

4 O direito internacional dos Direitos Humanos

A segunda Guerra Mundial deixou para o mundo do direito um sentimento de que o positivismo não bastava, face às atrocidades legalmente autorizadas cometidas pelo governo nazista (MAZZUOLI, 2020, p. 1188). Desse modo, o cenário pós-guerra é também um cenário pós-positivista, em que as constituições ganham caráter vinculante, o Estado passa a ser construído como Estado Democrático de Direito, a soberania estatal absoluta é deixada de lado e, conseqüentemente, o direito entra em processo de internacionalização (VARELLA, 2019, p. 33-35).

Nesse contexto, o estudo sobre os direitos humanos também evoluiu, como aduz Celso Lafer:

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-

⁵⁵ Corte Interamericana de Direitos Humanos - Corte IDH — Cooperação Internacional. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh>. Acesso em: 24 dec. 2020.

⁵⁶ Cançado Trindade, Antônio Augusto. "O Brasil e a Corte Interamericana de Direitos Humanos." Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_oea.html. Acesso em: 23 dec. 2020.

se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direito (LAFER, 1991, p. 132).

O processo de reconstrução dos direitos humanos também induziu a internacionalização destes. Como aduz Norberto Bobbio, esse processo está diretamente atrelado às Organizações Internacionais. Nesse sentido, o autor italiano divide períodos históricos da formação das declarações de direitos, relatando que:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.[...] os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais (BOBBIO, 2004).

É nesse cenário de universalismo e crença no direito natural que são legitimadas as atuações de Organizações Internacionais, como a ONU e a OEA. De mesmo modo, a atuação da Comissão e da Corte IDH é admitida, como forma de controle dos Estados-Membros, que devem seguir o que foi disposto na CADH e de garantia de cumprimento do que está lá positivado, por meio da prestação jurisdicional.

5 Julgados em que o Brasil figurou como réu na CIDH

Seguindo a lógica mundial de internacionalização dos direitos humanos, a Corte IDH surgiu como consequência da multiplicação de instâncias de solução de conflitos fora dos Estados-membros.

Ao ouvir as queixas de cidadãos de seus Estados-membros, pode a Comissão IDH dar início ao procedimento de responsabilização internacional do Estado violador de direitos humanos, que pode culminar no julgamento de mérito da Corte IDH.

É sabido que desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil mergulhou de vez na onda da positivação de direitos fundamentais e proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, aduz Mazzuoli que o ordenamento pátrio deve também se basear nas decisões da Corte IDH:

A Constituição de 1988, dentro dessa ótica internacional marcadamente humanizante e protetiva, erigiu a dignidade da

pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve reger-se no cenário internacional; assim, ao falar em “prevalência dos direitos humanos” está a Constituição – pela utilização da própria terminologia “direitos humanos” – ordenando à jurisdição brasileira que respeite as decisões ou recomendações (quando mais benéficas) providas da ordem internacional, em especial das instâncias judiciais de proteção, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2020, p. 1194).

Desse modo, passo a me debruçar sobre os casos em que o Brasil figurou como réu na referida Corte, com o objetivo de melhor entender o processo de tutela dos direitos humanos no âmbito dos Estados Americanos e a atuação brasileira nestes casos. Ademais, optei pelo critério cronológico de sentenças para explicar os casos mais notórios dentre os dez em que o Estado brasileiro foi julgado pela Corte.

5.1 Caso Damião Ximenes Lopes

O primeiro caso, denominado de Caso Damião Ximenes Lopes, fruto da Demanda nº 12.237, foi encaminhado pela Comissão Interamericana à Corte em 1º de outubro de 2004 e julgado em 04 de julho de 2006. Foi também o primeiro julgamento de uma violação aos direitos das pessoas com deficiência pela Corte IDH (MAZZUOLI, 2020, p. 1283).

Tratou-se de decisão acerca de responsabilização do Estado brasileiro por violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em detrimento de Damião Ximenes Lopes.

A vítima, internada em uma instituição para deficientes mentais ligada ao SUS no município de Sobral/CE, sofreu maus-tratos após crise de agressividade, sendo submetida à contenção física, amarrada, torturada e medicada. No mesmo dia veio a óbito, constando do laudo médico que a morte teria sido natural, resultante de uma parada cardiorrespiratória.

Não houve maiores investigações por parte das autoridades policiais e judiciárias locais, que não puniram os responsáveis. Assim, a irmã de Damião apresentou denúncia à Comissão IDH e, posteriormente, a ONG Justiça Global tomou conhecimento do caso, assessorando-a na condição de co-peticionária e responsável pela representação da família no processo (BORGES, 2009, p. 30-33).

A Comissão IDH, ao receber a denúncia, remeteu-a ao Estado brasileiro, concedendo-lhe prazo para resposta. Entretanto, diante do silêncio do Estado-membro e preenchidos os demais requisitos constantes na CADH, admitiu a petição e, ao final, face à carência de diligências estatais, enviou o caso para julgamento da Corte Internacional (PAIXÃO; FRISSE; LIMA PENALVA DA SILVA, 2007).

Nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, foi celebrada audiência pública na Corte Interamericana, tendo o Estado brasileiro, na oportunidade, admitido a violação aos artigos 4 e 5 da CADH (maus-tratos e morte) e negado a violação aos artigos 8 e 25 do mesmo diploma.

Ficou decidido que:

Diante do material probatório oferecido pelas partes, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou, no julgamento do caso da morte de Damião, que as hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto à omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos, encontra-se a conduta de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Isso significa que a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado (PAIXÃO; FRISSE; LIMA PENALVA DA SILVA, 2007, p. 13-14).

Ao final do processo a CIDH considerou que houve violação aos direitos elencados na denúncia e condenou o Brasil a pagar indenização à família de Damião no valor de 125 mil dólares, além de reforçar seus dispositivos de treinamento de funcionários ligados ao sistema de saúde mental e outras medidas para evitar novas sanções.

O Governo Federal, em respeito ao princípio da cooperação e visando dar execução à sentença prolatada, autorizou a Secretaria Especial dos Direitos Humanos a realizar o pagamento da prestação pecuniária exigida por meio do Decreto nº 6.185, de 13/08/2007.

Ainda, no ano de 2009, o juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral/CE, prolatou sentença condenatória aos seis réus apontados como responsáveis pela morte de Damião. Eles foram condenados pelo crime de maus-tratos que resultaram na morte da vítima – artigo 136, § 2º, do Código Penal Brasileiro (CPB), a seis anos de reclusão.⁵⁷

Destaque-se a importância desse caso como marco da história dos direitos humanos no Brasil, como primeira condenação internacional do país no tema. Ademais, desde 1999, ano da morte de Damião, importantes mudanças foram feitas no âmbito do tratamento manicomial brasileiro, como a promulgação da Lei nº 10.216/2001, conhecida como Lei de Reforma Psiquiátrica, que redireciona o modelo assistencial em saúde mental, rumo à atenção extra-hospitalar (MAZZUOLI, 2019, p. 654).

5.2 Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia)

O presente caso foi julgado pela Corte em 24/11/2010. O Brasil foi processado por violação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4º (Direito à vida), 5º (integridade pessoal), 7º (Direito à liberdade pessoal), 8º (Garantias judiciais), 13 (Liberdade de pensamento e de expressão) e 25 (Proteção judicial) da CADH.

Os fatos que ensejaram a propositura da ação remontam à ditadura civil-militar de 1964, mais precisamente aos desaparecimentos forçados de guerrilheiros e camponeses ocorridos nos anos de 1972 à 1975 na região próxima ao rio Araguaia, na região amazônica brasileira. Segundo a Comissão

⁵⁷ Caso Damião: juiz condena acusados a seis anos de reclusão. TJCE - Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Disponível em: <https://www.tjce.jus.br/noticias/caso-damiao-juiz-condena-acusados-a-seis-anos-de-reclusao-2/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, houve 354 vítimas da ação do Estado brasileiro naquele contexto (MAZZUOLI, 2019, p. 587).

Ademais, em 1979, foi editada a Lei de Anistia brasileira (Lei 6.883), que concedeu anistia a todos, contrários ou favoráveis ao regime posto, que cometeram crimes políticos ou conexos no período entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. A referida lei é responsável pela falta de investigação, processo e punição dos agentes públicos que torturaram, assassinaram e desapareceram com os corpos das vítimas da ditadura brasileira.

A Comissão IDH recebeu petição do *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* - Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e da *Human Rights Watch*/Américas, em 1995, pedindo reparação pelas violações aos direitos humanos cometidas pelo Estado-membro. O caso foi submetido à Corte em 26 de março de 2009 (GARCÍA-SAYÁN et al., [s.d.]).

O Estado brasileiro, em exceção preliminar, apontou que os fatos questionados ocorreram antes da autorização legislativa brasileira à competência contenciosa da Corte IDH, em 1998. Entretanto, embora tenha a Corte concordado com a exceção arguida, reiterou sua jurisprudência de que os desaparecimentos forçados são crimes contínuos e permanentes no tempo, enquanto não sejam esclarecidos os fatos e encontrados os corpos. Desse modo, a Corte se considerou competente para julgar o caso (ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS, 2016, p. 129-130).

O caso ganhou contornos especiais ao ser julgado praticamente de forma simultânea à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153 do STF, que tinha como objetivo a anulação pela Suprema Corte do perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares), pela Lei de Anistia, acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar.⁵⁸ A ADPF, julgada em 28 de abril de 2010, decidiu por sete votos a dois pela improcedência da arguição.

Sete meses depois, sobreveio a condenação do Brasil perante a Corte internacional, que também declarou a inconveniência da Lei de Anistia, por acobertar os crimes cometidos por agentes estatais durante o período ditatorial e não se compatibilizar com a CADH.

O Estado foi também condenado a implementar em prazo razoável um programa permanente e obrigatório sobre direitos humanos dirigido às Forças Armadas; prestar atendimentos médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, adequado e efetivo às vítimas que o solicitem; realizar esforços para determinar o paradeiro das vítimas (inclusive identificando e entregando os restos mortais aos familiares); dar continuidade às iniciativas de busca, sistematização e publicação de informações a respeito da Guerrilha do Araguaia e das violações de direitos humanos ocorridas no período, a elas garantindo acesso; tomar medidas para tipificar o delito de desaparecimento forçado; pagar as quantias fixadas a título de indenização; e criar uma Comissão da Verdade.

No entanto, apesar da condenação, o STF não reviu, até o presente momento, seu posicionamento acerca do tema, estando a Lei nº 6.883 de 1979 supostamente em vigor, ao menos oficialmente. Apesar disso, entendo que a

⁵⁸ Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal, Stf.jus.br. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>. Acesso em: 11 jan. 2021.

referida legislação não pode produzir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que foi declarada inconvenção pela Corte IDH e que o Brasil é signatário da Convenção de Viena, que dispõe que os Estados não podem descumprir obrigações internacionais por razões de ordem interna (artigo 27).

Como efeitos da decisão no ordenamento jurídico nacional, se pode apontar a criação da Comissão Nacional da Verdade, por meio da Lei nº 12.528 de 2011, com fim de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988. A Comissão encerrou seus trabalhos no dia 10 de dezembro de 2014.

Entretanto, a execução completa da sentença proferida pela CIDH no Brasil ainda depende da declaração, no âmbito nacional, da invalidade da Lei de Anistia, por força de inconvenção com a CADH. Enquanto isso não ocorre, a Lei de Anistia continua representando um obstáculo para a investigação dos fatos referentes ao caso, e para a identificação e punição dos responsáveis.

Em 2018 o país teve caso semelhante julgado pela CIDH, denominado Caso Herzog e outros vs. Brasil, que se deteve sobre a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela tortura e morte do jornalista Vladimir Herzog durante a ditadura civil-militar brasileira, assim como pela falta de investigação e punição dos responsáveis.

Nesse sentido, concluiu a Corte que os fatos cometidos contra Herzog deveriam ser considerados como crimes contra a humanidade e repetiu o entendimento proferido no caso Gomes Lund em relação à Lei de Anistia.

5.3 Caso favela Nova Brasília

Por fim, o último caso a ser analisado neste estudo foi julgado em 16 de fevereiro de 2017. Diz respeito às falhas e à demora de investigação e punição dos responsáveis pela execução extrajudicial de 26 pessoas e à tortura e violência sexual de três mulheres, duas delas menores de idade, por policiais civis do Estado do Rio de Janeiro.

Os fatos ocorreram em incursões realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 8 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília. As mortes foram justificadas pelos agentes estatais diante de suposta resistência das vítimas à prisão.⁵⁹

Em 3 de novembro de 1995 e em 24 de julho de 1996, a Comissão IDH recebeu as petições apresentadas pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas*. Assim, em maio de 2015, face à omissão do Estado brasileiro em seguir as recomendações da Comissão, o caso foi apresentado à Corte.

O Brasil alegou que havia incompetência *ratione temporis* a respeito dos fatos narrados na petição serem anteriores à data de reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte e em relação à Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Entretanto, embora acolhido o argumento pela Corte, que reconheceu não poder julgar os fatos ocorridos anteriores ao dia 10 de dezembro de 1998, esta se afirmou competente para julgar os fatos decorrentes das violações, que ocorreram após esta data. Sendo assim, a CIDH julgou as omissões do Estado

⁵⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. [s.l.: s.n.]. Acesso em: 12 jan. 2021.

brasileiro em julgar e punir os acusados, tendo em vista que estas obrigações se protraíram no tempo.

Diante da inércia dos órgãos de investigação e do judiciário local, em 03 de novembro de 2009, foi arquivado o inquérito policial que tratava do caso, dando conta de que se extinguiu a ação penal, aplicando-se a prescrição por decurso de prazo.

O Brasil, diante disso, foi condenado por violação à imparcialidade, independência e competência das investigações, bem como ao prazo razoável de duração destas, (artigo 8.1 da CADH), violação ao direito de proteção judicial (artigo 25, CADH), Violação do direito à integridade pessoal (artigo 5.1, CADH), entre outros.

Assim, como forma de reparação, decidiu a CIDH que o Brasil deve investigar de forma eficaz os fatos ocorridos, para identificar, processar e punir os responsáveis; fornecer o tratamento psicológico e psiquiátrico de que as vítimas necessitem; realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, com a criação de memoriais na Favela Nova Brasília; publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país; indenizar as vítimas, entre outros.

Quanto ao cumprimento de sentença, no final de 2019, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ofereceu nova denúncia sobre o caso envolvendo crimes não investigados.⁶⁰ Entretanto, ainda não sobreveio sentença. Ainda, no mesmo período, o Ministério Público (MP) denunciou o inspetor da Polícia Civil Rubens de Souza Bretas e o hoje ex-policial militar José Luiz Silva dos Santos por atentado violento ao pudor, diante dos crimes sexuais cometidos contra as três jovens. A denúncia foi recebida no dia 19 de junho de 2020, também ainda sem condenação.⁶¹

No entanto, a sentença da CIDH não parece ter resolvido o problema da violência policial no estado do Rio de Janeiro. De 2017, ano da sentença, até 2019, as mortes em ações da polícia aumentaram 60% e chegaram ao patamar mais alto da história do estado. Dessas mortes, apenas 2,5% das apurações de homicídios por intervenção policial resultaram em denúncia.⁶²

6 Considerações finais

Diante da análise dos casos em que o Estado brasileiro esteve no banco dos réus perante a CIDH, é fácil estabelecer uma relação clara entre estes, desde o primeiro caso julgado, caso Ximenes Lopes vs. Brasil, e o último, de 2020, caso Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus

⁶⁰ O Ministério Público e o sistema interamericano de direitos humanos: a sentença do caso favela de Nova Brasília | AMPERJ, AMPERJ. Disponível em: <https://www.amperj.org/blog/artigo/o-ministerio-publico-e-o-sistema-interamericano-de-direitos-humanos-a-sentenca-do-caso-favela-de-nova-brasilia/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶¹ SOARES, Rafael, Duas chacinas em Nova Brasília: casos de impunidade sob nova investigação, *Época*. Disponível em: <https://epoca.globo.com/rio/duas-chacinas-em-nova-brasilia-casos-de-impunidade-sob-nova-investigacao-24684273>. Acesso em: 12 jan. 2021.

⁶² SOARES, Rafael, Duas chacinas em Nova Brasília: casos de impunidade sob nova investigação, *Época*. Disponível em: <https://epoca.globo.com/rio/duas-chacinas-em-nova-brasilia-casos-de-impunidade-sob-nova-investigacao-24684273>. Acesso em: 12 jan. 2021.

familiares vs. Brasil: a impunidade dos agentes violadores de direitos humanos e o desamparo às vítimas.

A pacificação social, como afirma François Ost (OST, 2005), só pode ocorrer quando há justiça, quando as vítimas e os culpados são reconhecidos assim. No Brasil, nos reiterados casos levados pela Comissão à Corte IDH, o esquecimento estatal prevalece sobre a justiça, de modo que, diante de inúmeros ilícitos cometidos tanto por agentes a serviço do Estado como por civis, o Estado brasileiro parece optar pela falta de investigação e punição dos culpados.

Como compatibilizar o Brasil signatário de diversos tratados internacionais sobre direitos humanos, membro da OEA e da ONU, ratificante da CADH, com o Brasil que, sob a ótica dos casos aqui apresentados, não se preocupa com a prevenção, investigação e punição dos culpados por mortes, torturas e estupros?

Sobre isso, Bobbio afirma:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente dites (Isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”) (BOBBIO, 2004). **(falta elemento essencial)**

Desse modo, luta-se para que o providencial mecanismo de responsabilização internacional dos Estados nacionais perante cortes internacionais como a CIDH esteja sempre disponível, no entanto, seja pouco utilizado, face o cumprimento espontâneo dos tratados internacionais assinados.

Nossa esperança é que o Brasil, assim como os demais países, respeite a CADH, a jurisprudência da CIDH, as recomendações da Comissão IDH e os demais documentos internacionais assinados, visando o melhor interesse de seus nacionais e, sob última análise, a pacificação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALESSIA, A. **O judiciário brasileiro no banco dos réus: a CIDH como garantia dos direitos humanos das mulheres**. Andradina: Editora Meraki, 2020.

ALVES, V. H. DE M.; NEVES, R. T. S. Violência policial e a responsabilização internacional do Brasil no Caso Favela Nova Brasília. **Revista de Movimentos Sociais e Conflitos**. v. 5, n. 2, p. 51, 2019.

CARVALHO RAMOS, A. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BOBBIO, N.; CARLOS NELSON COUTINHO; CELSO LAFER. **A era dos direitos**. Rio De Janeiro: Elsevier/Campus, 2004.

- BORGES, N. **Damião Ximenes**: primeira condenação do Brasil na corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio De Janeiro: Revan, 2009.
- BÓS E SILVA, D.; ADAM, A. P.; LEONETTI, P. Direitos humanos no Brasil: limites e possibilidades para a eficácia das sentenças prolatadas pela CIDH. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 1, n. 2, p. 4, 2013.
- CARLOS, J.; DE PINTO, M.; JÚNIOR, F. A responsabilidade do Brasil pelos crimes contra humanidade: análise do julgamento Gomes Lund e Outros. **Revista Prolegómenos - Derechos y Valores**, [s.l.: s.n.]. Acesso em: 9 jan. 2021.
- DIVINE, R. A. **Exploring the Johnson years**. Austin, Tex.: University Of Texas Press, 2014.
- FONSECA ANDRADE, M.; DA SILVA BRANDALISE, R. Caso Favela Nova Brasília: A convencionalidade de uma imposição (in)constitucional. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik** – www.zis-online.com, v. 10, 2019.
- FRANCISCHETTO, G. P.; AQUINO, B. P. Os efeitos advindos da condenação do Brasil no caso Damião Ximenes Lopes na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação aos direitos previstos no pacto de San José da Costa Rica. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 12, p. 67–84, 2018.
- GARCÍA-SAYÁN, D. et al. **Corte Interamericana de Direitos Humanos Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/479/309>. Acesso em: 11 jan. 2021.
- LAFER, C. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia Das Letras, 1991.
- LAFER, C. La política exterior brasileña: balance y perspectivas. **Estudios Internacionales**, v. 13, n. 51, 2011.
- LAMERA CABRAL, R. As interações entre direito e filosofia no caso Damião Ximenez Lopes x Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos-CIDH/OEA. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 14, p. 617–635, 2014.
- MAILLART, A. S.; SANCHES, S. D. FARRA N. A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Gomes Lund e Outros - Guerrilha do Araguaia. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 2, p. 463–472, 2012.
- MAZZUOLI, V. DE O. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**: sentenças, opiniões consultivas, decisões e relatórios internacionais. São Paulo: Editora Método, 2019.
- MAZZUOLI, V. DE O. **Curso de direito internacional público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- MESQUITA CEIA, E. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. **EMERJ**, v. 16, p. 113–152, 2013.
- OST, François. **O tempo do Direito**. Tradução Élcio Fernandes; revisão técnica Carlos Aurélio Mota de Souza. Bauru: Edusc, 2005.
- PAIXÃO, C.; FRISSE, G.; LIMA PENALVA DA SILVA, J. **Caso Ximenes Lopes versus Brasil** - Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Casoteca Latino-Americana de Direito e Política Pública, 2007. Acesso em: 7 jan. 2021.
- RODRÍGUEZ, Rodolfo H. **Mercosul**: Um Processo de Integração. In: Organização Pan-Americana da Saúde. Recursos Humanos em Saúde no Mercosul [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1995.

- ROSATO, Maria C. Caso Damião Ximenes Lopes: Mudanças e Desafios Após a Primeira Condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **BDJur**. v. 8, p. 93–113, 2011.
- SANTOS, C. M. Transnational legal activism and the State: reflections on cases against Brazil in the Inter-American Commission on Human Rights. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. v. 4, n. 7, p. 26–57, 2007.
- SHAW, C. M. **Cooperation, Conflict and Consensus in the Organization of American States**. [s.l.] New York Palgrave Macmillan Us, 2004.
- SILVA, M. B. E. Um caso entre a saúde mental e os direitos humanos: as versões e a vítima. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 23, n. 4, p. 1257–1275, 2013.
- SIMPÓSIO INTERNACIONAL DE ANÁLISE CRÍTICA DO DIREITO - VIII, 2018, Do Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Anais do, n. ISBN 978-85-62288-72-2, p. 73–85, 2018.
- SOTERO, P. El desafío brasileño: cómo gestionar las relaciones regionales asimétricas más allá de la OEA The Brazilian challenge: how to manage asymmetrical regional relations beyond the OAS. [s.l.] *Revista CIDOB d'afers internacionals*, n.o 97-98, (abril 2012), p. 101-116, 2012. Acesso em: 8 jan. 2021.
- TEIXEIRA, C. N. **Manual de direito internacional público e privado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 208 p.
- TORRES, E. M. R.; MOURA, L. D. Verdade, Memória e Justiça no Caso “Gomes Lund e Outros”: Uma Análise a Partir do Conflito Entre a Sentença da CIDH e a Confirmação da Lei de Anistia Pelo STF. **Revista de Direito Brasileira**. v. 7, n. 4, p. 173–198, 2014.
- VARELLA, M. D. **Direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOA-FÉ OBJETIVA E O DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL: uma Releitura Crítica

João Hora Neto*

RESUMO

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico e não uma regra, viabilizada mediante a técnica da cláusula geral, e que, nada obstante o seu nascedouro seja o direito civil, o estudo demonstra que o seu alcance extrapola o direito privado, se estendendo para diversos ramos do direito público, mormente o direito administrativo, sobretudo, através do princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, da CF), que lhe dá sustentação constitucional. Também o estudo prenuncia que a vocação expansionista da boa-fé objetiva é uma realidade incontestada, perfeitamente factível segundo a adequada metodologia do direito civil constitucional, assentada em premissas teóricas precisas. Ao cabo, contudo, questiona-se criticamente a recorrente e imprecisa aplicação prática dessa metodologia, posto que permeada de subjetivismo jurídico e afastada do necessário legalismo, ainda que não estrito, dando azo à insegurança jurídica e à *cultura do decisionismo judicial*.

Palavras-chave: Boa-Fé Objetiva. Legalidade Constitucional. Código Civil de 2002.

ABSTRACT

Objective good faith is a legal concept, not a rule, which is made possible by means of the general-clause technique, and despite having originated in Civil Law, this article shows that it transcends Private Law, reaching several branches of Public Law, especially Administrative Law, primarily through the principle of public morality (Article 37, head provision, of the Federal Constitution), which establishes its constitutional basis. This article also shows that the expansionist vocation of objective good faith is an undisputed reality, perfectly feasible according to the appropriate methodology of constitutional civil law, based on precise theoretical fundamentals. However, the common and imprecise practical application of this methodology is critically questioned, as it is surrounded by legal subjectivism and is far from the necessary legalism, although not strict, giving rise to legal insecurity and the *culture of judicial decisionism*.

Keywords: Objective Good Faith. Constitutional Legality. Civil Code of 2002.

É preciso prestar atenção: nós homens não somos iguais. Há uns que não valem, outros que valem muito. Mas o

* Doutorando em Direito pela UFBA; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe; Juiz de Direito do Estado de Sergipe. Membro Fundador do Instituto Brasileiro de Direito Contratual (IBDCONT).

nosso dever de Homem é diminuir a desigualdade humana.

(Pontes de Miranda)

1 Introdução

O Código Civil de 1916, também conhecido como a *Constituição do direito privado*, espelha o individualismo oitocentista do Código de Napoleão (1804), característico do Estado Liberal, centrado nos postulados da liberdade absoluta, igualdade formal, abstenção, neutralidade, uma vez que a lei regulava toda a vida social e o juiz era tão apenas um escravo dela.

Na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, mormente com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, inicia-se o processo de abertura ou fragmentação do sistema jurídico cível, derivado de vários acontecimentos históricos, dando ensejo ao surgimento de inúmeras leis especiais (microssistemas), cujo ápice da abertura se deu com o advento da Constituição Federal de 1988, inserida no processo de redemocratização do país.

Naqueles idos – década de 1990 – ingressa no Brasil a doutrina do direito civil constitucional, de origem italiana, cuja metodologia tem premissas teóricas próprias e impõe a interpretação e aplicação do direito civil à luz da Carta Magna e não o contrário, como era próprio da doutrina civil clássica.

Após longa tramitação legislativa – por mais de 30 (trinta) anos – adveio o Código Civil de 2002, produto do culturalismo jurídico, fulcrado em três princípios estruturantes (eticidade, socialidade e operabilidade) e que, a despeito das críticas havidas sobre o seu perfil desatualizado, o entendimento dominante foi no sentido de que se tratava de um diploma legal avançado, à vista da adoção de diversas cláusulas gerais, mas também tímido, por não ter inovado acerca de temas já consolidados no contexto social.

Dentre as cláusulas gerais previstas no Código Civil, a boa-fé objetiva, cuja origem remonta ao direito romano, a partir da noção de *bona fides*, além do grande alcance tido no Código Civil Alemão (*BGB*, 1900), acha-se expressamente prevista nos artigos 113, 187 e 422.

A boa-fé objetiva é um princípio jurídico e não uma regra, viabilizada mediante a técnica da cláusula geral, e que, nada obstante o seu nascedouro seja o direito civil, o estudo demonstra que o seu alcance extrapola o direito privado, se estendendo para diversos ramos do direito público, mormente o direito administrativo, sobretudo através do princípio da moralidade pública (art. 37, *caput*, CF), que lhe dá sustentação constitucional.

Também o estudo prenuncia que a vocação expansionista da boa-fé objetiva é uma realidade inconteste, perfeitamente factível segundo a adequada metodologia do direito civil constitucional, assentada em premissas teóricas precisas.

Ao cabo, contudo, questiona-se criticamente a recorrente e imprecisa aplicação prática dessa metodologia, posto que permeada de subjetivismo jurídico e afastada do necessário legalismo, ainda que não estrito, dando azo à insegurança jurídica e à *cultura do decisionismo judicial*.

2 O direito civil e a legalidade constitucional

In primis, impõe-se elucidar o conceito do que seja direito civil constitucional diante da profusão de entendimentos, principalmente decorrente da sua grande difusão e popularidade, ao ponto mesmo de ter se tornado um

modismo jurídico – não obstante, em larga escala, fora dos parâmetros legais. Para elucidá-lo, convém ressaltar alguns conceitos recorrentes na doutrina, deveras explicativos.

Por exemplo, na dicção de Pietro Perlingieri, cuida-se o direito civil constitucional da “releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição da República.”⁶³

Em igual sintonia, Paulo Luiz Netto Lôbo registra que “A mudança de atitude é substancial: deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência (e ainda ocorre).”⁶⁴

Também acerca da expressão *constitucionalização do direito civil*, em face da superação da clássica dicotomia direito público/direito privado, diversos institutos civilísticos ingressaram na Constituição Federal, de sorte que, “Na verdade, o direito civil constitucional é materialmente direito civil contido na Constituição e só formalmente direito constitucional.”⁶⁵

Ou, ainda, segundo lição de Anderson Schreiber, trata-se de uma metodologia que busca superar “a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir de diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico”.⁶⁶

Basicamente, pois, o direito civil constitucional significa a releitura permanente do Código Civil à luz da Constituição Federal e não o inverso.

No Brasil, a expressão *direito civil constitucional* é creditada a dois civilistas pioneiros, que difundiram, ainda na década de 1990, a doutrina civil pautada na legalidade constitucional, iluminada pelas lições do jurista Pietro Perlingieri, mediante a publicação de dois textos até hoje referenciados, a saber, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.”⁶⁷ e “A caminho de um direito civil constitucional.”⁶⁸

No mundo acadêmico pátrio, existem duas escolas que desenvolvem há anos a doutrina civil constitucional, são elas: a Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e a Universidade Federal do Paraná (UFPR), estando esta metodologia difundida às largas na doutrina, bem como aplicada pelos tribunais do país, em que pese a sua aplicação ocorra, em larga escala, ao arrepio de suas premissas teóricas básicas.

3 Breve histórico do Código Civil de 1916

Para uma adequada explicação da ‘constitucionalização do direito civil’ resta imperioso uma análise histórica do direito civil pátrio, a partir do Século XIX, ainda que em apertada síntese.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 36.

⁶⁵ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 3.ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 151.

⁶⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1-22.

⁶⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional. Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**. Rio de Janeiro, v. 17, n.65, 1993, p. 21-32.

Nesse diapasão, é sabido que o Código Civil de 1916 é fruto de doutrinas individualista e voluntarista, consagradas pelo Código de Napoleão, o chamado Código da Burguesia (1804), que inspirou diversas codificações do Século XIX. Produto de um sistema jurídico fechado, hermético e monolítico, muito próprio do Positivismo Jurídico, o Código Civil de Bevilácqua era tido como a *Constituição do direito privado*, influenciado pelos postulados da Escola da Exegese, segundo a qual o juiz era apenas um escravo da lei, ou, segundo as palavras de Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a *boca da lei*.

Havia, pois, uma completa apartação/afastamento entre o direito público e o direito privado, uma vez que o Código Civil de 1916 assumia o monopólio único e exclusivo das relações privadas, fundado no *fetichismo da lei*, haja vista que esta regulava toda a vida social, de maneira completa, genérica e neutra.

Sem dúvida, o Código Civil de 1916 foi gestado no seio de uma sociedade agrária e pré-industrial, o que significa que retratou um mundo de estabilidade e segurança, a chamada *era da segurança*, bem em sintonia com o individualismo oitocentista, em que reinavam, por exemplo, os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da abstenção, retratando assim a ideologia dominante do estado burguês ou liberal.

Contudo, essa *era de segurança e estabilidade* começa a ruir na Europa a partir da segunda metade do Século XIX e, no Brasil, teve reflexos com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, a partir dos anos 20 (1920). Desde então, pois, iniciou-se o processo de abertura do sistema jurídico civil, precisamente na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, este marcadamente intervencionista e comprometido com o ideal de Justiça Social.

Assim, a *fragmentação civilística* decorre de uma plêiade de acontecimentos históricos e movimentos sociais, de variados matizes, como por exemplo, a explosão demográfica, a industrialização, a massificação das relações contratuais, a desordenação dos centros urbanos, as doutrinas socialistas, as encíclicas sociais da Igreja, o dirigismo contratual, entre outros, o que provocou o declínio dos dogmas do Estado liberal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista.

A partir dos anos 30, inicia-se a chamada *descodificação ou fragmentação* do direito civil, ou seja, a edição de diversas leis especiais/extravagantes/emergenciais, também denominadas de microssistemas jurídicos, que passaram a regular institutos civilísticos antes previstos no Código Civil de 1916, gerando para este a perda de seu caráter de exclusividade, enquanto centro único e emanador do direito privado – o chamado monossistema.

Decerto que, nesse contexto, o Código Civil perdeu, definitivamente, o seu papel de *Constituição do direito privado*, por força do Dirigismo Estatal, pois este passou a ditar um novel polissistema civilístico, com o advento de diversas leis especiais, com forte cunho social e protecionista em relação à parte contratante mais fraca, por exemplo, enquanto o Código Civil continuou a reger o direito civil comum ou residual, de forma genérica.

Nesse sentido, vale ressaltar, a título de ilustração, a edição de uma gama de leis especiais a partir da década de 1930, a saber: a legislação trabalhista (CLT), o Dec.-lei 58/37, a Lei de Condomínios (Lei 4.591/64), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79), o Estatuto da Mulher Casada, entre

outras, chegando-se ao apogeu da *fragmentação civilística* com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Assim, efetivamente, vários institutos civilísticos (propriedade, herança, família, consumidor) migraram para o Texto Constitucional, de tal modo que, por conseguinte, surgiram diversas leis setoriais disciplinadoras de universos legislativos específicos, como por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei do Inquilinato (Lei 8.245/90), a Lei do Bem de Família (Lei 8.009/90), dentre outros.

Ademais, registre-se que foi o processo de *redemocratização* que possibilitou o advento da Carta Magna de 1988 e que esta, por seu turno, incorporou diversos institutos civilísticos, gestando o fenômeno denominado de *constitucionalização do direito civil*, mormente porque o Código Civil de 1916, ainda vigente à época, se achava deveras distante dos anseios da sociedade brasileira hodierna, com diversos artigos de lei completamente desatualizados.

Desde então (1988), pois, a aplicação do direito civil à luz da Constituição Federal é uma metodologia imperiosa e permanente, fundada em três princípios constitucionais estruturantes, a saber – o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o princípio da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF) – cuja adoção se impõe, outrossim, em razão dos novos marcos na historicidade do direito decorrentes das “profundas mudanças epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea.”⁶⁹

Em suma, a metodologia do direito civil constitucional é, de há muito, uma realidade inconteste, ainda que submetida a uma constante vigilância, não apenas para uma análise de suas consequências práticas, mas também para possíveis críticas, como vaticina Luiz Edson Fachin⁷⁰.

4 Premissas do direito civil constitucional

Conforme já dito, a metodologia civil constitucional tem sido aplicada em larga escala, de forma pouco técnica, transformando-se até num *modismo jurídico* ou numa espécie de panaceia empregável a tudo e para tudo.

Como toda metodologia, o direito civil constitucional garante premissas teóricas precisas, para bem delimitar seus contornos, e, por conseguinte, evitar sua aplicação a esmo e à solta, ensejando confusão com outra (s) metodologia (s) jurídica (s). Necessário, pois, fixar os seus parâmetros.

Para tanto, Pietro Perlingieri sustenta que três são os pressupostos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, como consequência inevitável da incidência do constitucionalismo sobre as codificações, ou seja: a) a natureza normativa da Constituição; b) a unidade e complexidade do ordenamento jurídico; c) o desenvolvimento de uma renovada teoria da interpretação, de fins aplicativos⁷¹.

Acerca do primeiro – a natureza normativa da Constituição – significa dizer que a normativa constitucional se aplica direta e/ou indiretamente às

⁶⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 20.

⁷⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000, p. 314.

⁷¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro, 2008, p. 589-597.

relações privadas. Melhor explicando: tal premissa representa uma visão bem distinta daquela empregada pela doutrina civilística clássica, isto é, a de que a Carta Magna tinha um conteúdo programático, dirigida apenas ao legislador incumbido de produzir a lei ordinária para, através desta, fazer valer a norma constitucional.

Assim, segundo tal visão tradicional, mesmo em caso de *lacunas legais* (art. 4º, LINDB), a norma constitucional somente se aplicaria em caso último, por meio da invocação dos *princípios gerais de direito* que, por certo, jamais se confundem com os princípios constitucionais, até porque estes se situam no ápice do ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, nunca podem ter um mero papel subsidiário ou periférico⁷².

Não há dúvida de que a aplicação do texto constitucional, como último expediente para colmatação legal, confundindo-o com um princípio geral do direito, resulta numa interpretação equivocada e até teratológica.

Para melhor aclarar, é notória a distinção entre tais princípios, haja vista que, enquanto os princípios gerais são diretrizes para a colmatação de lacunas legais e são fontes subsidiárias do direito, segundo Maria Helena Diniz, também são “postulados de direito natural, verdades jurídicas universais, perenes e imutáveis, representando o que há de constante no direito, constituindo, por isso, o fundamento do direito positivo.”⁷³

Já os princípios constitucionais, diferentemente, derivam da força normativa da Constituição, posto que “graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.”⁷⁴ e que essa força normativa só é alcançada com a realização dessa pretensão de eficácia, a chamada “vontade de Constituição.”⁷⁵, a fim de que a Constituição não se torne tão apenas uma “folha de papel.”⁷⁶, conforme vaticínio de Ferdinand Lassale.

Em relação ao segundo pressuposto – a unidade e complexidade do ordenamento jurídico – impõe-se consignar que o sistema jurídico é único e unitário, mesmo que permeado de diversas fontes e múltiplas normas, normas essas até especializadas.

A despeito da avalanche de microssistemas jurídicos – leis especiais/extravagantes – que passaram a regular o direito civil especial, vale ressaltar que o direito civil constitucional se opõe a essa fragmentação, uma vez que busca a reunificação do sistema jurídico em torno dos valores constitucionais, de modo que a lei especial deve ser interpretada e aplicada não em conformidade com a sua *lógica própria*, mas, sim, em conformidade com os valores supremos da Constituição, a chamada vontade de Constituição, cuja força normativa “depende não apenas do seu conteúdo, mas também de sua *práxis*.”⁷⁷

⁷² SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10.

⁷³ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 215.

⁷⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

⁷⁵ Ibid., p. 19.

⁷⁶ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 61.

⁷⁷ HESSE, op.cit., p. 21.

A unidade do ordenamento jurídico não é comprometida por sua complexidade, pois a Constituição funciona como o centro unificador do sistema e as leis especiais, em igual sintonia, também são irradiadas/atingidas por sua principiologia. E para bem explicar esse pressuposto, Pietro Perlingieri assim elucida: “A unidade do ordenamento não exclui a pluralidade e a heterogeneidade das fontes: esta pluralidade encontra o seu momento unificador no ordenamento que concorre a produzir.”⁷⁸

Já o terceiro pressuposto – interpretação com fins aplicativos – revela que, diferentemente da dogmática da Escola da Exegese, em que o juiz era a boca da lei (*bouche da loi*), o direito civil constitucional não aprisiona o intérprete ao texto estrito da lei, pois lhe confere um poder discricionário e criativo vinculado à realização dos valores constitucionais.

Por conseguinte, cabe ao exegeta realizar a interpretação em sintonia com a unidade sistemática do ordenamento, iluminada pelos valores constitucionais e não atrelado aos interesses pessoais ou de grupos, posto que “as observações do preâmbulo da Carta são o norte da ação do intérprete e que as regras de direitos fundamentais são de vigência e de aplicação imediatas, por força de texto expresso.”⁷⁹

Dessarte, em sede de hermenêutica, o positivismo legalista deve ser rechaçado, haja vista que “o direito não está vinculado à letra da lei, mas à norma.”⁸⁰, com a ressalva de que o intérprete deve exercer seu legítimo juízo de discricionariedade, mas sem descambar para o arbítrio, sua ideologia ou sentimento pessoal.

O juízo de discricionariedade, que é legítimo, jamais pode se confundir com o juízo de arbitrariedade ou irracional, uma vez que este implica numa decisão *contra legem* ou *praeter legem*, resultando, ao cabo, numa decisão teratológica ou desmotivada.

Assim, no contexto da metodologia do direito civil constitucional, o juízo de discricionariedade deve ser exercido no âmbito da legalidade constitucional, para fins de conciliar a conveniente flexibilidade metodológica com a necessária previsibilidade e segurança⁸¹.

5 Direito civil constitucional e o Código Civil de 2002

Como assinalado, o apogeu da abertura do sistema jurídico-civilista se consumou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de matriz essencialmente principiológica e que se tornou o centro do ordenamento jurídico pátrio, merecendo destaque a adoção da cláusula geral da tutela da pessoa humana, considerada o valor-fonte do ordenamento jurídico.

Historicamente, o advento da Carta Magna deriva do processo de redemocratização brasileira, após longo período de *ditadura militar*, o que

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 7-8.

⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

⁸⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 55.

⁸¹ KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 46.

confirma a lição de que a Constituição de um país é, em essência, a soma dos “fatores reais de poder.”⁸²

Inserida naquele contexto, desde então a dicotomia direito público *versus* direito privado se acha esvaziada ou sem sentido, posto que a sociedade hodierna – complexa, plural e despersonalizada – já não mais comporta a clássica divisão de que a Constituição seria a lei do Estado e o direito privado a lei da sociedade civil.

Modernamente, é tarefa quase impossível apontar um interesse privado que seja completamente autônomo, independente e isolado do interesse público, bem como o inverso, o que implica em dizer que no Brasil ocorreu a *publicização do direito privado* e, por via reflexa, a *privatização das normas públicas*, fragilizando o vetusto axioma romano da *summa divisio*.

Ademais, ressalte-se que, apesar de já promulgada a Constituição Federal de 1998, ainda vigia o Código Civil de 1916 (Código de Beviláqua), eminentemente individualista, liberal, conservador, patrimonialista e de perfil oitocentista, nada obstante já fragmentado diante das inúmeras leis especiais em vigor, que regulavam o direito civil especial e ele (o Código) regulava o direito civil comum.

O Código Civil de 1916 vigeu por mais de 80 (oitenta) anos, sendo que, após a edição da Constituição Federal de 1988 e antes mesmo do advento do Código Civil de 2002, já existia no país uma rumorosa e incipiente aplicação do direito civil constitucional, quer seja pela novel doutrina, quer seja pela jurisprudência.

Naquela quadra histórica – registre-se – tramitava no Congresso Nacional o Anteprojeto do Novo Código Civil, cuja comissão fora nomeada no ano de 1969, sob a presidência de Miguel Reale, que apresentou um primeiro Texto em 1972 e que, após longa tramitação congressional, somente em janeiro de 2002 veio a cabo o Novo Código Civil, que entrou em vigor um ano após (11 de janeiro de 2003).

Portanto, o Projeto do Novo Código Civil tramitou por mais 30 (trinta) anos, não tendo havido uma participação popular efetiva, em consonância com os anseios da sociedade brasileira do Século XXI, o que o tornou um tanto desatualizado e em certo sentido lacunoso.

O Código Civil de 2002, também denominado de Código de Miguel Reale, que é autor da Teoria Tridimensional do Direito (Fato, Valor e Norma), é produto do culturalismo jurídico, que traduz uma “corrente de pensamento que aponta a cultura como paradigma central das ciências e da filosofia.”⁸³

Em complemento a tal definição, Ricardo Maurício Freire Soares explica que para o *culturalismo jurídico*:

[...] o conhecimento jurídico não seria o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas seria uma unidade imanente, de base concreta e real, que repousa sobre valorações. Cultura é tudo que o ser humano acrescenta às coisas (*homo additus naturae*). Trata-se da natureza transformada e ordenada pela pessoa humana com o escopo de

⁸² LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** São Paulo: Pillares, 2015, p. 50.

⁸³ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos.

Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 38.

atender aos seus interesses e finalidades. Os culturalistas concebem o direito pós-moderno como um objeto criado pelo homem, dotado de um sentido de conteúdo valorativo, sendo, pois, pertencente ao campo da cultura⁸⁴.

Destarte, aponta-se que o Código Civil de 2002 está impregnado de ideais culturalistas, tais como *ética da situação*, *Direito como concreção*, *Direito como experiência* – valores esses que resultaram na gestação de um Código Civil que funciona como *eixo central* do sistema de direito privado, mas que adota a linguagem das cláusulas gerais, permitindo uma atividade judicial mais criadora.

O Código Civil em vigor guarnece três diretrizes fundamentais, a saber: eticidade, operabilidade e socialidade.

O princípio da eticidade, que se relaciona com a noção de lealdade e cooperação, acha-se previsto nos arts. 113, 187 e 422 Código Civil, priorizando a equidade, a boa-fé, a justa causa, na percepção de que o *Direito é uma técnica a serviço de uma ética*, de sorte que, entre o cotejo do direito-técnica e o direito-ética, deve prevalecer a força do Direito sobre o Direito-força.

Já o princípio da socialidade “reflete a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.”⁸⁵, a fim de superar o caráter individualista e egoísta do Código de Beviláqua, passando a valorizar a palavra *nós* em detrimento da palavra *eu*. E, para exemplificar essa previsão, há os princípios da função social da propriedade (art. 5º, XXII e XXIII CF c/c art. 1.228 CC), da função social do contrato (art. 421, CC), todos voltados ao alcance do bem comum, de há muito previsto no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

E, por último, o princípio da operabilidade, que visa a afastar o exagerado tecnicismo jurídico do Código revogado, isto é, suas ambiguidades ou bizantinices, facilitando a operabilidade, concretude ou efetividade dos institutos, doravante previstos com maior simplicidade, como é o caso, por exemplo, do tratamento conferido à prescrição e à decadência (arts. 189 a 211, CC). Em resumo, tal princípio objetiva alcançar a *ética da situação*, isto é, busca conferir ao interessado o efetivo bem da vida pleiteado, de forma concreta e efetiva e não meramente formal ou abstrata.

Pois bem.

Uma vez chegado a esse diapasão, isto é, com a necessária explanação acerca do perfil do Código Civil de 2002, vigente desde 11 de janeiro de 2003, impõe-se elucidar que uma parcela da doutrina passou a sustentar, de forma equivocada, a desnecessidade da doutrina do direito civil constitucional, atrelando essa metodologia apenas para o caso de envelhecimento das regras civilísticas do Código Civil revogado.

A outro giro, em sentido oposto, outra parcela doutrinária imputou severas críticas ao novo Código Civil, diante da sua lacunosidade ou desatualização, sob a alegação de desconhecer a normativa constitucional já em vigor (Constituição Federal), a farta legislação especial (microssistemas jurídicos) e a jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década.

⁸⁴ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 209.

⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5.

O fato inconteste é que o Código Civil de 2002 – *re vera* – adveio um tanto distante dos anseios da sociedade brasileira do terceiro milênio, fato esse justificado diante da longuíssima tramitação congressional por mais de três décadas.

Assim, a conseqüente desatualização do Código Civil, quando da sua entrada em vigor, foi um fato marcante, reiteradamente questionado por parcela da doutrina à época. Acerca desse descompasso jurídico, basta lembrar que o atual Código Civil foi muito conservador no campo do direito de família, por não trazer qualquer regramento acerca da união homoafetiva, bem como por ter previsto a prisão civil do depositário infiel (art. 652 CC), o que levou o Supremo Tribunal Federal a se manifestar em sentido contrário em ambos os casos, ao estender a união estável aos homossexuais, por interpretação constitucional (art. 1.723 CC), além de impedir a prisão civil do depositário, por violação do Pacto de San José da Costa Rica.

Vale ainda registrar que o Código Civil autorizou o tratamento compulsório, vedando-o apenas em caso de *risco de vida* (art. 15, CC), em desacordo com a dignidade da pessoa humana, o que faz evidenciar a sua diminuta axiologia constitucional, ainda que tenha adotado importantes cláusulas gerais capazes de realizar a *ética da situação*, na dicção de Judith Martins-Costa⁸⁶.

Nesse toar, também digno de nota é a doutrina elucidativa de Gerson Luiz Carlos Branco, que assim conclui:

De fato, o novo Código é arrojado e ao mesmo tempo tímido na função de conformação da realidade. É arrojado porque estabelece as bases a partir das quais o direito poder evoluir, mudar e se adaptar às novas realidades. Essa possibilidade de mudança está na estrutura aberta e flexível, nas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, os quais vão manter o novo Código jovem independentemente das transformações futuras da sociedade.

Porém, o Código de 2002 é tímido porque não inova em suas regras, somente consolidando modelos jurídicos que a doutrina e jurisprudência já haviam recepcionado⁸⁷.

E acerca desse impasse, a respeito da necessidade e/ou desatualização do Código Civil de 2002, percebe-se que o seu advento de modo algum elide ou atenua o papel da Constituição Federal, muito ao contrário. Mais do que nunca, persiste a necessidade de uma releitura do Código Civil de 2002 à luz da normativa constitucional, objetivando a máxima realização dos valores constitucionais insertos às relações privadas, quer seja por incidência direta ou indireta do Texto Constitucional.

Em suma: ou porque o Código Civil seja avançado ou porque seja retrógrado, impõe-se a permanente e imperiosa metodologia do direito civil constitucional, no sentido da interpretação do texto civilístico em prol da

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-160.

⁸⁷ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 79.

maximização da normativa axiológica constitucional, não se admitindo, em pleno Século XXI, a chamada *subversão hermenêutica*, isto é, a aplicação da Constituição à luz do Código Civil.

6 Despatrimonialização versus repersonalização (o ter e o ser)

O processo de constitucionalização do direito civil importa numa mudança radical de paradigma, isto é, a percepção de que a solidariedade social deve prevalecer sobre a liberdade individual, devendo ser observado, por exemplo, que o patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social para se tornar num instrumento de realização da pessoa humana.

A Constituição Federal de 1988, eminentemente principiológica, não previu expressamente a adoção do sistema capitalista de produção, como assim fizeram outras Constituições, mas acolheu o direito de propriedade – o cerne do regime capitalista – atrelado à função social (art. 5º, XXII e XXIII), além do que, no preâmbulo e no capítulo relativo à atividade econômica, previu também valores de cunho existencial, a saber: a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), a defesa do meio ambiente (art. 170, VI), a busca do pleno emprego (arts. 6º e 170, VIII), a redução das desigualdades sociais e regionais (arts. 3º, III e 170, VII), a sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Basicamente, a Carta Magna despatrimonializou os institutos civilísticos clássicos, mas sem refutar a livre iniciativa e a propriedade privada, desde que a prática capitalista esteja vinculada à realização de valores sociais, uma vez “que a titularidade das coisas não pode ser um fim em si mesmo.”⁸⁸

O contexto hodierno prediz que o homem deve se servir do patrimônio e não ao patrimônio. Modernamente, diferentemente do paradigma antigo, no qual o Código Civil era concebido como a *Constituição da vida privada*, a percepção é de que os valores individualistas não servem mais como fundamento axiológico para o direito civil moderno, uma vez que este deve ser aplicado sob o manto da legalidade constitucional.

Impõe-se a efetivação da *força normativa da Constituição*, como preleciona Konrad Hesse⁸⁹, razão por que a dogmática civilística deve se afastar da jurisprudência dos conceitos em direção à jurisprudência dos valores, mediante a aplicação direta e imediata da normativa constitucional sobre as relações interprivadas, cuja aplicação também pode ocorrer de forma indireta:

Pode-se, portanto, afirmar que, seja na aplicação dita indireta – que sempre acontecerá quando existir na legislação ordinária uma normativa específica, ou cláusulas gerais ou princípios expressos – seja na aplicação dita direta – assim definida pela ausência de intermediação de qualquer enunciado normativo ordinário –, a norma constitucional acaba sempre por ser utilizada. O que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia, com ou sem uma específica normativa ordinária, da norma constitucional frente às relações pessoais e socioeconômicas [...]. Portanto, a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera

⁸⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 305-306.

⁸⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9-32.

regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores⁹⁰.

Induvidoso que uma nova dogmática do direito privado se impõe, à luz da legalidade constitucional, sob o enfoque de que a pessoa humana é o centro do ordenamento jurídico, ensejando o fenômeno da *repersonalização do direito civil*, fundado na cláusula geral da dignidade humana (art. 1º, III, CF), valor supremo da Carta Magna.

Nesse contexto, os institutos civilísticos merecem ser funcionalizados, para bem aclarar a necessária diferenciação entre as situações jurídicas patrimoniais e existenciais, no sentido de bem distinguir a estrutura de um instituto civilístico (como funciona) da sua respectiva função (para que serve).

Assim, a metodologia civil constitucional objetiva funcionalizar os institutos, isto é, visa a conferir predomínio das situações existenciais sobre as situações patrimoniais, sem olvidar, contudo, do interesse particular (*ter*), mas conferindo prevalência aos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social, ou seja, o (*ser*).

Em fórmula sintética, pois, funcionalizar o instituto significa compreender que o *ser* deve prevalecer sobre o *ter*, de sorte que uma situação jurídica existencial, que se funda na dignidade da pessoa humana (valor central da Carta Magna) deve ter primazia sobre uma situação jurídica patrimonial (livre iniciativa econômica), devendo o intérprete, no caso concreto, proceder à devida distinção mediante adequada ponderação dos interesses em conflito⁹¹.

7 Princípio da boa-fé objetiva

A doutrina constitucional vivencia hoje “a euforia do que se convencionou chamar de *Estado Principiológico*.”⁹², fazendo-se necessário a correta distinção entre princípios e regras, que são espécies de normas jurídicas.

Princípio e regra não se confundem, pois não exercem a mesma função, não se situam no mesmo nível e não têm a mesma eficácia, razão por que a diferenciação se impõe.

Diz-se que o princípio é uma norma com grau de generalidade relativamente alto, que se refere a valores estruturantes, ou seja, se reporta a bases ou pilares do ordenamento jurídico, não se colide com outro princípio, ficando sujeito à ponderação (concorrência) sobre aquele que deve prevalecer, isto é, aquele que tiver maior peso no caso concreto.

O princípio garante um conteúdo axiológico e é conceituado como *mandamento de otimização*⁹³, entendida a expressão mandamento em sentido amplo para incluir as permissões e proibições.

A regra, por sua vez, é uma norma que não tem conteúdo axiológico e que contém determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, isto é, a regra sempre é satisfeita ou não satisfeita, pois institui um

⁹⁰ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 11-12.

⁹¹ Idem. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 769.

⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 43.

⁹³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

dever definitivo, independente das possibilidades fáticas e normativas, além do que, em caso de colisão entre regras, uma delas deve ser afastada ou considerada inválida. Para a aplicação da regra, usa-se o modelo *subsuntivo*, ou seja, o modelo tradicional de aplicação do direito, segundo o qual se realiza a subsunção dos fatos à norma, de sorte que a aplicação da regra se opera na modalidade *tudo ou nada*.

A boa-fé objetiva é um princípio e não uma regra, que deita raízes na *bona fides* do direito romano que “trazia em seu bojo uma expectativa de conduta objetiva, previsível e adequada aos parâmetros da sociedade romana, expectativa esta que se reportava aos ideais da *fides*, noção ética e moral.”⁹⁴

No direito canônico, a boa-fé é tratada como ausência de pecado.

A boa-fé objetiva foi prevista no Código Civil Alemão (*BGB*, § 242), tendo a jurisprudência alemã, a partir da Primeira Guerra Mundial, atribuído às partes deveres gerais de informação, de sigilo, de colaboração, impondo parâmetros (*standards*) de conduta contratual.

No Brasil, a boa-fé objetiva foi acolhida pelo Código Comercial de 1850 (art. 131, § 1º) como princípio interpretativo dos contratos comerciais, mas que não logrou êxito, à vista do liberalismo exacerbado vigente à época, tão apenas vinculado ao dogma da vontade.

Por seu turno, o Código Civil de 1916, fundado na dogmática oitocentista, apenas previu a boa-fé sob a acepção subjetiva, que diz respeito ao estado subjetivo/intimo do sujeito acerca da ignorância da existência do direito do outro ou, então, a sua justificada convicção de ter um comportamento conforme o direito, tendo sido notadamente prevista no Direito das Coisas (arts. 490, 510, 514 e 516). Em outras palavras, a boa-fé subjetiva é compreendida como estado psicológico, um estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios.

A outro giro, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico, ou seja, uma regra de conduta, também denominada um *mandamento de conduta* que “engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”⁹⁵ Trata-se de um modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse modelo objetivo, no sentido da honestidade, lealdade e probidade, devendo ser examinado, no caso concreto, o *status pessoal* e cultural dos envolvidos.

Hodiernamente, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal que previu a boa-fé objetiva (art. 4º, III e art. 51, IV) e o Código Civil de 2002 a regulou expressamente nos arts. 113, 187 e 422, sendo considerado um princípio social do contrato e até, segundo alguns, um “macroprincípio que absorveria os demais princípios do direito civil, especialmente no âmbito das obrigações civis.”⁹⁶

⁹⁴ RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 21.

⁹⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2006, p. 33.

⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever geral de conduta. In: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 19.

8 Cláusula geral da boa-fé objetiva e sua vocação expansionista

À luz da doutrina majoritária, a exemplo de Judith Martins-Costa⁹⁷, a boa-fé objetiva é um princípio jurídico veiculado mediante a técnica legislativa conhecida como cláusula geral, sendo esta uma norma que guarnece enunciado permeado de uma linguagem aberta, fluida, vaga, ou seja, uma linguagem que expressa um conteúdo jurídico impreciso, vário, múltiplo, permitindo ao juiz, no caso concreto, a integração de determinadas ocorrências não previstas pelos meios legislativos clássicos, facultando-lhe até valer-se de conceitos metajurídicos.

Melhor dizendo, o princípio da boa-fé objetiva é materializado via cláusula geral, a qual pode ser compreendida como uma técnica de elaboração legislativa que se afasta do casuísmo descritivo e antecipado da hipótese fática, mediante a adoção de termos semânticos abertos e plúrimos, permitindo a criação da norma para o caso específico.

A boa fé objetiva, também denominada de mandamento de conduta, é aplicável antes, durante e após o contrato, incidindo assim nas condutas *in contrahendo e post factum finitum*, na perspectiva de que, modernamente, a obrigação não dever ser entendida apenas como uma relação jurídica estática/linear entre credor e devedor, como assim era tida na dogmática clássica e, sim, como um processo, um sistema total e dinâmico, plural e solidário.

O *habitat* natural da boa-fé objetiva é o direito civil, especialmente o direito contratual/obligacional, no sentido de que ambos os contratantes (credor e devedor) devem agir com respeito aos deveres anexos de lealdade, probidade, cooperação, a fim de acautelar as legítimas expectativas de ambos para o fim colimado no contrato.

Malgrado isso, a sua aplicação vem se expandindo às largas, ou seja, vem desbordando não só para outras searas jurídicas privadas (direito do consumidor e direito empresarial, por exemplo), mas também para outros ramos do direito público, não só em razão da sua tríplice função, a saber - função interpretativa e de colmatação, função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção e função delimitadora do exercício de direitos subjetivos⁹⁸ -, mas também em face do esmaecimento da dicotomia entre direito público e direito privado (*summa divisio*).

Nesse diapasão, pois, a boa-fé objetiva, também conhecida como *mandamento de lealdade*, vem sendo aplicada em diversos ramos do direito público, tais como o direito penal, o direito administrativo, o direito processual, o direito internacional, o direito tributário/financeiro, o direito previdenciário, o direito ambiental e, quiçá, em sede de responsabilidade civil da administração pública por omissão específica, havendo, contudo, escassez de estudos doutrinários a respeito dessa expansão.

⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145.

⁹⁸ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa fé e sua aplicação no direito privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 41.

No direito administrativo, por exemplo, o princípio da moralidade pública (art. 37 *caput*, CF) tem total vinculação com o princípio da boa-fé objetiva⁹⁹, revelando assim que o Estado – um ente abstrato criado e dirigido por Homens – também deve agir segundo regras de honestidade e lealdade com os seus administrados, uma vez que todo sujeito de direito deve se conduzir conforme a boa-fé objetiva, independentemente de ser pessoa natural ou jurídica, de direito privado ou de direito público.

Em suma, se o Século XX foi tido como a *Era dos Direitos*, o Século XXI pode ser compreendido como a *Era da Efetivação dos Direitos*, haja vista que, na sociedade pós-industrial em que se vive – a vítima – quer seja inserida numa relação jurídica privada ou pública não pode ficar irressarcida e ao desamparo, ou seja, esquecida no lugar-comum de que *estava no lugar errado e na hora errada*. Em verdade, todos, indistintamente, devem obedecer ao mandamento de lealdade (boa-fé objetiva), também de implícita matriz constitucional, quer como valor da solidariedade (art. 3º, I, CF), quer como princípio da moralidade (art. 37, *caput*, CF).

A boa-fé objetiva tem, portanto, notória força normativa, isto é, a chamada *força do direito*, na lição de Pierre Bordieu¹⁰⁰, razão por que sua vocação expansionista é uma realidade inconteste, desde que devidamente lastreada na adequada aplicação da metodologia do direito civil constitucional.

9 Uma releitura crítica

O Direito, produto cultural da humanidade, em essência visa a segurança jurídica em prol da promoção do ser humano.

Frise-se que “O Direito é ciência de raciocínio, curvando-se ante a razão, não perante o prestígio profissional de quem quer que seja.”¹⁰¹, posto que o argumento de autoridade (*ab auctoritate*), que prestigiava os autores, deve ser relativizado em busca da autoridade de argumento.

Apaixonar-se não é argumentar, eis um aforismo.

Como antes abordado, a metodologia do direito civil constitucional tem premissas teóricas fundamentais¹⁰², que devem ser observadas com rigor, sob pena da *banalização ou frouxidão* dessa metodologia.

Na experiência pátria, corriqueiramente, vê-se a aplicação equivocada do direito civil constitucional, quer seja porque o conflito posto é decidido de forma simplista, com base apenas em único artigo de lei derivado de mera norma infralegal (portaria, provimento, resolução, nota técnica, etc.) ou de um microssistema jurídico (lei especial), olvidando-se, por conseguinte, da premissa de que a unidade do ordenamento jurídico não exclui a pluralidade e heterogeneidade das fontes.

Dessarte, com igual frequência vê-se a aplicação desmesurada – ao arrepio do método – de cláusulas gerais para solucionar conflitos com base na ideologia pessoal e até arbitrária do julgador, na esteira da chamada

⁹⁹ GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 236.

¹⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand 1989, p. 209-254.

¹⁰¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272.

¹⁰² PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 592-597.

jurisprudência sentimental referida por Carlos Maximiliano¹⁰³, o que provoca a confusão sobre o significado do juízo discricionário e do juízo arbitrário.

Nessa seara, por exemplo, basta lembrar o uso recorrente da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como fundamento legal para uma miríade de casos, como se fosse uma panaceia jurídica, além do uso oportunista e pouco técnico das cláusulas gerais da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do abuso de direito, da atividade de risco, dentre outras.

Na práxis judicial, igualmente, observa-se o uso inadequado da cláusula geral da boa-fé objetiva, mormente porque a locução *boa-fé* é de difícil conceituação, por se tratar de um sintagma, uma expressão semanticamente vaga ou aberta e/ou em razão da *jurisprudência sentimental* tão em moda, mas de notória colisão com a metodologia do direito civil constitucional.

Uma releitura crítica se faz necessária, a partir da prevalência de uma interpretação deontológica (jurisprudência dos valores) sobre uma interpretação teleológica apenas (jurisprudência dos conceitos), esta, produto da Escola Pandectística e que sustentava uma aplicação neutra e formal do Direito.

Ademais, deve-se atentar que o intérprete/julgador não fique adstrito apenas ao texto da lei, mas, sim, ao ordenamento com um todo, mediante ponderada e razoável argumentação jurídica para a solução do caso concreto, sem resvalar, contudo, para o arbítrio judicial, para o subjetivismo extremado, para o chamado *pan-princiolismo* ou para a *cultura do decisionismo*, conforme lúcida explanação de Daniel Sarmento:

Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador consegue fazer tudo o que quiser¹⁰⁴.

Induvidoso que o juízo discricionário é legítimo; todavia, o seu exercício deve respeitar o princípio da legalidade, não estando este afeto apenas à letra fria da lei, mas, sim, à norma inserida no ordenamento unitário e plural.

A justiça do caso concreto é a justiça na legalidade constitucional, isto é, fundada na equidade, sendo esta uma das acepções da razoabilidade, que significa um postulado ou uma metanorma, na lição de Humberto Ávila¹⁰⁵.

Impõe-se, assim, uma releitura crítica do direito civil constitucional, cabendo ao civilista moderno fazer a adequada simbiose (equilíbrio) entre o

¹⁰³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83.

¹⁰⁴ SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais**: estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 199.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 164.

legalismo estrito e o subjetivismo jurídico,¹⁰⁶ não permitindo que a metodologia do direito civil constitucional desbande para a ausência de método, sob a falácia da informalidade e liberdade extrema do julgador, ao arrepio até do direito posto, gerando notória insegurança jurídica.

10 Considerações finais

O presente estudo demonstrou que o Código Civil de 1916, que vigorou por mais de 80 (oitenta) anos, tinha um perfil liberal e voluntarista, deveras arraigado aos postulados dogmáticos do Código de Napoleão, de matriz individualista, positivista e patrimonialista.

Desde então, assistia ao Julgador tão apenas a aplicação da lei, tal qual um fiel servo.

Apontou-se que a abertura do sistema civil, mediante a edição de leis especiais, teve seu apogeu com a promulgação da Carta Magna de 1988 e que o advento do Código de Civil de 2002, de longa tramitação congressual, foi permeado de críticas, em razão da sua timidez temática, não obstante tenha sido elogiado pelo seu aspecto inovador, diante da adoção das cláusulas gerais.

Foi dito que, dentre diversas cláusulas gerais, o Código Civil previu expressamente a boa-fé objetiva, considerada um princípio jurídico e não uma mera regra, sendo também classificada como um mandamento de conduta ou de lealdade.

Demonstrou-se que a boa-fé objetiva é uma norma de conduta, segundo a qual as partes devem agir com lealdade, ética, probidade, antes e depois do contrato, a fim de alcançar o fim colimado na avença, posto que, na modernidade, a obrigação deve ser compreendida como um processo e não apenas uma relação jurídica estática e linear entre credor e devedor.

Também nesse contexto, o estudo defendeu a vocação expansionista da boa-fé objetiva, que, a despeito da sua genuína matriz civilística, modernamente também alcança outros ramos do direito privado e até do direito público, mormente o direito administrativo, cujo princípio da moralidade pública lhe dá amparo constitucional.

Argumentou-se, ainda, que a vocação expansionista da boa-fé objetiva somente é factível com a aplicação adequada da metodologia do direito civil constitucional, estruturada sob premissas teóricas precisas, objetivando conferir funcionalidade aos institutos civilísticos, isto é, conferir a prevalência da pessoa humana (o ser) sobre (o ter), mediante a necessária simbiose (equilíbrio) entre o legalismo posto, ainda que não estrito, e o subjetivismo jurídico.

Ademais, o estudo deitou críticas à atual e recorrente aplicação da metodologia do direito civil constitucional, praticada, geralmente, de forma inadequada e ao arrepio das suas premissas teóricas, gerando uma cultura nefasta de decisionismo judicial, de enorme subjetivismo jurídico – ou porque fundada na aplicação de mero artigo de lei ou porque fundada em interpretação destoante de uma cláusula geral, às vezes por mera inspiração político-ideológica do intérprete.

Por fim, o trabalho visou alertar sobre essa discrepância metodológica, bem como ressaltou a necessidade da correta aplicação da metodologia do

¹⁰⁶ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016, p.22.

direito civil constitucional, inclusive em sede da cláusula geral da boa-fé objetiva, evitando-se a banalização do direito civil constitucional.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.
- BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: editora FGV, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- GIACOMUZZI, Guilherme José. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública** – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Principais inovações no Código Civil de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.
- LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. São Paulo: Pillares, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Boa fé no direito civil: do princípio jurídico ao dever feral de conduta. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord). **Boa-fé e sua aplicação no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. *In*: COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos.

- Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial.** Rio de Janeiro, v. 17, n.65, 1993.
- FILHO, Rodolfo Pamplona. Delimitação conceitual do princípio da boa-fé. *In*: LOBO, Fabíola Albuquerque; JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; FILHO, Rodolfo Pamplona (coord.). **Boa-fé e sua aplicação no direito privado.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil:** introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- RUBINSTEIN, Flávio. **Boa-fé objetiva no direito financeiro e tributário.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.
- SARMENTO, Daniel. **Livre e iguais:** estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. *In*: SCHREIBER, Anderson, KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Teoria geral do direito.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Temas de direito civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. Liberdade do intérprete na metodologia civil constitucional. *In*: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coord.). **Direito civil constitucional.** São Paulo: Atlas, 2016.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

1 Introdução

Enfim, foi publicada a Lei nº 14.133/2021, que dispõe sobre as licitações e contratos administrativos. A Nova Lei de Licitações e contratos Administrativos resultou do PL 1292, que vinha tramitando desde 1995, ao qual foram somados o PL 559, de 2013, e, finalmente, o PL 6.814, de 2017. Como se sabe, a insuficiência da Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) ficou demonstrada pela edição de outros diplomas legais, que vieram abordar essa matéria em nosso ordenamento jurídico, mantendo a Lei Geral. A exemplo da Lei nº 10.520, de 17/07/2002, originada da Medida Provisória nº 2.182-18, de 2001, que instituiu, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, a modalidade “pregão” para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados: “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações comuns do mercado”. Essa lei admitiu “o uso de recursos de tecnologia da informática, nos termos de regulamentação específica” (art. 2º, §1º). Com a Lei nº 12.462/11, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, Copa das Confederações da FIFA, obras do Programa de Aceleração do Crescimento-PAC, incluindo-se ainda outras obras especificadas no art. 1º. Essa lei também não revogou a Lei Geral, limitando-se a criar uma alternativa para as situações definidas no seu texto.

Acrescente-se que, desde 2016, fora instituído o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Nova Lei deixou explícito que suas normas não alcançam as situações disciplinadas na Lei nº 13.303, de 30/06/2016, salvo em matéria penal, como deixou estampado no seu art. 178 (matéria penal).

A esse rol, Ronny Charles acrescenta a Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, artigos 42 a 49). Lembra que, a partir de 1984, houve uma sucessão de leis buscando dar tratamento especial para as microempresas, contudo a Lei Complementar nº 123/2006 “inovou ao regravar expressamente sobre tratamento diferenciado no âmbito das licitações públicas, criando dispositivos de preferência e a possibilidade de certames diferenciados, em detrimento das demais pessoas jurídicas” (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).¹⁰⁷

2 Breve Histórico

Uma breve visão histórica sobre as licitações e contratos administrativos revela que a matéria foi inicialmente prevista no Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28/1/1922), no Governo Epitácio Pessoa, há quase cem anos. Em seguida, vieram a Lei nº 4.370/1964, o Decreto-lei nº 185, de 27/2/1967, ambos focalizados sobre a revisão de preços de obras públicas.

* Ex-Professor do Departamento de Direito/UFS. Ministro aposentado do STJ.

¹⁰⁷ CHARLES, Ronny. **Leis de licitações públicas comentadas**. 4. ed. rev. amp. atual. Editora JusPodium: Salvador, p. 567.

O Decreto-lei nº 200, de 27/2/1967, dispôs sobre a organização da administração federal e estabeleceu diretrizes sobre a Reforma Administrativa, no âmbito da Administração Federal, determinando a observância dos princípios do planejamento, coordenação, descentralização e delegação de competência e controle, disciplinando também as licitações e contratos da Administração Pública Federal nos artigos 125 a 144. Posteriormente, essas diretrizes foram estendidas aos Estados e Municípios pela Lei nº 5.456/68, e, ao Distrito Federal, pela Lei nº 5.721/71.

Com a restauração da Democracia, as licitações e contratos administrativos passaram a ser regidas pelo Decreto-lei nº 2.300, de 21/11/1986¹⁰⁸, dando ênfase a princípios e finalidades que seriam adotados em diplomas legais posteriores, ao assim proclamar:

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.¹⁰⁹

A similaridade com as normas posteriormente editadas também está presente no art. 9º.¹¹⁰

Pouco depois, mostrou-se necessária a elaboração de novo texto legal, a fim de harmonizá-lo com as normas e princípios da Constituição Federal de 1988, especialmente o art. 37, XXI.¹¹¹ Surgiram, então, a Lei nº 8.666, de 21/6/1993, conhecida como Lei Geral de Licitações, seguida pela Lei nº 10.520, de 17/7/2002 (Lei do Pregão) e pela Lei nº 12.462, de 4/8/2011 (RDC).

A Lei nº 14.133, de 1º/4/2021, resultou da experiência positiva com esses diplomas legais, (Lei do Pregão e RDC), mas também aproveitou as orientações advindas da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, do Tribunal de Contas da União - TCU, das manifestações doutrinárias, de estudos e pareceres, não se olvidando da influência das diretivas da União Europeia.

3 Visão Geral da Nova Lei

A Nova Lei de Licitações aplica-se aos órgãos administração direta, autárquica e fundacional, abrangendo os três poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, no âmbito administrativo, bem como os responsáveis pelos fundos especiais controlados direta ou indiretamente pela Administração Pública (art. 1º, I e II). Excetuam-se os órgãos entidades regidos pela Lei nº 13.303/2016, salvo no que se refere ao disposto no art. 178 (que incluiu o Capítulo II – B, no Código Penal).

¹⁰⁸ O Decreto-lei nº 2.300/1986 revogou, entre outras disposições em contrário, especialmente as do Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28/1/1922), referentes a licitações e contratos.

¹⁰⁹ O Decreto-lei nº 2.300/1986 sofreu alterações com a superveniência dos Decretos-lei nº 2.348 e 2.360, ambos de 1987.

¹¹⁰ Art. 9º: As obras e serviços poderão ser executados nos seguintes regimes: I – execução direta; II – execução indireta nas seguintes modalidades: a) empreitada por preço global; b) empreitada por preço unitário; c) administração contratada; d) tarefa.

¹¹¹ XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

A Nova Lei também alterou a Lei nº 13.105/2015 (Código de Processo Civil), acrescentando-lhe o inciso IV ao art. 1.048.¹¹²

Uma inovação criativa foi incluída no art. 193, ao revogar imediatamente os dispositivos penais da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93, artigos 89 a 108), relegando a revogação dos demais dispositivos, bem como da Lei 10.520, de 17/7/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A, da 12.462, de 4/8/2011 (RDC) “*após decorridos dois anos da publicação oficial desta lei*”.

Durante esse biênio, portanto, fica a critério da Administração Pública optar pelo novo texto legal ou pelos demais diplomas legais. Implicitamente, o legislador reconheceu a complexidade do texto ora apresentado e as dificuldades para a interpretação das suas minuciosas definições.

O Portal Nacional das Contratações Públicas (PNCP) foi outra inovação da Lei. A divulgação dos contratos e seus aditamentos nesse sítio é *condição indispensável* para a sua eficácia. Aí também poderão ser obtidas informações sobre o plano contratação anual, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e pré-qualificação, avisos de contratações diretas, base nacional de notas fiscais eletrônicas, entre outros. A Lei aborda o PNCP nos artigos 94 e 174. Espera-se que o Portal se torne um valioso instrumento de orientação das entidades administrativas na elaboração das licitações e contratos.

A Nova Lei instituiu figuras novas, a exemplo do agente de contratação, assim definida no art. 6º, LX:

[...] pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Essa definição representa um esforço dos elaboradores desse diploma legal de exprimirem com precisão cada um dos termos de referência, evitando-se eventuais dúvidas nos contratos realizados entre a Administração Pública e os seus parceiros, o que certamente contribuirá para evitar dúvidas sobre os direitos e obrigações das partes.

O art. 28 indica as modalidades de licitação:

- I – pregão;
- II – concorrência;
- III – concurso;
- IV – leilão;
- V – diálogo competitivo.

Portanto, desaparecem o convite e a tomada de preços.

O “diálogo competitivo” foi instituído na União Europeia, assim definido pela Nova Lei:

[...] modalidade de licitação para a contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo

¹¹² IV – em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do *caput* do artigo 22 da Constituição Federal (competência privativa da União).

os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (art. 6º, XLII).

Essa modalidade de licitação está reservada para situações excepcionais em que a Administração opta pela realização de diálogos com os interessados, tendo em vista a complexidade da obra, serviço ou compra. A Profa. Maria João Estorninho, no Curso sobre a Nova Lei de Licitações e Contrato, promovido pelo Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa (IREE), deixou claro que o *diálogo competitivo* ainda não foi experimentado em Portugal.¹¹³ Isso não significa que o mesmo se repetirá entre nós, contudo é muito provável que a nova modalidade de licitação será utilizada com pouca frequência.

A Nova Lei adota uma orientação bastante avançada no que tange ao capítulo das nulidades.

Como se sabe, a doutrina nacional, em relação à invalidade dos atos administrativos, resumidamente, assim se posiciona: o vício acarreta sempre a nulidade (Hely Lopes Meirelles (falta)); deve-se distinguir os atos nulos e anuláveis (Tito Prates da Fonseca e O. A. Bandeira de Mello); distinção entre atos nulos, anuláveis e irregulares (Seabra Fagundes).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-lei nº 4.657/1942), atualizada pela Lei nº 12.376/2010, Lei 13.655/2018 e outros diplomas legais, assim prescreve:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A mera leitura do art. 147 da Nova Lei, revela a inspiração na LINDB, ao abandonar a concepção formalista que, muitas vezes mais prejudicou do que beneficiou o interesse público:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

Seguem-se, então, onze incisos que deverão ser detidamente analisados pelo administrador antes de decidir pela declaração de nulidade do contrato. Ademais, o legislador insiste:

Parágrafo único: Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio da indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis

Como se percebe, o reconhecimento da nulidade do contrato na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos é medida excepcional. Em regra, deve-se dar continuidade à obra ou serviço público. A possível irregularidade

¹¹³ Instituto para Reforma das Relações entre Estado e Empresa, idealizado pelo jurista Walfrido Warde.

poderá ser corrigida pela indenização, com a apuração da responsabilidade e a aplicação penalidade prevista em lei.

São essas as breves considerações que gostaria de destacar, concitando aos estudiosos do Direito Administrativo a acompanharem as discussões sobre a Lei nº 14.133, de 1º de abril do ano em curso, sobretudo nos sites mais prestigiados da *internet*, como é o caso do Migalhas e da Conjur.

MULTIPARENTALIDADE SOB A NOVA ÓTICA DO DIREITO DE FAMÍLIA

Larissa Muñoz Punzano

Resumo

No artigo trataremos a possibilidade de o registro civil haver mais de um pai ou mãe, por afetividade entre outros motivos, no decorrer citados. Com o transcorrer dos anos, houveram mudanças nas famílias brasileiras, e com isso surge a necessidade de adequação da legislação de forma que abrangesse todas as formas de relações, especialmente no que diz respeito à filiação. A multiparentalidade surgiu para solucionar os conflitos que existiam e privilegiar os interesses das crianças e adolescentes envolvidos, que deixam de ter que nomear somente um ente, por um único laço familiar. Por fim, a multiparentalidade garante também o princípio da dignidade da pessoa humana de todos os envolvidos, assim como outros direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 decorrentes da filiação, nos aspectos pessoais e patrimoniais.

Palavras-chave: Afetividade. Família. Filiação. Registro Civil.

1 INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa debatemos como a multiparentalidade é recepcionada no Ordenamento jurídico brasileiro, onde podemos observar como a referida lei da multiparentalidade está sendo posta, no que se refere à dupla paternidade, e seus efeitos jurídicos. Apresenta-se uma evolução histórica do conceito de família, mostrando que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) deixou de reconhecer apenas a família marital como entidade familiar, ampliando o rol e consentindo, uma infinidade de arrumações familiares amparado nos princípios constitucionais.

A sociedade moderna vem se modificando e nem sempre se é capaz de prever as questões cuja solução é buscada no Poder Judiciário. Um dos estabelecimentos que mais cogitam essa realidade é o da família. Dentro desses desenvolvimentos das relações familiares, surge a multiparentalidade, instituto que reconhece a filiação socioafetiva simultaneamente com a biológica, resultando em múltiplas filiações.

Nesse sentido, é objetivo do presente trabalho a compreensão devida da multiparentalidade, sendo imprescindível a análise da sua probabilidade jurídica, bem como a abrangência de quais implicações podem acontecer deste instituto e de qual a solução oportuna ao problema de acordo com a doutrina.

Na atual legislação, já existe previsão do acréscimo do sobrenome do padrasto ou madrasta, por requerimento do enteado e aceitação daqueles, e isso se dá graças a Lei nº 11.924/09, que autoriza a alteração da Lei de Registro Públicos para permitir ao enteado ou à enteada adotar o nome de família do padrasto ou da madrasta.

A Lei nº 11.924/09 sancionou essas normas ao gerar uma alteração no art. 57, § 8º da Lei nº 6.015/73. Com isso, é cada vez mais fácil se deparar com famílias recompostas e, com isso, permitir a essa pessoa usar um nome que reflete sua realidade e sua posse do estado de filho.

Contudo, as lacunas processuais e o conseqüente julgamento dos casos com base em tais fontes tendem a resultar em decisões conflitantes e divergentes entre si, o que compromete significativamente a segurança jurídica. Com isso geramos muitas vezes o seguinte questionamento: a multiparentalidade seria a solução dos impasses instituídos entre o caráter biológico e socioafetivo?

Para responder tal pergunta, nessa pesquisa utilizou-se uma combinação de métodos de abordagem e procedimento, sendo que na abordagem foi utilizado o método dedutivo, posto que o estudo partirá de uma abordagem geral da evolução da sociedade,

utilizando-se também da leitura de doutrinas, legislação e jurisprudências.

2 REFERENCIAL TEÓRICO

O conceito de família, segundo a doutrina majoritária, é definido como sendo um conjunto de pessoas que convivem em uma mesma casa e que possuem um grau de parentesco entre si, estabelecendo um lar. Esse papel que a família exerce no desenvolvimento dos filhos é de suma importância. Pois, é nesse elo familiar que são repassados os valores morais e sociais que servirão de base para eles quando tiverem em sociedade, como também levar adiante as tradições e os costumes trazidos em suas gerações. Além de serem responsáveis por tutelar os direitos da criança e do adolescente. Conforme a CF/88:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

No Brasil o critério legal adotado para definir a filiação sempre foi o biológico, no qual já se via esboçada a ideia da prévia relação sexual se definir a causa da gravidez. O começo de mudanças normativas em nosso país deu-se com o advento da Constituição de 1988, através da inserção de princípios norteadores da família como o da igualdade entre os cônjuges e de direitos entre os filhos. Com isto, definitivamente o matrimônio deixou de ser o único critério central para definição legítima da paternidade no Brasil. A igualdade exarada na Constituição determinou a extinção da diferenciação entre filhos, mesmo que a origem biológica fosse diferente.

Os desenvolvimentos no campo jurídico do direito civil, na sociedade e nos entendimentos de biologia trouxeram consigo avanços no âmbito do direito de família. Isso é de tamanha importância que nesta última década, a doutrina e a jurisprudência rumam à consolidação no sentido que, havendo conflito entre paternidade/maternidade biológica e socioafetiva, esta última prevalecerá. É nesse sentido a orientação da doutrina e das decisões da Jurisprudência nacional.

A Carta Magna de 1988 trouxe mudanças nos modelos reconhecidos pela lei para a constituição de família, por meio do art. 226, existem três modelos de entidades familiares: casamento (§ 1º e § 2º), união estável (§ 3º) e família monoparental (§ 4º), porém a realidade social traz mais alguns modelos que não estão explícitos na nossa constituição, mas que são amparadas pelos seus princípios, podendo então surgir uma infinidade de arranjos familiares, tais como as famílias socioafetivas que são baseadas em princípios como o amor, afeto e carinho. Possibilitando assim a afiliação multiparental, que reconhece a filiação biológica simultaneamente com a socioafetiva.

A multiparentalidade ou pluriparentalidade, como também é conhecida, vem sendo estudada pela doutrina e analisada no caso concreto em suas possibilidades de reconhecimento e com todos seus reflexos. É o nome dado à paternidade formada pela presença de duas figuras paternas e/ou duas figuras maternas – geralmente, a presença concomitante de um pai ou mãe biológico(a) e de um pai ou mãe socioafetivo(a).

Quanto à filiação, a mesma dividia-se principalmente entre filhos legítimos e ilegítimos, classificação que dependia do reconhecimento de união civil entre os pais por meio do instituto do casamento. Filhos legítimos são os filhos havidos entre pais casados e os ilegítimos, entre pais não casados. A família do século XX era patriarcal, patrimonial, hierarquizada e matrimonializada.

Com as mudanças e evoluções da sociedade houve uma transformação onde existe uma grande diversidade de formas e composições, onde os laços afetivos se igualam aos biológicos. Isso trouxe a necessidade de alterações na lei, o que ocorreu apenas em 1988,

com a promulgação da Constituição Federal, neste período ocorreram então as maiores e mais importantes mudanças no direito de família.

Nesse sentido, observando a realidade das famílias da atualidade, a multiparentalidade, o ordenamento jurídico se adequou aos novos arranjos familiares, amparando as diversas formas de parentescos, sejam eles consanguíneos ou por afetividade, dando a todos os mesmos direitos pessoais e patrimoniais. A filiação é compreendida pela doutrina como o vínculo legal que liga filhos aos seus genitores de forma eterna e indissolúvel. Quanto ao instituto, cabe aludir às proposições do “Manual de Direito das Famílias”, que esclarece:

Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) critério jurídico previsto no Código Civil, estabelece a paternidade por presunção, independente da correspondência ou não da realidade; (b) critérios biológicos – é o preferido, principalmente em face do exame de DNA; e (c) critério socioafetivo – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa. Pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue (DIAS, 2013, p.364).

A filiação biológica decorre da cessão de material genético dos pais aos seus descendentes, sendo esta a forma mais comum pela qual a conexão familiar é constituída. Em um primeiro momento, entende-se que este tipo de filiação decorre do coito entre os pais, derivando na gravidez. Contudo, graças a avanços científicos, outras formas de concepção surgiram. As filiações biológicas independentes do coito, temos como exemplo a fecundação in vitro, a qual une de forma artificial o material genético dos pais em uma proveta. Com a união dos genes, os óvulos fecundados são implantados no útero da mulher, a fim de causar sua gestação.

Com esses avanços, começou a surgir uma ruptura entre as figuras de “genitor” e “pai”, diferenciadas a partir de sua relação, sendo genética ou afetiva, o que altera o tipo de filiação. No caso da ligação genética, a filiação é biológica. Já na filiação por substituição, decorre um meio de reprodução assistida pelo qual acontece a transferência de material genético para gerar o feto, por apenas um dos pais, sendo complementado por pessoa distinta à relação. A participação dessa pessoa distinta (um anônimo) que irá transmitir seu material genético resume-se à cessão de gametas, sem que haja qualquer relacionamento afetivo ou sexual com os pais.

A filiação heteróloga é a solução para casais que desejam ser pais, mas que têm dificuldades em conceber o filho, por doenças ou condições que obstaculizam a gravidez. Este tipo de filiação é recente e necessita de legislação específica, atrapalhando a vida de muitos casais.

A Resolução nº 2.013 do Conselho de Medicina, dispõe sobre o procedimento, e que norteia sobre a impossibilidade de concepção natural, a vedação ao proveito econômico, o anonimato do doador ou parentesco obrigatório da doadora e a aceitação mútua dos parceiros quanto ao procedimento.

Esta filiação como já visto possui correspondência genética com apenas um dos genitores, de jeito que o pai sem correspondência genética com o filho adquire o vínculo mediante tratamento legalmente diferenciado. O ordenamento autoriza esta diferenciação pois a vontade entre as partes é elevada no ordenamento, de modo que o do projeto de vida cria o vínculo entre o pai sem identidade genética e o filho. Quanto à adoção, está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, a qual foi atualizada pela Lei nº 13.010/09. A vinculação afetiva equipara-se à biológica mesmo inexistindo contato prévio ao início do processo de adoção, com destaque à impossibilidade de distinção do filho em razão da origem filial, em obediência ao Art. 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

A adoção é, portanto, o meio pelo qual se cria vínculo jurídico de filiação entre

peças que, a princípio, não possuíam qualquer relação. As famílias regem-se pela 8 afetividade, de forma que somente o laço sanguíneo não é suficiente para manter o título de “família”. Por fim, reconhecimento de filiação em razão de relação socioafetiva faz-se necessário o preenchimento de certos requisitos construídos doutrinariamente. Estado de filho, que constitui pré-requisito para a distinção da relação filial acolhido amplamente pela doutrina.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), expressou, em seu enunciado nº7/2015, que “a posse de estado de filho pode constituir a paternidade e a maternidade”. Seu enunciado, além de cogitar um entendimento pacífico na jurisprudência, possui valor doutrinário.

Para o reconhecimento da posse do estado de filho, a doutrina atenta a três aspectos: a) tractatus - quando o filho é tratado como tal, criado, educado e apresentado como filho pelo pai e pela mãe; (b) nominatio – usa o nome da família e assim se apresenta; e (c) reputatio – é conhecido pela opinião pública como pertencente à família de seus pais. Confere-se à aparência os efeitos de verossimilhança que o direito considera satisfatória. O nome (nominatio) é a utilização pública do sobrenome dos genitores por parte do filho como se próprio fosse. Originalmente, a doutrina compreendia o nome como requisito de igual peso em relação à fama e ao tratamento.

Contudo, atualmente, o nome é utilizado como prova capaz de reforçar a tese de existência de relação socioafetiva e não como requisito essencial da constituição deste vínculo. O tratamento (tractatus) é elemento pelo qual o pai trata o filho como se fosse seu, assumindo o papel paterno de forma integral, provendo as necessidades básicas do indivíduo, sejam elas educativas, alimentares, ou de apoio moral, bem como o tratamento idêntico aos demais filhos.

O reconhecimento público, a fama (reputatio), não é necessário que todas as pessoas da comunidade conheçam da relação, mas sim que esta seja notória, no mínimo, entre as que compõem o círculo de amigos dos membros da família.

No contexto nacional, a “adoção à brasileira” trata-se de um ato voluntário irrevogável que produz efeitos de filiação socioafetiva:

A difundida prática de proceder ao registro de filho como próprio, e que passou a ser nominada de “adoção à brasileira”, não configura erro ou falsidade susceptível de ser anulada. Não cabe a alegação de erro quando a paternidade foi assumida de forma livre e voluntária. Enunciado das Jornadas de Direito Civil diz que o fato jurídico do nascimento compreende também a filiação socioafetiva.

Em sede de filiação prestigia-se o princípio da aparência. Assim, na inexistência de registro ou defeito do termo de nascimento (CC 1.605), prevalece a posse do estado de filho, que se revela pela convivência familiar (DIAS, 2016, p.394).

Devido ao ato de reconhecer filho de forma pública, é cabível a incidência do reconhecimento de filiação socioafetiva. O posicionamento do STJ reconhece a irrevogabilidade da filiação à brasileira uma vez reconhecida, de forma que cumpre considerar seu entendimento.

Conforme o exposto, percebe-se que, da incidência da posse de estado de filho, surge a conexão socioafetiva entre as partes, o qual contrai status igual ao biológico. Pela análise da jurisprudência recente, é possível compreender que, uma vez constituído o vínculo, este não pode ser desconstituído por mera liberalidade.

3 DA FAMÍLIA PATRIARCAL À NOVA CONCEPÇÃO DE FAMÍLIA

A família é a base primeira na formação moral e psíquica de qualquer indivíduo, de forma a oferecer condições mínimas valorativas capazes de lapidar a essência deste ao longo do seu desenvolvimento. É por tal carga valorativa que essa entidade é comparada como célula primordial da vida em sociedade.

Frente ao desenvolvimento social ocorrido ao longo dos tempos, coube à família, amoldar-se, inevitavelmente, às características de cada época, passando por intensas

adaptações.

Na história da evolução da unidade familiar vemos inicialmente o estudo modular da família romana, pautada de forma peculiar, no culto aos mortos. Como forma de manutenção da prática de adoração aos antecedentes, se fazia necessário na família romana a prossecução das gerações seguintes. Por vez, a efetivação de tal necessidade encontrou guarida no casamento, imperativo de grande valor na sociedade romana.

Desta maneira, competia ao homem o exercício do poder familiar (patria potestas) e do parentesco. À mulher, por sua vez, jamais lhe era incumbida tais faculdades, exercendo tão somente função procriadora. Com efeito, a família romana tinha como fim primordial a procriação e na exata medida desse fim, adquire caráter inevitável.

Conforme Buchmann (2013, p. 13): “o aspecto patrimonial possuía uma acepção tão consolidada no seio familiar, que os membros da família assumiam o papel equivalente à força de trabalho para seu patriarca”.

A autora ainda arremata que: “o conceito de família chegava a se confundir com o de unidade de produção, uma vez que visava à formação de patrimônio a ser transmitido hereditariamente” (BUCHMANN, 2013, p.14).

Nesta perspectiva, a família ainda era hierarquizada patriarcalmente e vista pelo ordenamento com desígnio reprodutor, mero instrumento de garantia da prole.

Tal base ocidental influenciou profundamente os arranjos particulares do Brasil, e só veio a mudar, significativamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Neste sentido, posiciona-se Venosa (2014, p. 7) “em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvida, o grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família”.

O art. 226 da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional 66/10, estendeu seu manto protetor às demais formas familiares até então desprezadas pelo ordenamento jurídico.

Além daquelas constituídas pelo casamento, a Constituição Federal de 1988 protege a união estável as famílias monoparentais, formadas por qualquer dos pais com seus descendentes. É a redação do aludido dispositivo constitucional:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

A Constituição, ao elencar apenas estas espécies de entidades familiares, não o fez com desígnio taxativo, e sim consagrou em seu bojo um rol indefinido, no qual cabe à sociedade eleger, pela consagração habitual, os quais merecem arrimo constitucional.

Sobre esse enfoque, para o legislador é impossível prever todas as situações fáticas de uma sociedade, principalmente a familiar.

Logo, em virtude dessa limitação é aconselhável normatizar em cláusulas gerais para que futuras imposições sociais tenham sua devida tutela e estas trilhem os mesmos contornos daquela.

Porém, em desconformidade com o pregado, o Código Civil de 2002 adentrou no ordenamento jurídico em desafino com o disposto constitucional. É compreensível que a norma material civilista possuía eficácia em total descompasso com os ditames constitucionais, em razão das constantes mudanças porque perpassa o Direito ao longo do tempo, especialmente, o de Família. A afirmativa encontra justificativa no axioma de que o Direito não é uma ciência estática, motivo pelo qual sofre profundas mudanças constantemente.

4 MULTIPARENTALIDADE: CONCEITOS E PERSPECTIVAS

A importância da análise dos princípios a seguir se dá frente ao seu caráter Enunciativo-normativo de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, cobrindo tanto o campo de pesquisa de Direito quanto o de sua atualização prática (REALE, 2001, p.286).

Logo, os princípios constitucionais são espelhos da experiência jurídica, dotados de elevado grau de universalidade, razão pela qual devem ser observados em qualquer episódio concreto, pois desrespeitá-los enseja uma ofensa não só a seu caráter de obrigatoriedade, bem como a todo o sistema jurídico.

Deve-se destacar, entretanto, que é necessário suscitar a sua importância e a correlação existente com a multiparentalidade, visto que, são fundamentais para a compreensão desta nova forma de entidade familiar.

Quando falamos de principiologia no aspecto da multiparentalidade não podemos deixar de citar em primeiro lugar o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ele está ligado direta e intimamente com os sentimentos do indivíduo, ou seja, o sentimento de “ser pai” e de “ser filho” etc., como estão descritos nos artigos art.1º, III e 226, § 7º, ambos da Constituição de 1988.

Também, há muito tempo as sociedades tradicionais reconheciam a afetividade como princípio norteador fundamental para a formação da família, no entanto, sua juridicidade era remota, quase impossível, diante da imposição e resistência do fator consanguíneo e biológico.

Mesmo assim, a afetividade passou a sobrepujar esses e outros fatores que equivocadamente tornavam inadequada ante a ordem jurídica.

Ainda que não seja um princípio explícito na Constituição Federal, sem dúvida o princípio da afetividade é hoje um dos pilares do Direito de Família, constituído um postulado recorrente nas mais variadas decisões dos Tribunais em todo o País.

Não se pode olvidar que foi com a Constituição Federal de 1988 que houve uma inversão de valores concernentes ao estado de filiação, onde os filhos deixaram de ser qualificados como simples pertence de propriedade dos pais, para serem vistos como sujeitos de direitos e obrigações.

Assim, incumbe ao Poder Público, a família e a sociedade a efetivação prioritária de seus interesses, é o que dispõe o art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), *in verbis*:

Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Além destes, é por meio do princípio do pluralismo familiar que permite que a família seja aceita tanto a partir do casamento ou união estável quanto a partir de outras entidades respeitadas pelo Direito de Família, respeitando dessa forma o princípio da dignidade humana, da liberdade de constituir família e até da consagração do poder familiar.

O princípio da proibição de retrocesso social é de vital importância no aspecto de reconhecimento dos direitos de família, visto porque não se pode retroceder, ante as necessidades não reconhecidas legalmente, ao patamar anterior ao do reconhecimento.

Por isso este princípio exala social importância, dado que a ordem jurídica do Estado procurará compreender e assistir as famílias nas quais surjam novos tipos de ocorrências como a multiparentalidade, visto que constitucionalmente estão amparadas.

Já o princípio da realidade socioafetiva trata exclusivamente da convivência da criança em relação a outros membros da família. Esta realidade pode ser focalizada em dois aspectos: A situação do registro da criança e a condição social da criança inserida em outra família.

No aspecto da multiparentalidade podemos destacar que a importância desse princípio se dá de maneira reiterada, não no modelo “adoção à brasileira”, e sim no âmbito da socioafetividade direta e legal.

Para que este princípio tenha eficácia, a situação da convivência socioafetiva da criança precisa ser fundamentada no vínculo de afeto existente em determinada relação familiar. Por isso, aumenta a importância do referido princípio no âmbito multiparental.

5 POSSIBILIDADES JURÍDICAS E DIREITO SUCESSÓRIO NA PARENTALIDADE

A Constituição Federal de 1988 veio amparar e equiparar os filhos de origem não biológica, colocando-os no mesmo patamar dos consanguíneos, em seu artigo 227, parágrafo 6º traz tal ascensão, quando profere que: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Nesse sentido Gonçalves (2014, p.320), afirma que a CF/88 (art. 227, §6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916.

Destarte, todas as modalidades de filiação, independentemente da origem são igualmente amparadas pelo ordenamento jurídico em todos os aspectos e de forma igualitária. Deve-se lembrar também, que nenhuma filiação se sobrepõe a outra. Ou seja, mesmo que o indivíduo tenha uma filiação socioafetiva, registrada ou não civilmente, não lhe é afastado nenhum direito à paternidade biológica.

Não é outro o entendimento pacificado da Suprema Corte, que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante com o de origem biológica. (Como na Tese de Repercussão Geral n. 622, 21/09/2016).

Atualmente, com o reconhecimento da multiparentalidade pelo STF, muito se discute acerca de sua extensão e reflexos na realidade fática. Um dos temas de grande debate volta-se ao direito patrimonial que este reconhecimento pode ensejar.

Com base na tese fixada pelo STF, não restam dúvidas de que o entendimento desta Suprema Corte segue no sentido de que a multiparentalidade acarreta efeitos e garante o direito à sucessão, pois declara, expressamente, que a filiação socioafetiva concomitante com a filiação biológica produz consequências patrimoniais e extrapatrimoniais.

Porém, nosso ordenamento jurídico de 2002, o Código Civil, quando previu como se daria a sucessão entre os herdeiros, não imaginou que chegaríamos à possibilidade da multiparentalidade e, assim, não preconizou como seria a divisão dos bens nesta situação específica. O Código Civil de 2002 prevê a ordem de preferência e vocação hereditária no artigo 1.829 e, desta forma, estabelece as linhas sucessórias entre os genitores, filhos e demais parentes.

Ocorre que se na família multiparental sobrevier a morte de um dos pais, o filho (seja socioafetivo ou biológico) herdará o seu quinhão em concorrência com os demais irmãos, visto que não existe mais diferenciação entre os “tipos” de filhos. Porém, se

ocorrer a morte do filho e este filho não possuir descendentes e nem cônjuge, os pais/genitores serão os herdeiros e, neste caso, teremos um impasse, pois não há previsão legal de como serão divididos os bens deste filho entre os ascendentes multiparentais.

Neste último caso, teríamos como herdeiros, três pessoas e nossa legislação previu apenas a sucessão dos ascendentes entre um vínculo paterno e um vínculo materno, como se observa do artigo 1.836, § 2º, CC:

Art. 1.836. Na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. § 2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Atualmente, com o reconhecimento da multiparentalidade pelo STF, muito se discute acerca de sua extensão e reflexos na realidade fática. Um dos temas de grande debate volta-se ao direito patrimonial que este reconhecimento pode ensejar. Ainda, para agravar tal situação, as lacunas existentes na legislação sucessória são barreiras a serem superadas, para que a segurança de todo o ordenamento jurídico seja preservado.

6 ASPECTOS EXTRAJUDICIAIS

A Lei de Registros Públicos será a lei mais afetada com a extrajudicialização da multiparentalidade, pois este dispositivo legal regulamenta como o registro de nascimento deve ocorrer, quais os pré-requisitos e formas para que o registro ocorra. Assim, inicialmente, reportam-se às mudanças que vem ocorrendo, relativas a essa lei, e permitindo o registro da multiparentalidade.

Não há dispositivo legal que considere a multiparentalidade ilegal, pois a declaração de pluriparentalidade reflete um fato, de modo que o Direito não pode deixar de reconhecer um instituto capaz de atribuir direitos e que já é considerada uma realidade social, tendo em vista que não é permitido o retrocesso da lei. Conforme Paiano,

Um problema por vezes apontado em decisões que julgam improcedentes os pedidos de multiparentalidade é a questão da Lei de Registros Públicos, em especial os princípios da legalidade, tipicidade e especialidade. Todavia, tais princípios devem ser relativizados nesse caso, de modo a compatibilizar com princípios constitucionais – não discriminação, proibição de designações discriminatórias na filiação e princípio da dignidade da pessoa humana. Deve-se levar em conta os princípios informadores do Estatuto da Criança e do Adolescente – proteção integral e melhor interesse da criança, que devem se sobrepor na formação dos vínculos familiares e nos vínculos de filiação. Com base nessa interpretação sistêmica é que se pode reconhecer o fenômeno da multiparentalidade (PAIANO, 2017, p. 158).

As últimas alterações referentes ao registro de nascimento propiciaram a recepção do registro da multiparentalidade no assento de nascimento, porém, essas alterações somente ocorreram graças a diversos dispositivos jurisprudenciais que permitiram mudanças na lei através de legislação esparsa, razão pela qual serão examinados a seguir alguns exemplos jurisprudenciais de reconhecimento da multiparentalidade.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Apelação Cível n.º 0006422-26.2011.8.26.0286, reconheceu a multiparentalidade materna, em memória a mãe biológica falecida da parte, bem como a filiação socioafetiva estabelecida entre a madrasta e o filho.

Em uma notícia prolatada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça em seu site, publicada em 2018, explica-se que o melhor interesse da criança deve prevalecer, razão pela qual se manteve somente a filiação socioafetiva no assento de nascimento da criança, uma vez que o pai biológico não tinha interesse em registrar ou cuidar do infante, diferente do pai socioafetivo:

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou provimento ao recurso por meio do qual uma mulher pretendia assegurar que sua filha tivesse o pai socioafetivo e o pai biológico reconhecidos concomitantemente no registro civil. A multiparentalidade é uma possibilidade jurídica, mas, mesmo

havendo exame de DNA que comprovava o vínculo biológico, os ministros entenderam que essa não seria a melhor solução para a criança.

Já o Enunciado n.º 09 do IBDFAM garantiu que a multiparentalidade pudesse gerar efeitos: “A multiparentalidade gera efeitos jurídicos”. Nessa mesma linha segue o Enunciado n.º 103, da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal - CJF, publicado no site do IBDFAM em 2015, o qual dispõe:

Enunciado n.º 103 CJF: O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Após isso, alguns tribunais começaram a adotar o registro extrajudicial da multiparentalidade por meio de provimentos próprios. O Conselho Nacional de Justiça criou, em 14 de novembro de 2017, o Provimento n.º 63, que autoriza o assento da filiação socioafetiva na certidão de nascimento:

Art. 10. O reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva de pessoa de qualquer idade será autorizado perante os oficiais de registro civil das pessoas naturais. § 1º O reconhecimento voluntário da paternidade ou maternidade será irrevogável, somente podendo ser desconstituído pela via judicial, nas hipóteses de vício de vontade, fraude ou simulação. § 2º Poderão requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva de filho os maiores de dezoito anos de idade, independentemente do estado civil. § 3º Não poderão reconhecer a paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes.

§ 4º O pretense pai ou mãe será pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido. O artigo 14 do mesmo dispositivo permite o registro da filiação socioafetiva, concomitantemente, ao assento da filiação biológica, dispondo o dispositivo: Art. 14. O reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva somente poderá ser realizado de forma unilateral e não implicará o registro de mais de dois pais e de duas mães no campo FILIAÇÃO no assento de nascimento. (BRASIL, 2017, p.10)

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese tal predileção, vêm-se firmando uma tendência jurisprudencial e doutrinária no sentido de que as duas formas de parentalidade devem ser aplicadas de forma complementar, visto que não existe hierarquia entre as duas formas de parentesco.

A evolução familiar revolucionou o Direito de Família passando a ganhar um aspecto emocional como ligação entre seus indivíduos. Momentos históricos mundiais mudaram o curso da história da família, fazendo com que seus membros se unissem com base no afeto. Com isso e a desmistificação de institutos como o casamento e legitimidade de filiação, foi possível ver o surgimento de diversos núcleos familiares.

Com o tempo, reconheceu-se que uma parentalidade não poderia se sobrepor à outra. Assim, a pluriparentalidade, que já existia no mundo fático, surgiu no mundo jurídico. Logo, abordou-se o direito de filiação, que se trata de uma ramificação do direito de família.

Notou-se que a multiparentalidade sobreveio de uma realidade fática da vontade das partes em ter a parentalidade reconhecida, com mais de um pai e/ou mãe, sendo que para isso era necessário que houvesse o registro dos pais socioafetivos em conjunto com os pais biológicos no assento de nascimento do filho.

Diante da análise do problema proposto para este estudo – a multiparentalidade seria a solução dos impasses instituídos entre do caráter biológico e socioafetivo? – pode-se concluir que a hipótese inicial levantada para tal questionamento é parcialmente verdadeira, uma vez que está claro na jurisprudência e através de provimentos expedidos no país que há uma grande necessidade de extrajudicializar o registro da

multiparentalidade na certidão de nascimento do filho a ser reconhecido, bem como foi reconhecida a possibilidade de se registrar a multiparentalidade sem a necessidade de ingressar com uma ação judicial.

Porém, nota-se também que a lei tem muito a evoluir para conseguir garantir efetivamente o registro da multiparentalidade, bem como seus efeitos. Lembrando que este instituto está ligado diretamente ao amor e laço familiar, envolvendo o núcleo mais delicado tratado pelo direito. A partir daí, surge a necessidade de abordagem dessa temática.

Para que a multiparentalidade evolua e tenha seu reconhecimento legitimado através do registro extrajudicial, faz-se necessária a implementação de novas leis, bem como manutenção da legislação já existente, a fim de elucidar pontos omissos em relação a este instituto.

Assim, é possível concluir que, apesar da multiparentalidade já ter reconhecimento perante os tribunais, ainda há um longo caminho para se percorrer, a fim de garantir a pluriparentalidade como um instituto provedor de efeitos.

A multiparentalidade veio regulamentar e dar ciência dos direitos e deveres das situações que já estão sendo vividas no cotidiano dos lares, buscando preservar a paternidade biológica, mas não deixando de lado a paternidade afetiva, criando assim o instituto da dupla paternidade, onde ambas as paternidades andam juntas e nenhuma se sobrepõe a outra, buscando sempre o bem-estar do menor.

Sendo a mesma um fato social de inúmeras famílias na sociedade, uma nova estrutura que proporciona melhores condições para o crescimento de uma criança, algo que veio para somar, multiplicar, apesar de dividir várias opiniões. Assim afirma também a Repercussão Geral 622 delineou um entendimento unificado em relação à multiparentalidade, abrandando a celeuma nos tribunais e doutrinas sobre este instituto, tendo a paternidade socioafetiva igual direito que a biológica, podendo ambas constar no registro civil, e desfrutar equitativamente de suas obrigações.

Com o provimento, tais famílias poderão ter tais direito reconhecidos de forma extrajudicial, um direito já amparado para a filiação biológica, e que agora alcança a socioafetiva.

O afeto deve mover e ser a estrutura de uma relação familiar, sendo reconhecido por ser um direito constitucional a dignidade da pessoa humana, todo ser humano tem que viver de forma justa, e ser tratado da mesma forma, cabendo ao Direito abrir os “caminhos” para que toda pessoa possa buscar aquilo que proporcione a felicidade, objetivando sempre o melhor interesse para a criança ou adolescente em uma relação familiar.

Vale ressaltar que a presente pesquisa sobre a multiparentalidade sob a nova ótica do direito de família não conclui o estudo neste trabalho, futuramente será abordado esses tópicos e demais necessários para a conclusão do estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L3071.htm>. Acesso em: 15 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15

maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=247357&file name. Acesso em: 20 maio 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.924, de 17 de abril de 2009. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11924.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.010, de 26 de junho de 2014. Altera a Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), para estabelecer o direito da criança e do adolescente de serem educados e cuidados sem o uso de castigos físicos ou de tratamento cruel ou degradante, e altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113010.htm. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tese 622-Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica.** Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>. Acesso em: 22 maio 2021.

BUCHMANN, A. **A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentalidade sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio.** 2013. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso -Monografia (Bacharel em Direito) -Departamento de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis: 2013.

CALDERON, R.L. **O percurso construtivo do princípio da afetividade no direito de família brasileiro contemporâneo: contexto e efeitos.** Curitiba: Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Paraná, 2011.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo, SP: Revista Tribunais, 2013.

DIAS, M.B. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, C.R. **Direito Civil – Responsabilidade Civil – Direito de Família – Direito das Sucessões:** Esquematizado. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

FARIAS, C.C.; SIMÕES, T.F.V. **Reconhecimento de filhos e a Ação de investigação de paternidade.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

FARIAS, C.C.; SIMÕES, T.F.V. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. **IBDFAM aprova Enunciados.** 2015. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5819/IBDFAM+aprova+Enunciado>. Acesso em: 15 maio 2021.

MADALENO, R. **Direito de Família.** 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

PAIANO, D.B. **A Família Atual e as Espécies de Filiação – Da Possibilidade Jurídica**

da Multiparentalidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

REALE, M. **Lições preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

TARTUCE, F. **Direito de Família**: Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Forense, 2017.

VENOSA, S. S. **Direito Civil**: Direito de Família. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CONSTITUCIONALISMO ESTADUAL E O CHORINHO SERGIPANO: ENLACES CONSTITUCIONAIS DA CULTURA SERGIPANA

Luciana Amorim Santana*

Resumo

Este artigo pretende refletir acerca da compreensão otimizada dos direitos culturais fundamentais garantidos pela Constituição do Estado de Sergipe a partir da análise empírica e tradicional da música sergipana. Assim, por meio do enfoque hermenêutico, da pesquisa bibliográfica e da realização de entrevistas com artistas locais, a reflexão crítica e interativa do direito e música ganha traços regionais e impacta efetivação dos direitos culturais. Sendo assim, as garantias constitucionais conectam-se à realidade sociocultural por meio do diálogo musical. Portanto, este escrito tem o objetivo de pensar criticamente o direito e humanizá-lo, conectando o imaginário jurídico à prática artística. Além disso, ao escutar a música que nasce no seio social, o direito torna a sua escuta democrática, ampliando seu rol de intérpretes e fugindo dos padrões monológicos que permeiam a realidade jurídica. A partir disso, traços característicos da sergipanidade são reconhecidos como cruciais para a construção da identidade cultural sergipana, como previsto no Art. 225, I da Constituição Estadual. Portanto, o chorinho sergipano é uma escuta necessária ao jurista sergipano, a fim de reconhecer a tradição cultural regional em suas peculiaridades e, por conseguinte, pensar a concretização dos direitos culturais através da ótica daqueles que vivem a realidade cultural e constitucional de Sergipe de forma constante e efetiva.

Palavras-chave: Direitos Culturais Fundamentais; Chorinho sergipano; Hermenêutica Constitucional; Direito e música

1 INTRODUÇÃO

Ao refletir sobre o direito conectando-o à música, logo percebemos conexões íntimas, tendo como ponto principal de confluência a finalidade e a realidade interpretativa. Ao passo que o contexto jurídico busca o consenso e a harmonia entre os sujeitos da relação jurídica, a realidade musical tem foco primo o ideal de equilíbrio e a perfeita interação entre as notas, formando, assim, a música. Além disso, a música e o direito unem-se no seu caráter alográfico, ou seja, são artes que nascem por meio da participação do espectador/intérprete (BALKIN; LEVINSON, 1991). Assim, o direito acontece na rotina jurídica interpretativa, seja nas instituições judiciais, seja nas salas de aula.

Diante disso, o direito tem muito a aprender com a música, pois, como afirma Tobias Barreto (1978, p.131): “ um pedaço de uma bela música se não produz ao menos lembra pedaços de objetos que não são estintamente musicais – um quadro, uma poesia [...] e até mesmo uns belos olhos que nos falaram.”. Portanto, a inserção musical no direito permite que ele escute vozes antes silenciadas, memórias já apagadas e, principalmente, revoltas sociais (e pessoais) desconsideradas. Distinções culturais, econômicas e sociais são

* Graduada em Direito na Universidade Federal de Sergipe Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Arte e Literatura (CNPq/UFS). E-mail: santanaluciamorim@gmail.com

superadas em um contexto musical marcado pela união. Dentro desse contexto, o chorinho sergipano avança como um gênero que une os sergipanos de diferentes realidades socioeconômicas e une o tocar nacional às peculiaridades sergipanas, produzindo, assim, identidade e reconhecimento cultural.

Através da escuta musical, o direito supera a sua matriz monológica e alcança a carnavalização do discurso (WARAT, 2003), ou seja, passa a considerar discursos anteriormente silenciados. A partir disso, a democratização do direito atinge a realidade concreta, pois ele alcançará vozes e anseios antes desconsiderados, superando, portanto, as limitações impostas pelos ideais positivistas e monológicos. Além desse aspecto, a inserção da música no estudo e na prática jurídica permite a ampliação do rol de intérpretes do direito, já que aqueles que vivem a Constituição tem seus anseios silenciados. Logo, a escuta musical permite abrir a sociedade de intérpretes do direito (HABERLE, 2002), alçando o público massivo do direito que é o povo.

Em suma, os atos que permeiam a realidade jurídica, sejam eles legislativos, sejam eles interpretativos, nada mais são que meras composições. A composição não deve ser compreendida apenas em sentido estrito de criar algo completamente novo; organizar e inovar estruturas já existentes é, também, uma composição. A interpretação jurídica permite o avanço diante do ultrapassado, já que ela insere anseios sociais contemporâneos que à época da composição primária (ato legislativo) não eram pensados. Assim como um músico jamais desconsidera a reação do público à sua performance, o jurista deve, antes de tudo, ouvir as vozes sociais e, a partir disso, compor a sua performance interpretativa.

Por fim, a escuta do chorinho sergipano permite ao jurista o real conhecimento sobre a realidade de concretização de direitos culturais e como a identidade cultural peculiar dos sergipanos é efetivamente protegida e garantida pela ordem constitucional do Estado de Sergipe. Somado a isso, a inserção do chorinho no contexto jurídico permite que o jurista reflita e transforme conjunturas sociais traduzidas pelo gênero, como a participação feminina, a carência institucional de valorização de gênero e as interações socioeconômicas. O chorinho traduz, de forma simples, contextos complexos, comprovando a natureza conectiva da música, que unifica os desagregados e dar voz aos silenciados. O compositor-jurista, ao abrir sua interpretação às vozes musicais, permite a superação do dogma monológico e autoritário que permeia o direito.

I. DIREITO E MÚSICA: UMA POSSIBILIDADE DEMOCRÁTICA À MONOLOGIA JURÍDICA

Ao pensar sobre o direito e música, pode-se compreender três vertentes de reflexão e interação entre ambas as ciências: o direito da música, o direito na música e, por fim, o direito como música. O primeiro se refere as questões de direito autorais, registros artísticos e plágio. O segundo se refere de como o direito pode ser reconhecido na música, seja através da realidade social que circunda aquele gênero, seja através da denúncia e dos sentimentos trazidos na letra. Já a terceira vertente reconhece o direito como uma ciência performática, construída na interpretação e, por meio desta, a ciência jurídica se conecta à música.

Diante disso, neste estudo acerca do chorinho sergipano, será crucial a utilização conjunta do direito na música e, também, do direito como música. A partir dessa união será possível vislumbrar as questões sociais que rodeiam a cena sergipana e, ao mesmo tempo, refletir sobre a utilização das peculiaridades

sociais para construir uma nova performance musical e, posteriormente, através da escuta, construiu o jus intérprete. Afinal, como bem leciona Mônica Sette Lopes (2006, p. 18): “a palavra-chave, tanto para o direito quanto para música, é interpretação”.

Sendo assim, ao explorar a cena do choro sergipano desde o seu desenvolvimento embrionário até hoje pode-se reconhecer a integração racial e econômica gerada por este gênero. Logo, em um único gênero é possível encontrar denúncias e incômodos advindos de realidades raciais e socioeconômicas distintas, permitindo, assim, reconhecer o direito na música, através da escuta dos conflitos. Além disso, a participação feminina no choro traz à cena musical questões de gênero que permeiam todas as cenas sociais, inclusive a jurídica. Assim, ao escutar o choro, o direito reconhece conflitos e desigualdades que vão além das relações musicais.

Por conseguinte, a interpretação do choro em Sergipe enfrenta um cenário particular, concretizando o ideal gadameriano do horizonte interpretativo partilhado (SILVA, 2014), pois reúne horizontes diferentes (o choro advindo do Sudeste somado à realidade musical sergipana marcada pelo forró) e constrói uma nova maneira interpretativa a partir desse horizonte. Diante disso, o direito é analisado como música, já que, ao ampliar sua escuta até as vozes musicais, consegue atingir uma nova construção interpretativa, permitindo a integração e a diversidade no horizonte interpretativo jurídico.

1.1 REFLEXÕES ACERCA DA NATUREZA ALOGRÁFICA DO DIREITO

O direito tem toda sua realidade interpretativa marcada por duas contraposições: a de garantir segurança jurídica e a de suprimir os atrasos legislativos, através de métodos hermenêuticos, geralmente orientados por princípios. Este contexto permite o surgimento de uma realidade incerta e de aparência autoritária no Judiciário brasileiro. No entanto, a controversa entre a garantia de segurança jurídica e a correspondência social das decisões é facilmente solucionada através da compreensão da natureza alográfica do direito.

Inicialmente, cabe tratar de diferenças básicas entre as artes alográficas e as autográficas. Estas se referem àquelas que com a simples participação do autor a obra já se torna completa, a exemplo de uma pintura: espectador contribui para a compreensão da obra, mas não para a sua formação. Já aquelas exigem que haja, necessariamente, interações entre o autor e o intérprete, ou seja, através da conexão entre eles surge a arte, a exemplo da música, do teatro e do direito – a música só nasce após a interpretação do músico diante da partitura, o teatro surge após a interação entre o ator e a peça e, por fim, o direito é criado após a interação do jurista com os diplomas legais. Diante disso, bem leciona Eros Grau (2021) ao comparar à realidade interpretativa do direito ao contexto de criação da escultura da “Vênus de Milo” por diversos escultores: mesmo diante da encomenda de um só princípio básico que é a figura de Vênus de Milo, cada escultor cria, singularmente, uma Vênus de Milo única, com traços peculiares daquele escultor. Portanto, os intérpretes jurídicos, ao reconhecer sua responsabilidade hermenêutica, se afastam de autoritarismo e de inseguranças, alcançando um raciocínio interpretativo lógico e condizente com as determinações jurídicas e com a realidade social.

Em suma, a compreensão da natureza alográfica do direito permite que o jurista reconheça que a sua função prima no contexto jurídico não é dominar leis e códigos, mas interpretar. Diante disso, cabe ressaltar as lições do pensador

Eros Grau (2021, p. 38): “O texto, preceito, enunciado normativo é alográfico. Não se completa no sentido nele impresso no legislador. A completude do texto somente é realizada quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete”. A partir dessa compreensão interpretativa, o jurista permite a interação fluida entre a abstração legislativa de caráter universal e a realidade casuística de caráter particular.

Portanto, ao unir os ensinamentos hermenêuticos do direito à realidade musical, o jurista constrói sua interpretação de forma mais democrática, segura e moldada ao contexto, seja fático, seja jurídico. Na cena sergipana, como será futuramente discutido neste artigo, o chorinho se apresenta com peculiaridades interpretativas: a inserção do forró e, principalmente, a inserção destacada do bandolim na roda de choro. Ao conhecer e analisar hermeneuticamente essa cena, o jurista sergipano reconhece a fundamental importância da construção interpretativa baseada na identidade regional. Assim, ao passo que o choro reage à hermenêutica musical inserindo peculiaridades sergipanas à cena, a fim de trazer traços característicos que adaptem a universalidade do choro à realidade particular de Sergipe; cabe ao jurista construir a norma (GRAU, 2021) trazendo o sentido expressado pelo texto legislativo, unindo o ser ao dever-ser.

Por fim, compreender o direito conectando-o à música permite o amadurecimento hermenêutico do intérprete, já que a estrutura de aplicação do direito é refletida e, principalmente, repensada após à compreensão comparada com a constituição alográfica da música. A partir dessa reflexão, assim como não é da natureza do músico repetir de forma instrumental as notações da partitura, não é natural do jurista reproduzir instruções normativas. Afinal, interpretar também é compor, é unir a letra (ou a notação musical) às particularidades expressadas no contexto.

2 O CHORO: IDENTIDADES NACIONAIS E REGIONAIS

A origem do choro remete à própria natureza e à essência do povo brasileiro, este encontrou um jeito peculiar de tocar os estilos dançantes europeus, que tinham acabado de chegar ao Brasil, já no final do século XIX. Através da mescla da tradição musical já existente (o lundu e a modinha) com o estilo europeu da valsa e da polca, surgiu, assim, o choro. Inicialmente, ele era tocado na boemia popular praticada por funcionários públicos da classe média baixa brasileira (DINIZ, 2003) como forma de integração e diversão. Assim, o choro surge não como um gênero musical já formado e rígido, mas como um estilo fluido e brincalhão fruto das reuniões divertidas de músicos (não profissionais) brasileiros. Diante disso, o choro reflete a real essência da cultura musical brasileira que é marcada pela improvisação e diálogo entre os músicos da roda que, ao passo que a música rola, compõem de forma livre e espontânea.

O choro, por nascer em um contexto noturno e boêmio, tem predominantemente participação masculina, já que tais ambientes eram vistos como impróprios para mulheres. Graças a isso, os maiores nomes nacionais que se destacam no Brasil são homens e as mulheres, com inserção tardia na cena, se concentram majoritariamente no canto. No entanto, apesar de tais rótulos sociais e musicais, o talento de Chiquinha Gonzaga (GUERRA FILHO; CANTARINE; SERAU JÚNIOR, 2019) foi suficiente para romper todos os limites e ingressar no mundo da música como maestrina, compositora e instrumentista. Apesar do notável talento da primeira mulher instrumentista de notável renome na cena do choro, a adoção da profissão musicista custou-lhe muito caro, pois foi renegada pelo seu pai e pelo seu marido. Portanto, apesar de ser um gênero

improvisado, integrativo e divertido, o choro deixou por muitos anos grandes mulheres de fora da sua cena; felizmente, de acordo com o integrante da cena do choro sergipana Alexandre Azevedo (informação oral)¹¹⁴, hoje, o cenário é diverso e há, inclusive, no Brasil grupos exclusivos de mulheres que tocam e cantam choro.

2.1 CHORO EM SERGIPE

O choro em Sergipe nasce por volta de 1950 (OLIVEIRA, 2017) por influências trazidas do sul do Brasil, a partir daí músicos que já integravam bandas (marciais e fanfarras) se interessaram pelo ritmo e passaram a tocá-lo. O rádio era o meio de comunicação predominante na época, assim, a interação e os encontros com os músicos regionais começaram a acontecer através dos anúncios nas rádios locais. Após alguns anos de interações e diálogos musicais, a cidade de Aracaju já contava com alguns pontos de encontro de músicos que apreciavam o choro, como diz Ludwig Oliveira (2017, p.51):

“Em meados dos anos 70 existia o “Chorinho do Tio Carlito” [...] Em 1977 surge o “Chorinho do Bizú” criado por Hilton Lopes na Rua Mariano Salmeron, local onde por muito tempo foi localizada a Transvemasa, onde houve dois “Festivais de Chorinhos” com a participação de Regionais de várias cidades do interior do estado [...] o Chorinho do Inácio criado em 1995 continua com suas portas abertas e com uma frequência grande por parte daqueles que apreciam um bom chorinho. Está localizado no bairro Novo Paraíso.”

Assim, o choro surge em Sergipe como um incentivo de reunião e diversão dos músicos locais e alguns encontros tradicionais seguem vivos até hoje na capital do estado, Aracaju. O chorinho do Inácio permanece vivo, acontecendo mensalmente em uma das principais praças da cidade, a Fausto Cardoso. Além disso, tendo sido influenciado pelo seu pai que foi o fundador do programa ‘Domingo no Parque’ que divulgava choro nas rádios, o radialista sergipano Sérgio Thadeu, por meio do projeto ‘Choro em movimento’, incentiva a permanência da vivência musical do choro em Sergipe, trazendo grandes nomes locais para exporem seu talento no Café da Gente localizado no Museu Da Gente Sergipana¹¹⁵.

Por conseguinte, como um gênero que é bem desenvolvido em Sergipe, o chorinho reflete na sua cena alguns contextos sociais que traduzem as incongruências da realidade sergipana. A participação feminina acompanha o cenário tradicional do Brasil sendo, portanto, tímida e concentrada no canto. Infelizmente, esse cenário permanece até hoje, refletindo a realidade conservadora da sociedade sergipana. Inclusive, o etnomusicólogo Alexandre

¹¹⁴ Entrevista realizada pela autora em 2020, através da plataforma Zoom. Transcrição da entrevista disponível em: https://drive.google.com/file/d/18WtNL29msBTQsBB6gbRuN1BVV2Y9c_M-/view?usp=sharing

¹¹⁵ É o primeiro museu multimídia interativo do Norte e Nordeste, ele é totalmente voltado a expor o acervo do patrimônio material e imaterial do estado de Sergipe. Mais informações: <http://www.museudagentesergipana.com.br/>

Azevedo (informação oral)¹¹⁶ afirmou que apenas conheceu uma única mulher instrumentista na cena do choro em Aracaju, a flautista Érica Rodrigues, todas as outras participações se concentravam no canto. Além disso, o cenário do choro foi, por muitos anos, rodeado pelo preconceito, pois muitos músicos não encaravam o ambiente do choro como sério, reconheciam a cena apenas como um contexto boêmio em que músicos amadores se distraíram após um longo dia de trabalho.

Outro aspecto interessante que permeia a realidade do choro em Sergipe é a inserção de elementos do forró e o destaque incomum dado ao bandolim em uma roda de choro (AZEVEDO, 2017). O primeiro aspecto deve-se ao fato de muitos músicos não conseguirem se sustentar com a prática exclusiva do choro, assim, eles se adaptavam ao calendário anual, tocando frevo, marchinhas e forró ao longo do ano, por isso, alguns estilos acabaram sendo incorporados ao tocar do choro em Sergipe. Já o destaque do bandolim deve-se à presença de grandes bandolinistas no estado, portanto, criou-se uma forte tradição da presença dos bandolins na roda de choro. A partir disso, percebe-se que, tendo em vista às peculiaridades locais, o chorinho sergipano cria a sua própria identidade, unindo a base de herança nacional às peculiaridades locais. Assim, o choro em Sergipe representa a real fusão de horizontes (ROHDEN, 2012), já que se utiliza da fusão entre as diversas expressões e peculiaridades musicais sergipanas com o choro, a fim de produzir um novo horizonte musical para um povo específico, gerando o sentimento de identidade.

Porém, apesar de notória importância sociocultural do choro em Sergipe, não há notória valorização institucional em relação ao gênero. Como bem tratado por Alexandre Azevedo (informação oral)¹¹⁷, há uma carência institucional de valorização do choro, pois não há cursos de especialização musical em relação ao choro e, além disso, não há concentração acadêmica no desenvolvimento histórico e musical do choro. Assim, percebe-se que a realidade cultural do choro tende a ser limitada, já que não há o processo de continuidade em relação a estudos e à prática musical.

Portanto, é evidente a íntima relação existente a expressão artística e realidade social. A música e toda a cena que a envolve traduz sentimentos, incongruências e críticas sociais que jamais seriam consideradas se desvinculadas à conexão artística. Logo, o direito, ao escutar o chorinho, escuta o povo sergipano e suas peculiaridades.

3 DA ESCUTA PLURAL À CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS CULTURAIS

O direito, ao escutar as vozes musicais, permite a concretização do Sociedade Aberta de Intérpretes (HABERLE, 2002), pois insere no contexto jurídico aqueles que realmente vivem o direito e, por meio da expressão musical, traduzem o sentimento em relação à concretização dos direitos garantidos por ordens constitucionais. Assim, a percepção do outro a fim de concretizar a harmonia é fruto de um processo de escuta, porém a escuta (audiência) judicial reflete traços de um sistema hermético e permeado pelo poder e, a partir da sua

¹¹⁶ Entrevista realizada pela autora em 2020, através da plataforma Zoom. Transcrição da entrevista disponível em: https://drive.google.com/file/d/18WtNL29msBTQsBB6gbRuN1BVV2Y9c_M-/view?usp=sharing

¹¹⁷ Entrevista realizada pela autora em 2020, através da plataforma Zoom. Transcrição da entrevista disponível em: https://drive.google.com/file/d/18WtNL29msBTQsBB6gbRuN1BVV2Y9c_M-/view?usp=sharing

associação à música, as relações jurídicas adotarão o viés integrador, pois o ouvir musical não segrega, apenas agrega.

Portanto, ao unir-se hermeneuticamente à música, o direito supera a sua natureza autoritária e monológica, já que a vivência musical é marcada pela união de vozes e pela escuta democrática. Diante disso, o direito, ao reconhecer que a sua escuta e a sua prática devem ser democráticas, amplia seu rol de intérpretes e alcança aqueles que realmente vivem a Constituição: o povo.

Tendo isso em vista, cabe aos juristas compreender o direito, não só como ditames normativos, mas também como reflexo da sociedade, ou seja, como uma produção sociocultural. Assim, a música serve como mediadora entre o social e o jurídico, otimizando a atuação e a compreensão das normas jurídicas, como defendido por Peter Haberle (2002, p. 195): “Cuando esté cercano un texto constitucional a la literatura o a la música, entonces, se podrán estudiar óptimamente sus preâmbulos”.

A cultura, de forma análoga à formação orgânica humana, constitui o DNA antropológico de um povo, ou seja, ela permite a identificação singular de cada povo por meio das suas manifestações culturais particulares. Tal importância é comprovada internacional e normativamente pela previsão no artigo 27 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que protege a livre expressão cultural como fundamento à construção humana de um povo, diz a DUDH:

“Artigo XXVII: 1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios .2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”¹¹⁸

Tendo sido evidenciada a proporção internacional da importância da garantia dos direitos culturais como direitos humanos fundamentais, coube à Constituição Federal (CF) de 1988 seguir a lógica protetiva e normatizar alguns dispositivos dedicados à cultura. Portanto, ao tratar sobre a distribuição de competências comuns à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (Art. 23, CF), o texto constitucional prevê nos incisos IV e V, que os entes federativos devem impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural e, também, devem proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação. Além disso, a CF traz uma Seção (Art. 215, 216 e 216-A) dentro do Título ‘da Ordem Social’ que se dedica exclusivamente à garantia da produção cultural.

Por conseguinte, analisando em aspectos normativos mais regionais, a Constituição do Estado de Sergipe garante a memória cultural dos sergipanos de forma muito mais eficiente, pois o texto constitucional sergipano (Art. 225, I) garante de forma mais especial a proteção às manifestações artísticas fundamentais da sociedade sergipana. Essa previsão mais específica expõe o conhecimento de legislador sergipano sobre a realidade cultural do estado marcada pela diversidade. Assim, acontece a ampliação do leque de atores constitucionais, já que a previsão protecionista internacional é adaptada à

¹¹⁸ Texto disponível: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 19 de junho de 2020.

conjuntura regional, ampliando horizonte de proteção, tendo como ponto de partida a tradição.

Partindo do pressuposto do incentivo cultural como fundamental, o chorinho sergipano deve receber uma especial atenção, tendo em vista seu destaque tradicional em Sergipe. Diante desse cenário, grandes músicos se desenvolveram na cena do choro no estado e, com o tempo, incorporaram características peculiares ao modo de tocar o choro como reflexo do contexto socioeconômico e cultural que os sergipanos estavam inseridos. Logo, o chorinho, por meio da incorporação de traços da música nordestina e do uso diferenciado do bandolim, adquire uma identidade sergipana, espelhando, portanto, uma nova tradição cultural. Assim, o choro sergipano permite a fusão de horizontes através da sua linguagem, pois adapta o choro nacional à realidade regional por meio da inserção de estilos antes inimaginados, fazendo surgir um novo horizonte marcado pela tradição cultural condicionada à realidade de Sergipe.

Diante disso, é fundamental a compreensão da necessidade de integrar o direito a outras expressões artísticas. Afinal, a integração constrói um novo direito democrático e rico culturalmente. Assim, o direito poderá ser estudado, criado e trabalhado com mais humanidade, apesar das suas raízes autoritárias e monológicas.

4 CONCLUSÕES

A música é uma linguagem e assim como toda linguagem o faz, ela traduz, por meio de signos musicais, pensamentos, situações, angústias e contextos sociais ou políticos. Portanto, o Direito, ao unir-se hermeneuticamente à música, otimiza o cenário jurídico, já que, por meio da música, o jurista tem acesso à escuta que permeia a sociedade, trazendo-a aos tribunais e à academia. A partir disso, o chorinho sergipano é uma escuta necessária ao jurista sergipano, a fim de reconhecer a tradição cultural regional em suas peculiaridades e, por conseguinte, pensar a concretização dos direitos culturais através da ótica daqueles que vivem a realidade cultural de Sergipe de forma constante e efetiva.

Sendo assim, a música, como qualquer expressão artística, supera as limitações físico-temporais e traz situações outrora vivenciadas à realidade contemporânea; logo, a arte nos permite vivenciar o passado, conectando-o ao presente, sem viajar no tempo, como diz Gadamer (2020, p.150):

“Nossa vida diária é um constante caminhar através da simultaneidade entra passado e futuro. [...] A memória e a lembrança que acolhe em si a arte passada e a tradição da nossa arte, assim como ousadia da nova experimentação com formas inauditas e avessas aos processos de formação, mostram-se como a mesma atividade do espírito. Precisamos nos perguntar o que se segue desta unidade entre aquilo que foi e aquilo que é hoje”.

Diante disso, o direito, através da conexão hermenêutico-artística, tem acesso às tradições culturais que circundam e constroem o indivíduo sergipano e, a partir disso, conhece de forma mais íntima o contexto cultural, otimizando, portanto, a interpretação e a aplicação jurídica.

Por conseguinte, reconhecer a Constituição como um diploma jurídico que possui íntima relação com a cultura e com os anseios sociais, é um largo passo

na caminhada da justiça social. Tendo isso em vista, a garantia dos direitos culturais nos textos constitucionais, seja estadual, seja federal, reflete a importância desse pilar fundamental da construção identitária de um povo: a cultura. Assim, a Constituição conecta o povo às suas tradições mais profundas e garante a esperançosa preservação cultural, assim como afirma Peter Haberle (2002, p. 194): “[La Constitución] es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas.”

Por fim, a riqueza musical do chorinho sergipano deve ser reconhecida como pilar fundamental na construção da cultura regional e os aplicadores e atores dos textos normativos, ao escutar as vozes advindas das manifestações musicais que nascem de contextos sociais marcados por diversas relações interacionais, seja entre diferentes classes, seja entre diferentes etnias, reconhecem o real campo de aplicação do direito, ou seja, o direito que acontece nas ruas. A partir disso, o cenário jurídico se desvincula das relações de poderes e alcança o espectro da humanidade e da justiça.

REFERÊNCIAS

ALVES, Míriam Coutinho de Faria. A dimensão do tempo de música e o sentido hermenêutico da improvisação. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; CERQUEIRA, Nelson; DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. **Temas avançados de Direito e Arte**. Porto Alegre, Lex Magister, 2015.

AQUINO, Felipe Avellar de. **Práticas interpretativas e a Pesquisa em Música: dilemas e propostas**. **OPUS**, [s.l.], v. 9, p. 103-112, dez. 2003. ISSN 15177017. Disponível em: <https://anppom.com.br/revista/index.php/opus/article/view/90>. Acesso em: 3 de novembro de 2019.

ARAGÃO, Leonardo Santos de. Direito e música: uma interpretação. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; CERQUEIRA, Nelson; DOS SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça. **Temas avançados de Direito e Arte**. Porto Alegre, Lex Magister, 2015.

AZEVEDO, Alexandre Santos de. **A cena atual do choro em Aracaju: discursos e identidades**. Salvador, 2017. 202 p. Dissertação (Mestrado em Música) Universidade Federal da Bahia. Escola de música, 2017.

BALKIN, Jack. M; LEVINSON, Stanford. **Law, music and other performing arts**. 139 *University of Pennsylvania Law Review* 1597, 1991. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol139/iss6/4. Acesso em: 2 de janeiro de 2020.

BARRETO, Tobias. **Estudos alemães**. Brasília, Editora gráfica alvorada, 1978.

BEZERRA, Daniela Moura. **“Puxo o cavaquinho pra cantar de galo”**: conflito e solidariedade no circuito do choro de Aracaju. 2011. 111 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Núcleo de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais da Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2011.

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

BRASILEIRINHO. Direção: Mika Kaurismäki. Produção: Marco Forster, Bruno Stropiana e Mika Kaurismäki. Roteiro: Marco Forster e Mika Kaurismäki. Direção musical: Marcello Gonçalves. Rio de Janeiro: Marco Forster Productions, Studio Uno Produções Artísticas e Marianna Films, 2005. 1 DVD (89 min), widescreen, color.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra, Livraria Almedina, 2003.

COPLAND, Aaron. **Como Ouvir e Entender Música. Rio de Janeiro, Editora Artenova, 1974.**

CUNHA Filho, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DINIZ, André. **Almanaque do choro: A história do chorinho, o que ouvir, o que ler, onde curtir.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003. 106 p.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. MOSES UND ARON: MÚSICA E LIBRETO DE ARNOLD SCHOENBERG. In: FORTES, Pedro Rubim Borges (Org.). **Direito, cultura POP e cultura clássica.** Rio de Janeiro: FGV DIREITO RIO, 2015. p. 195 – 200.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte.** Seleção e Tradução de Marco Antonio Casanova. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Petrópolis, Vozes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: Complementos e índices.** Petrópolis, Vozes, 2002.

GRANT, Carolina. Direito, gênero e arte: a música popular brasileira como instrumento de reflexão acerca das categorias de gênero presentes no direito – para continuar o debate. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI / UNINOVE,** São Paulo – SP, 2013, p. 240 – 267.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo de Juízes (a interpretação/aplicação do direito e princípios) - 10° edição.** São Paulo, Malheiros, 2021.

GUERRA FILHO, Willis; CANTARINE, Paola; SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio. **Direito e música brasileira.** Lumen juris, Rio de Janeiro, 2019.

HÄBERLE, Peter. La Constitución como cultura. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional,** n. 6, p. 177-198, 2002.

HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição.** Porto Alegre, SA Fabris Editor, 2002.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre, Fabris, 1991.

JANOTTI JR, Jeder S. Gêneros musicais, performance, afeto e ritmo: uma proposta de análise midiática da música popular massiva. **Contemporânea**, Salvador, v. 2, n. 2, dezembro, 2004

LOPES, Mônica Sette. **Música e direito: uma metáfora**. LTr Editora, São Paulo, 2006.

OLIVEIRA, Ludwig. A origem do chorinho e a chegada em Sergipe. **Cumbuca**, Aracaju, n. 14, p. 48 – 51, jun 2017.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!. **Natureza humana**, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012.

SERGIPE. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Sergipe**. Aracaju, SE: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, 9º edição, 2019.

SEKEFF, Maria de Lourdes. Características psicológicas da música. In: SEKEFF, Maria de Lourdes; ZAMPRONHA, Edson s. **Arte e cultura III: Estudos transdisciplinares**. São Paulo, Annablume, 2004

SILVA, Luciano Cesar Moraes. **Interpretação musical como hermenêutica da música: um ensaio sobre performance**. São Paulo, 2014, 177 p. Tese (Doutorado em Música). Universidade de São Paulo, 2014.

WARAT, Luiz Alberto. Introdução geral ao Direito II. **A teoria crítica do Direito e das condições de possibilidade da ciência jurídica**. Porto Alegre, 1995.

ZAMPRONHA, Edson S. A construção do sentido musical. In: SEKEFF, Maria de Lourdes; ZAMPRONHA, Edson s. **Arte e cultura III: Estudos transdisciplinares**. São Paulo, Annablume, 2004

Monitoramento de Informações e Violação dos Direitos Fundamentais de Privacidade e Liberdade de Expressão

Marina Gabriela Menezes Santiago*

Resumo

1 Introdução

Há direitos que compõem o rol dito essencial à Humanidade. Os direitos à vida, à liberdade e à privacidade são os mais clássicos destes, consagrados à promoção da dignidade da pessoa humana. Tais direitos funcionam como verdadeiras balizas de limite ao arbítrio do Estado e também de instituições privadas, no trato com a sociedade e seus indivíduos.

A referência moderna de privacidade em âmbito internacional relaciona-se com o disposto no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que protege especificamente a privacidade territorial e de comunicações, de acordo com o qual ninguém deve ser submetido a interferências arbitrárias em sua privacidade, família, casa ou correspondência, nem a ataques à sua honra ou reputação.

Numerosos acordos internacionais de direitos humanos laboram especificamente para proteção da privacidade como um direito. Assim se vê no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), na Convenção das Nações Unidas sobre Trabalhadores Migrantes e na Convenção das Nações Unidas sobre a Proteção da Criança, que adotam proteções decorrentes da proteção geral inserta na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Para fins do presente artigo, a privacidade deve ser compreendida como um dos Direitos Humanos Fundamentais.

Isto é relevante porque os Direitos Fundamentais obrigam não apenas os Estados, que devem garantir e respeitar tais direitos, mas também obrigam pessoas privadas, corporações transnacionais e outros grupos não-governamentais, que passam a se sujeitar a medidas legais, judiciais e administrativas do Estado para prevenir, impedir ou reprimir suas violações.

Nesse sentido, convém destacar que a privacidade é um direito humano fundamental, reconhecido na declaração de direitos humanos da ONU, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e em muitos tratados internacionais e regionais.

No âmbito dos direitos internos – e reproduzindo o que se verifica nos documentos de Direito Internacional, por força de acordos de reconhecimento – vários países reconhecem o direito à privacidade em suas Constituições ou, ao menos, atribuem àqueles documentos força de lei. Assim é que, ao redor do Globo, são numerosas previsões elementares acerca da inviolabilidade da residência e do sigilo das comunicações.

A privacidade é, portanto, um dos pilares de sustentação da dignidade da pessoa humana e de outros direitos essenciais, como as liberdades de associação e de expressão, tendo se convertido em um dos direitos mais importantes da modernidade – é um direito de importância crescente, de conteúdo diverso e complexo.

O objetivo do presente trabalho concentra-se em expor como a violação à privacidade conduz à violação indireta de outros direitos igualmente

* Bacharel em Direito- UFS / DDI.

fundamentais, especialmente o exercício das liberdades individuais. A demonstração atravessa o uso das ferramentas tecnológicas à disposição de governos, de corporações privadas e dos indivíduos. Crescentemente inevitáveis, posto que facilitam e agilizam diversas atividades humanas, tais ferramentas encerram em si incontáveis possibilidades de uso direcionado à violação da privacidade e, por consequência, das liberdades individuais.

2 Conceito de Direito à Privacidade. Escorço Histórico

A partir da década de 1970, os países começaram a formular leis para proteção da privacidade individual e, até hoje ao redor do mundo, há um movimento pela adoção de leis abrangentes que sirvam como uma moldura de proteção à privacidade.

A definição e limitação do conceito de privacidade é uma das mais difíceis de se obter – especialmente quando comparado a outros do rol dos Direitos Humanos Fundamentais. Tal como os demais Direitos, tem suas origens e raízes fincadas na História da Humanidade e seu conteúdo e abrangência variam de acordo com a posição temporal e geográfica em que considerados.

Uma das melhores fontes do Direito à Privacidade possivelmente remonta a 1361, quando editada a Lei de Justiça da Paz na Inglaterra, que previa a prisão de bisbilhoteiros. E vários países estabeleceram proteções específicas ao Direito à Privacidade, com a mesma tônica de proteção à vida íntima dos seus cidadãos, nos séculos que se seguiram.

Durante muito tempo, a privacidade fora compreendida como o “direito de ser deixado só”, isto é, um manto protetivo da curiosidade de terceiros, uma espécie de direito geral de imunidade.

Mas a maioria das definições atreladas à intimidade não se revela suficiente. Atualmente, a propósito, muito do conceito de intimidade cedeu espaço aos conceitos de Proteção de Dados, relacionando a privacidade com o gerenciamento das informações pessoais através do estabelecimento de limites para que Governos, Corporações e a sociedade de maneira geral não se intrometa nos negócios de uma pessoa.

No entanto, como se verá adiante, o avanço exponencial da tecnologia e a demanda cada vez maior por facilidades virtuais têm dificultado sobremaneira o estabelecimento de tais limites.

Os limites que definiam a privacidade, historicamente, sempre estiveram relacionados a noções de espaços físicos – não por acaso, frequentemente associado ao conceito de propriedade. De maneira geral, aquilo que fosse mantido a “portas fechadas” seria considerado privado, ao passo que, fora do seu espaço de propriedade, o comportamento do ser humano passava a ser de interesse social.

Obviamente que os limites físicos da intimidade não eram suficientes à proteção da privacidade e o conceito sofreu diversas alterações ao longo do tempo, pois com o avanço das relações sociais, cada vez mais dependentes de interação, perdeu muito do seu valor prático, dado que cada vez menos o ser humano vive isolado.

O conceito, então, evoluiu para que fossem propostas camadas de proteção de interferências externas, de acordo com o que o indivíduo julga merecedor ou não de ser compartilhado publicamente – assim, o direito à privacidade passou a se constituir em uma garantia de controle do indivíduo sobre suas informações.

No entanto, na velocidade atual de produção de informação – em que até um toque na tela de um celular produz uma informação relevante em algum aspecto – é difícil que o indivíduo tenha controle de toda a informação que produz. Mais: é impossível que o indivíduo tenha consciência de toda a informação que produz e qual a relevância de cada uma.

Exatamente em função da diversidade de meios de produção de conteúdo de informação, é provável que o indivíduo subestime um tipo de informação em detrimento de outra. Não é esperado e nem desejável que todos sejam capazes de classificar adequadamente cada informação que produzem, indicando se deve permanecer privada ou pública porque, muitas vezes, sequer é possível saber que aquele fragmento de informação possa ter alguma utilidade.

Até porque, há informações que isoladamente consideradas são de pouca ou nenhuma utilidade – no entanto, se combinadas com outras informações ou com informações de mesmo teor em relação a um grupo de indivíduos do mesmo grupo social podem produzir um conteúdo relevante.

A despeito de tais considerações, vê-se que atualmente são estabelecidas “categorias de privacidade”, como a privacidade das informações, que abrange a proteção ao tratamento de dados pessoais; a privacidade corporal, que pertine à mobilidade e à integridade física da pessoa; a privacidade de comunicações, que se debruça sobre a segurança do correio, telefones, e-mails e toda sorte possível de comunicação entre seres humanos e; privacidade territorial, que é o estabelecimento de limites em relação à intromissão do ambiente doméstico de outrem.

Contudo, a falta de uma única definição que seja precisa e objetiva e possa ser mantida ao longo do tempo não significa que o direito à privacidade careça de importância. Ao revés: seu aspecto multifacetado conduz à inexorável conclusão de que todos os direitos humanos são aspectos do direito à privacidade.

Nesse sentido, convém estabelecer que o conteúdo de privacidade e liberdade estão intimamente ligados entre si, posto que, ainda que adotados os conceitos mais rudimentares, a privacidade é a métrica de mensuração do quanto a liberdade de um pode atingir a de outrem – e vice-versa. A liberdade, portanto, não é a mera expressão do uso e disposição do corpo físico ou a mera liberdade de ir e vir, mas também e sobretudo, o quanto um pode se imiscuir na liberdade do outro, a tal ponto de lhe afetar outros atributos de dignidade tão importantes, como a violação da intimidade, da privacidade e da liberdade de expressão.

O direito à liberdade atravessa considerações filosóficas, mas se relaciona com o exercício, pelo indivíduo, das faculdades de escolher, sem qualquer espécie de restrição, fazer ou deixar de fazer algo de acordo com sua autodeterminação, de acordo com seus critérios íntimos e exclusivos. Nessas bases estão estabelecidas as liberdades de pensamento e de expressão, sob as mais diversas formas, compreendidos os direitos de falar, de ler, de escrever, de informar e buscar informação, de opinar e de criticar.

Obviamente, no exercício pleno de sua liberdade, pode o indivíduo optar por não expor suas opiniões e pensamentos, tenham sido eles externados sob qualquer forma – e a ferramenta para tal é a invocação do direito à privacidade. Liberdade e Privacidade são, então, as barreiras intransponíveis da intimidade de cada pessoa. É o piso sobre o qual caminham os demais direitos que conduzem o ser humano a uma dignidade plena.

Talvez em função da necessária proteção à intimidade é que o conteúdo do que é considerado privacidade se alterou de acordo com o momento histórico e cultural da sociedade. É possível afirmar que apenas com a ascensão do cristianismo a dimensão psíquica do ser humano passou a ser considerada como valor – já que o homem é a imagem e a semelhança de Deus. A dignidade do ser humano, portanto, passa a ser intimamente associada à sua identidade e ao seu comportamento, devendo ser garantido afirmar-se e desenvolver-se como bem entender.

3 Narrativa acerca das situações atuais que comprometem o direito à privacidade

A primeira lei de proteção de dados do mundo foi promulgada na Alemanha, em 1970, seguida pela legislação da Suécia (1973), dos Estados Unidos (1974) e da França (1978).

Os documentos são dignos de nota histórica porque as regras neles contidas passaram a formar o núcleo das leis de proteção de dados de dezenas de países – e, como já mencionado, essas legislações produziram efeitos ao redor do mundo, sendo certo que as linhas gerais de proteção estabelecidas em tais documentos são amplamente utilizadas por legislações nacionais, mesmo fora da Europa, por força das relações comerciais mantidas entre os países daquele continente e que demandam uma uniformização da legislação.

A maior parte das legislações atuais para proteção da privacidade, como mencionado anteriormente, possuem como escopo principal de dados e, de maneira geral, decorrem dos modelos criados pela Organização para Cooperação Econômica da Europa (Organization for Economic Cooperation and Development and the Council of Europe – OEEC).

Em 1995, essa Organização, verificando a existência de lacunas nas ferramentas de proteção e, principalmente, verificando substanciais variações no nível de proteção garantido por cada um dos seus Estados-membros, tratou de criar uma diretiva denominada “*Protection of Individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data*”, voltada para a Europa, a fim de que seus Estados aprovassem legislações complementares para proporcionar uma proteção ampla e efetiva aos cidadãos.

A partir de tais legislações, surgiram dois instrumentos internacionais essenciais à compreensão do tratamento atual que se dá à privacidade: a “Convenção do Conselho da Europa de 1981 para a Proteção de Indivíduos com Relação ao Processamento Automático de Dados Pessoais” e as “Diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico que Governam a Proteção da Privacidade e Fluxos de Dados Transfronteiriços de Dados Pessoais” que estabeleceram regras mais direcionadas ao específico tratamento de dados eletrônicos.

Tal Diretiva impôs, ainda, aos Estados membros, a obrigação de garantir que as informações pessoais relativas aos cidadãos europeus estivessem protegidas por legislação específica nesse sentido, quando exportadas e processadas em países fora da Europa. Essa exigência resultou em uma pressão crescente fora da Europa para a aprovação de leis de privacidade e eis como a Diretiva, inicialmente criada para uniformizar a proteção na Europa, irradiou-se como parâmetro para o mundo.

A partir de então, vários países editaram leis de proteção de dados ou privacidade de informações, para garantir que as leis locais sejam compatíveis com as leis europeias, no intuito de garantir que o comércio não seja afetado

pelos requisitos específicos daquelas legislações. E, quando se menciona acerca do comércio, deve ser compreendido que não se trata apenas do comércio em larga escala, mas também o comércio eletrônico acessível aos cidadãos comuns, dado que os consumidores tendem a se sentir desconfortáveis com o envio de suas informações pessoais para outras partes do mundo.

Portanto, não é demais afirmar que, a despeito das especificidades regionais, o cerne da proteção da privacidade deriva daquele modelo Europeu – por ter sido o primeiro a ser implantado com êxito – e como parte de uma ação que tem por escopo facilitar o comércio, inclusive o eletrônico, com o estabelecimento de regras uniformes.

No entanto, mesmo com a adoção de leis e com os esforços para uniformização do tratamento da privacidade em todas as partes do Globo, as violações continuam sendo objeto de preocupação. A participação de uma nação na economia digital global deve reconhecer a necessidade de envidar esforços para garantir a proteção da privacidade.

Isso porque, frequentemente, a elaboração das leis não acompanha a evolução tecnológica, proporcionando a existência de lacunas que favorecem a prática de violações. Assim, nessa seara, o processo legislativo deve ser voltado para o futuro. No mais, se não há supervisão, fiscalização e punição adequadas, a mera existência de uma lei não tem o condão de oferecer proteção esperada.

Tem sido possível verificar a ocorrência de violações generalizadas, ou seu potencial, mesmo em países de regime democrático consolidado. As violações partem tanto do Estado, que armazena quantidade considerável de informações dos seus cidadãos na prestação dos serviços públicos, quanto das empresas privadas que, em geral, coletam e combinam dados para promover seus negócios e realizar ações de *marketing*.

A tecnologia da informação é um ramo do conhecimento humano que tem experimentado crescimentos exponenciais e sofisticados. São infindáveis, atualmente, as possibilidades e o potencial de coleta, análise, combinação, armazenamento e disseminação de informações sobre os indivíduos.

O uso das novas aplicações que visam promover e facilitar o uso de recursos de comunicação entre as pessoas, transportes, compras e transferências financeiras aumentaram sobremaneira a quantidade de informação que pode ser gerada por cada indivíduo.

Os telefones celulares dispõem de inúmeros recursos que geram algum tipo de informação com alguns toques e algumas mudanças de tela. Não bastasse isso, esses mesmos telefones, assim como os computadores e demais dispositivos de uso pessoal (celulares, *tablets*, relógios etc) passaram a estar ligados entre si por redes de alta velocidade, cada um com seus sistemas próprios de processamento de informações, que criam verdadeiros dossiês históricos e abrangentes de vários aspectos da vida de qualquer pessoa.

Há, também, uma crescente eliminação das barreiras tecnológicas de compartilhamento de informações entre sistemas, que passaram a ser capazes de trocar dados e informações entre si, de maneira mútua. Além disso, essas informações assumem diversas formas de expressão, sendo certo que a informação colhida de uma forma é facilmente traduzida para outros formatos.

E esse fluxo de informações é globalizado – afirmação que deve ser entendida como relativa à ausência de barreiras geográficas que limitem o fluxo de transmissão. Diz-se isso porque, frequentemente, as informações coletadas

por uma aplicação são armazenadas e tratadas por empresas sediadas em um país completamente distinto daquele onde localizado o indivíduo que gerou a informação.

Boa parte dessas informações são consolidadas por entes governamentais e por empresas privadas, como pré-requisito do serviço que estão a disponibilizar. Tal circunstância, deveras atrativa em um primeiro momento, dado que permite personalizar e individualizar a experiência de cada um é, na verdade, um dos maiores vetores de violação da privacidade. Não é demasiado afirmar, portanto, que o potencial de invasão de privacidade aumenta proporcionalmente em relação ao avanço e disseminação das ferramentas tecnológicas.

Adicione-se ao cenário o fato de que a grande parte dessa tecnologia é produzida por um pequeno número de países e está sendo exportada para países em desenvolvimento que ainda não dispõem de proteções adequadas e efetivas. Atualmente, há poucas barreiras ao comércio de tecnologias. O comércio de transferência de tecnologia é agora um aspecto lucrativo das relações entre as nações.

Não por acaso, portanto, a preocupação com violações de privacidade vem sendo apontada como uma das maiores preocupações das pessoas – mais do que em qualquer outro momento histórico.

Governos e cidadãos podem se beneficiar da revolução tecnológica que está sendo implementada pelos setores público e privado, pois a consolidação e o cruzamento de informações podem agilizar e simplificar transações que outrora se revelavam muito complexas. Os serviços públicos tendem a ser mais eficientes com o domínio de informações básicas dos seus cidadãos e as corporações privadas podem oferecer aos seus usuários experiências direcionadas, altamente personalizadas aos seus interesses.

Mas, qual o limite da facilitação de processos promovida pela tecnologia? O problema envolve várias questões e poucas soluções.

A primeira solução apontada relaciona-se com a obtenção do consentimento, transferindo ao indivíduo a opção de compartilhar ou não as informações geradas. Mas, como já comentado anteriormente, é possível que o indivíduo subestime uma informação em detrimento da outra, por não ter conhecimento adequado da relevância da informação. No mais, há uma sensação generalizada de que o consentimento do indivíduo em relação à invasão de sua privacidade seja absoluto. Isso tem permitido que aqueles que obtêm o consentimento atuem da maneira como entender conveniente em relação à autorização obtida, tratando as informações de acordo com seus interesses.

Senão, vejamos, partindo-se das permissões que são concedidas para uso de um determinado aplicativo de *smartphone* – consentimento sem o qual é impossível o uso da aplicação. Esse consentimento, pernicioso em sua origem, porque quase que forçosamente obtido em razão da necessidade de uso, não se limita ao uso que as corporações fazem para melhor estruturação de seus negócios.

Essas mesmas ferramentas têm funcionado no mundo virtual como os sistemas de vigilância por vídeo no mundo físico, auxiliando no monitoramento de indivíduos e grupos para prevenção de atividades perniciosas e promoção eficiente da segurança pública. São numerosos os exemplos em que as redes

sociais, por exemplo, podem emitir alertas de catástrofes ou de prática de atividades criminosas, como o terrorismo.

No entanto, a mesma tecnologia pode ser direcionada para rastrear as atividades de dissidentes e oponentes políticos, de jornalistas, de líderes de movimentos sociais, sindicais ou estudantis, para citar algumas situações.

O indivíduo, em seus mais distintos acessos, poderá se valer de uma ampla variedade de programas e sistemas – no entanto, em se tratando de ferramentas desenvolvidas por instituições privadas e de uso diluído entre os usuários, não é possível afirmar com precisão acerca da segurança e confiabilidade desses sistemas e nem qual o limite de uso e tratamento das informações coletadas, sendo certo, portanto, que as ferramentas tecnológicas não podem prescindir de medidas jurídicas protetivas para além do consentimento do indivíduo. A autorização individual não é a melhor das balizas para promover a proteção da privacidade, porque não é absoluto e nem irrestrito e nem tudo se justifica pelo consentimento.

Isso porque, assim como um monitoramento por câmeras no mundo físico, a ideia de potencial monitoramento das atividades no mundo virtual produz um efeito inibidor para a exposição de visões divergentes a uma determinada opinião dominante, pelo que muitos passarão a optar por não exercer os direitos de livre expressão e de protesto democrático. O desenvolvimento tecnológico, portanto, passa ser inimigo da forma democrática de organização social.

A aceitação da mitigação da privacidade, então, acaba por conduzir ao cerceamento da fruição plena da liberdade. A intersecção entre os direitos faz a proteção destes sucumbir ante a automatização do consentimento.

As pessoas devem dispor, em plenitude, do direito de se expressar em diversas formas e usando os diversos meios disponíveis – sejam *online* ou *offline*. O direito à livre expressão, assim como todos os outros direitos humanos, pertence a todos e não pode estar condicionada à nacionalidade, gênero, origem étnica ou social, religião, língua, opinião política, idade, orientação sexual ou qualquer estado que possa ensejar a discriminação do conteúdo produzido.

A privacidade e a liberdade de expressão, assim, andam paralelamente para que as pessoas não apenas se expressem, mas possam buscar informação e compartilhar ideias na internet em ferramentas de busca, fóruns de discussão e redes sociais. As restrições ao exercício de tais direitos devem decorrer de lei prévia. No mais, os Estados devem respeitar, proteger e incrementar a proteção aos direitos de privacidade e expressão, como se verá adiante.

Como já mencionado, a atenção em relação ao direito à privacidade aumentou nas décadas de 1960 e 1970 com o advento da tecnologia da informação (TI). O potencial de vigilância de poderosos sistemas de computador gerou demandas por regras específicas que governam a coleta e o manuseio de informações pessoais.

Tais regras gerais – que são objeto de repetição por legislações espalhadas pelo mundo – descrevem as informações pessoais como dados que são protegidos desde a coleta até o armazenamento e disseminação, atravessando o direito das pessoas de acessar e alterar seus dados. No entanto, o controle que é teoricamente estabelecido pelos regimes legais dos países não impede a ocorrência de abusos.

Assim, partindo das premissas de que o consentimento não pode ser o único limite à invasão da privacidade e que o conteúdo desta possui um núcleo invariável do qual decorrem todos os dispositivos voltados à proteção da

privacidade, os limites devem ser múltiplos: a informação deve ser obtida de forma justa e legal, utilizada apenas para o propósito especificado, devendo ser adequada, relevante e não excessiva ao propósito e destruída após seu uso ser concluído.

Deve ser garantido ao indivíduo o direito de saber a origem dos dados, o direito à retificação de dados incorretos ou incompletos, o direito de defesa em caso de tratamento ilegal e o direito de expressar a autorização de utilização de dados.

Ao redor do mundo, os governos e corporações têm monitorado as comunicações e o comportamento das pessoas de maneira indiscriminada – e é certo que todos têm alguma consciência dos diversos poderes de monitoração aos quais se está submetido e a ampla maioria não possui razões concretas para temer punições de autoridades por seu comportamento em ambiente virtual.

No entanto, é cediço que o monitoramento potencial de comportamento promove a prática de autocensura: as pessoas tendem a deixar de se expressar e deliberadamente deixam de buscar informações sobre determinados assuntos, por temer incidir em um comportamento que gere consequências. Assim é que o monitoramento massivo deve ser encarado como uma forma de censura, dado que encoraja, individualmente, a prática da autocensura.

E esta é a razão pela qual privacidade e liberdade de expressão conectam-se entre si: a partir do momento em que o indivíduo se percebe sob monitoramento, ele tende a se expressar com cautelas, tolhendo sua própria expressão. Ao revés, quando o indivíduo sabe que a privacidade está garantida, tende a se sentir mais livre para se expressar.

4 2018: O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos decidiu que as leis do Reino Unido que permitem a vigilância em massa violam os direitos à privacidade e à liberdade de expressão.

O caso foi promovido pela Anistia Internacional, Liberty, Privacy International e 11 outros grupos de direitos humanos e jornalismo baseados na Europa, África, Ásia e Américas, em 2013, após as revelações de Edward Snowden de que o Serviço de Inteligência britânico (Government Communications Headquarters – GCHQ) estava secretamente interceptando, processando e armazenando dados relativos às comunicações privadas de milhões de pessoas, mesmo quando essas pessoas não estavam suficientemente informadas sobre o interesse do serviço de inteligência em suas comunicações (denominado programa “Tempora”).

Na ocasião fora revelado que o governo britânico estava acessando comunicações e dados coletados pela Agência de Segurança Nacional dos EUA e por agências de inteligência de outros países, sem o consentimento ou a informação adequada à sociedade e sem qualquer respaldo legal específico e regular para a espécie de monitoramento que estava sendo realizado.

Concluiu-se que as informações recolhidas e armazenadas pelo Governo se debruçavam sobre os aspectos mais íntimos da vida privada de uma pessoa - para onde vão, com quem entram em contato, que sites visitam e quando.

Em 2014, o “Investigatory Powers Tribunal” - uma corte especial competente para processar reclamações contra o serviço britânico - indicou que essas práticas poderiam, em princípio, não violar as obrigações de direitos humanos do Reino Unido. No entanto, durante as investigações, este Tribunal especial concluiu que as agências de inteligência do Reino Unido haviam

monitorado ilegalmente as comunicações da Anistia Internacional e do Centro de Recursos Legais da África do Sul - e que a inteligência do Reino Unido compartilhava com os EUA, que era liderado por um corpo jurídico secreto.

As conclusões de referido Tribunal foram no sentido de que o regime de interceptação massiva do Reino Unido violou o direito à privacidade e à liberdade de expressão. O Tribunal concluiu também que a seleção de material coletado para exame e a supervisão não se submeteu a critérios robustos para fornecer garantias adequadas contra abusos e nem se destinou a objetivos justos e que a interceptação em massa foi incapaz de manter a "interferência" em limites aceitáveis ao que é "necessário em uma sociedade democrática".

5 2020: Tribunal dos EUA determina que vigilância em massa da NSA é ilegal

Caso UNITED STATES OF AMERICA v. AHMED NASIR TAALIL MOHAMUD, em que uma corte dos Estados Unidos decidiu, sete anos após o início das investigações, que a coleta em massa de registros telefônicos, assim como a vigilância massiva das comunicações promovida pela Agência de Segurança Nacional (NSA) foi ilegal.

A ação para rastreamento massivo começou sem autorização do tribunal sob o presidente George W. Bush após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Igualmente, as investigações se iniciaram com as denúncias de Edward Snowden, acerca da vigilância em massa dos registros telefônicos dos americanos. O tribunal de apelações concluiu que o programa era ilegal e que os líderes da inteligência dos Estados Unidos que o defenderam publicamente não estavam dizendo a verdade.

A corte afirmou que, sem prévia ordem judicial, a rede telefônica coletou secretamente milhões de registros telefônicos dos americanos e o governo pode ter violado a Quarta Emenda quando recolheu metadados de milhões de americanos. A Quarta Emenda referida na decisão demanda a notificação prévia daquele que figura como réu em processo criminal, quando a acusação pretende usar ou divulgar informações obtidas ou derivadas da vigilância desse réu, desde que tenha sido conduzido de acordo com o governo ou com as autoridades de inteligência.

Os funcionários da agência de inteligência afirmaram que nunca havia sido realizada a coleta intencional de informações. Após a exposição do programa, a versão mudou e a coleta de informações passou a ser justificada para combate ao extremismo interno, citando em particular o caso de quatro residentes de San Diego que foram acusados de fornecer ajuda a fanáticos religiosos na Somália. Embora essas quatro pessoas tenham sido efetivamente condenadas, o tribunal entendeu que as alegações não guardavam relação com o registro.

A vigilância em massa não estava suficientemente vinculada a qualquer investigação específica, como o Congresso parecia exigir.

Interessante notar – a propósito das considerações anteriores sobre consentimento – que uma das arguições do Governo norte-americano estava fundada no fato de que, supostamente, os indivíduos não têm expectativas razoáveis de privacidade em relação às informações que eles transmitem voluntariamente ao telefone de uma determinada Operadora de Telefonia e que, portanto, não seria legítima a expectativa de privacidade de seus registros telefônicos.

A Corte de apelações diferenciou a ocorrência em relação a precedentes jurisprudenciais anteriores pelo fato de que os metadados, neste caso, incluíam informações abrangentes de roteamento de comunicações, incluindo, informações de identificação. Os metadados coletados pelo governo americano. No mais, ainda afastando a permissão dada em casos anteriores, apontou que a coleta não fora efetivada por período determinado, mas diariamente, por anos. Também fora reputado como problemático o número extremamente grande de pessoas de quem a NSA coletou metadados de telefonia, permitindo que os dados sejam agregados e analisados em massa.

Importa notar que em junho de 2015, Congresso americano aprovou o “USA FREEDOM Act”, que encerrou o programa de coleta de metadados de telefonia em massa da Agência de Segurança dos Estados Unidos.

6 Conclusão

Um fato negligenciado nas narrativas acima é o de que as interceptações de dados telefônicos e metadados dos usuários de telefonia, obviamente, não teria sido possível sem que as Operadoras fornecessem algum tipo de acesso às instituições públicas. É senso comum que o poder, a capacidade e a velocidade da tecnologia da informação estão se acelerando rapidamente. Logo, o potencial de invasão de privacidade aumenta proporcionalmente e as populações em todo o mundo expressam temores sobre a invasão da privacidade, levando um número sem precedentes de nações a aprovar leis que protegem especificamente a privacidade de seus cidadãos.

Igualmente, com o avanço da tecnologia, as corporações transnacionais têm se mostrado mais poderosas que os Estados, descumprindo reiteradamente deveres morais de responsabilidade.

Espera-se que a consciência dos indivíduos acerca dos riscos à privacidade insertos nas novas ferramentas tecnológicas acabem por pressionar os Governos a criar legislações mais protetivas e específicas, com melhores instrumentos para controle da coleta e manejo de dados, pois a privacidade deve ser reconhecida como direito fundamental a ser respeitado e protegido com eficiência – o reforço de que se trata da proteção de um direito fundamental, essencial ao pleno exercício de tantos outros direitos demonstra que esta é uma seara em que não pode haver relutância dos poderes públicos em cumprir suas obrigações e deveres.

É preciso, ainda, que a antiga dicotomia público x privado seja superada, pois não pode ser aceito, genericamente, que qualquer informação tornada pública deixe de ser protegida pelos atributos da privacidade. A superação desta dicotomia deve residir não mais em estabelecer se a informação é pública ou privada, mas qual o uso que se faz destes dados e qual a razoabilidade de uso destes.

Dos exemplos supra emerge como conclusão que as legislações devem ser reformadas para garantir que a privacidade seja tratada como direito fundamental que é, aplicando-se-lhe seus mais altos padrões de valorização e proteção, que devem ser transportados às comunicações de seus cidadãos.

E, como já ressaltado anteriormente, o respeito e a promoção dos direitos fundamentais cabem não apenas ao Estado, mas também às corporações de direito privado, que devem ser influenciadas e compelidas à proteção. Corporações que sejam proprietárias ou operem com telecomunicações e suas redes de infraestrutura – desde cabos submarinos a satélites de internet – devem assegurar que o repasse de informações aos

Estados somente será permitido se de acordo com o regramento internacional e se garantida a proteção padrão dos direitos humanos.

Do que fora exposto até aqui, o monitoramento das informações claramente é passível de interferir nos direitos à privacidade e à liberdade – e, portanto, deve ser realizado de acordo com critérios claros que perpassam pelas seguintes observações:

- (i) que o monitoramento tenha um escopo determinado, assim como deve recair sobre um indivíduo (ou grupos de indivíduos) pré-determinado, devendo ser repellido o monitoramento massivo e indiscriminado de dados;
- (ii) que o monitoramento esteja fundado em uma suspeita razoável, determinada por fatos específicos e relevantes e o objetivo seja legítimo, por exemplo, a investigação de crimes;
- (iii) que seja não-discriminatório, ou seja, sem distinções fundadas em características sociais, raciais ou de localização. É preciso, portanto, estabelecer o que diferencia o monitoramento massivo e indiscriminado do monitoramento direcionado a situações e pessoas específicas, com limites claros e objetivos conhecidos, que estão atrelados à persecução criminal ou à proteção da segurança nacional.

Da experiência observada até aqui, não há monitoramento massivo de atividade virtual que seja admissível ou justificável se desatendidos quaisquer desses padrões – sob pena de configurar violação indiscriminada do direito de privacidade.

Referências

ARAUJO, Douglas da Silva. **Smart cities, segurança pública e proteção de dados**: uma análise do uso de dados pessoais pelo poder público. Orientadora: Patrícia Borba Vilar Guimarães. 2019. 84f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/handle/123456789/27660>. Acesso em: 15 mar. 2021.

GERSTEIN, Josh. Court rules NSA phone snooping illegal — after 7-year delay. **Político**, [s.l.], fev. 2020. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/09/02/court-rules-nsa-phone-snooping-illegal-407727>. Acesso em: 02 abr. 2021.

HENRIQUE, Lygia Maria Moreno Molina. **Proteção de dados pessoais**: um direito relevante no mundo digital. Orientador: Marcelo Gomes Sodré. 2016. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7009>. Acesso em: 15 mar. 2021.

PUPPO, Alvaro de Carvalho Pinto. **Privacidade, liberdade de expressão e proteção dos dados pessoais**: uma perspectiva brasileira com base na

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Orientadora: Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery. 2017, 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20598>. Acesso em: 15 mar. 2021.

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. Appeal from the United States District Court for the Southern District of California Jeffrey T. Miller, District Judge, Presiding. D.C. No. 3:10-cr-04246-JM-3. 02 set. 2020. Disponível em <https://www.politico.com/f/?id=00000174-4f61-de4a-ad7d-ffe5e80000>. Acesso em: 2 abr. 2021.

MESSIANISMO POLÍTICO E BOLSONARISMO: AMEAÇA DA FRAGILIZAÇÃO DA DEMOCRACIA?

Myllena Mayara de Jesus Santana Silva*

RESUMO

O presente trabalho tem como principal escopo a crítica ao fenômeno que tem se instaurado no cenário político brasileiro ao qual os cientistas políticos estão se referindo como bolsonarismo. Além disso, objetiva-se responder a questão de se esse movimento seria uma possível ameaça à estabilidade da democracia, apontando sinais que se mostram como sintomas para o enfraquecimento desse sistema de governo. Nessa busca, procuro comparar o cenário político contemporâneo com momentos semelhantes na história do Brasil, em que passaram políticos que, como Bolsonaro, tiveram como um forte pilar um fenômeno conhecido como messianismo. Ao final do trabalho, concluo que apesar do bolsonarismo aparentar ser um movimento forte e crescente, ele está fadado a enfraquecer, assim como ocorreu com os "messias" antecedentes.

Palavras-chave: Messianismo. Política. Democracia. Bolsonaro.

1 Introdução

A partir da metade do século XVI instalou-se em Portugal um movimento político que atingiu não só o país de origem, mas também teve influência até mesmo em território brasileiro. Era o Sebastianismo. Esse fenômeno secular radicou na crença no retorno de Dom Sebastião, então rei de Portugal, desaparecido na batalha de Alcácer-Quibir. Uma vez que a derrota do rei não foi testemunhada e seu corpo não foi encontrado, a esperança de que sua morte não tivesse ocorrido cresceu no âmago da população.

2 Ascensão e perspectiva da queda

A espera por um messias político, o prometido para salvar a pátria, não se conteve a esse cenário. Mesmo hoje, é comum que o povo, mesmo em uma democracia, deposite suas esperanças de um futuro melhor e mais justo em um governante revolucionário. Nesse horizonte, Platão, defensor do governo de filósofos, criticava a democracia em vista do risco da constante espera por um tirano *salvador da pátria* que solucionaria todas as contradições de um povo. Tal quadro foi abordado, ainda, por Immanuel Kant, que explanou a espera por intervenção divina em tempos de crise. A intervenção divina seria feita na forma da colocação de um político ideal, uma figura heroica e romantizada no poder.

Nesse âmbito, a associação do soberano com a vontade divina esteve presente nas primeiras manifestações do Estado Moderno. Existiam teóricos políticos que defendiam que a legitimação do poder do governante radicava na vontade divina: esse era, então, um representante de Deus na terra. Nesse quadro, para Jean Bodin, que inaugurou na filosofia política moderna o debate acerca do conceito de soberania, essa é absoluta e não se submete à autoridade das leis. Não obstante, o filósofo reconhece uma limitação dessa autoridade: a lei divina, a lei natural que lhe é imposta. A lei de Deus é a que condiciona o poder do soberano. Ainda nesse horizonte, o sociólogo Max Weber explica que há diferentes tipos de fundamentos nos poderes. Um deles se encaixa na concepção sagrada da autoridade, que é o fundamento carismático do poder, como aponta Norberto Bobbio em sua obra *Positivismo Jurídico*. Nele, o poder cabe a um homem com qualidades sobre-humanas, e por isso o povo deposita uma confiança cega sobre esse soberano, ao qual deve total e incondicional obediência, sem questionamentos.

Com efeito, a necessidade de salvação por um messias divino não é um fenômeno contemporâneo. A legitimação do poder de um político que apresente promessas nesse âmbito, o qual o povo depositará a esperança de ter suas frustrações resolvidas, sofre o risco da incorporação e banalização de um sentimento de autoritarismo no corpo social, e mesmo de cunho fascista, bem como Platão temia. Dessa maneira, a democracia é posta em jogo, pois a autoridade desse *messias* é, supostamente, a única salvação, e por isso, não pode ser limitada.

O filósofo estudioso do neofascismo, Jason Stanley, defende a tese do mito do líder da nação que é um provedor, e detém um poder que seria a fonte de sua autoridade. O líder é visto como o *pai de uma nação*, logo, está para seu povo, assim como um pai - em uma sociedade patriarcal -, chefe de família, está para essa. Sua força e seu poder são a fonte da autoridade moral sobre seus filhos e sua esposa. O líder é o provedor da nação, assim como o pai é o provedor da família.

Essa concepção de líder ocasiona a visão da relação entre líder e povo como também é nosso chefe e, por isso, lhe devemos, moralmente, obediência e respeito. O povo se vê, nesse quadro, dependente de seu líder, que lhes é dominante. Aqueles que não seguem esse líder, seria como se estivesse se opondo ao próprio pai: é incabível a desobediência. Essa visão de submissão, é incompatível com a democracia, uma vez que nesse regime de governo, o poder deveria vir de baixo para cima, emanando do povo. O mito do messias político, futuro provedor e líder da nação, é, portanto, incompatível com a constituição e seus princípios e valores democráticos. Nesse sentido, esse panorama é uma rota para a fragilização da democracia.

Com efeito, depositar as esperanças nessa forma ideal de um político, é uma estratégia arriscada quando se espera a melhoria das contradições presentes na sociedade. Não obstante, há, no histórico brasileiro, alguns políticos que se encaixam nessa visão. Fazendo jus ao mito detentor de uma imagem paternal, um dos ditadores que governaram o Brasil, Getúlio Vargas, ficou conhecido como *pai dos pobres*.

A revolução de 30, trouxe um líder paternalista para o poder. Era um *messias político* que, desesperançados, o povo esperava para lhes oferecer e defender seus direitos. Nesse horizonte, Roberto Lyra afirma que algumas *revoluções* são, na verdade, maneiras rígidas de se conservar, o que descreve esse cenário da história brasileira, uma vez que o político assumiu o poder por meio de um golpe.

Sob o pretexto de que Vargas tinha garantido o direito dos trabalhadores através da CLT, por exemplo, seu autoritarismo foi *aceito* pelo povo, afinal, esse era o *pai*, que era o provedor da sociedade. Ainda que esses direitos, *garantidos* por Vargas, não foram um presente do político, e sim, uma conquista do povo: direitos não são dados, mas sim, conquistados, muitas vezes às custas de vidas humanas, como explana o jurista renomado Ricardo Castilho. É notório, no entanto, como essa forma populista de se fazer política, legitimou, para muitos, viver sob a dominação de um ditador, que, mesmo após a sua derrota, teve apoiadores que ansiavam pela sua volta - revivendo a espera pelo messias político.

Não muito tempo depois, como se sabe, um segundo golpe instaurou mais uma ditadura no governo do país: o golpe militar de 64. Sabe-se que a ditadura militar foi uma das épocas mais avassaladoras de nossa história. Uma

época repleta de tortura, perseguição política e medo popular. Depois desse período de repressão absoluta sob uma forma de governo autoritarista, a democracia voltou ao Brasil por meio da Constituição Cidadã de 1988. E, apesar do terror da época, ainda há, hoje, quem defenda a volta da Ditadura Militar sob o pretexto do suposto crescimento econômico milagroso garantido pelos ditadores.

Dessa forma, a democracia no Brasil, ainda é jovem e frágil. Tem-se uma visão sobre o Direito Positivo, de que esse é imbatível e completamente justo, que assegura a democracia de forma permanente no país. No entanto, juristas como Roberto Lyra e outros jusnaturalistas criticam essa ideologia. Para o autor Tércio Sampaio, por exemplo, em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*:

O direito, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos. Por outro lado, é também um instrumento manipulável que frustra as aspirações dos menos privilegiados e permite o uso de técnicas de controle e dominação que, por sua complexidade, é acessível apenas a uns poucos especialistas (FERRAZ JR, 2019, p. 40).

Nesse quadro, o cientista político, Marcos Coimbra, em uma entrevista para a Carta Capital, acerca da tendência que os brasileiros têm de eleger um *outsider*, alguém que promete ser “a diferença em meio tantas opções iguais que em nada mudam” (informação verbal)¹¹⁹ aponta:

A cada 30 anos a gente elege um outsider ou alguém que se veste de outsider. Foi o [Fernando] Collor, antes o Jânio [Quadros] e antes o Getúlio [Vargas]. Todos eles inauguram um novo período de equilíbrio institucional. Getúlio dá fim à República Velha. O Jânio, com a renúncia, precipita o regime militar. O Collor, com o impeachment, precipita o equilíbrio entre PSDB e PT. O Bolsonaro rompeu esse equilíbrio e deu início a um novo ciclo político (informação verbal).¹²⁰

Logo, mesmo que a Constituição garanta os direitos humanos e provê de princípios e valores democráticos, ela ainda não é perfeita, infalível ou imbatível. O jusfilósofo Lon L. Fuller, em seu debate com Hart, critica a *moralidade interna do positivo*, encontrada, principalmente, quando se fala da constituição brasileira, nos princípios e objetivos da República Federativa do Brasil.

A crítica do jurista aponta que esses princípios estão destinados a permanecer uma moralidade de aspiração, e não de dever, uma vez que, objetivos como *construir uma sociedade solidária e erradicar a pobreza e a marginalização* não parecem, de fato, ser realizados.

No contemporâneo, tem-se testemunhado uma polarização política do povo, que, em uma época de tecnologia, tem expressado suas opiniões e posicionamentos através do uso da internet, que, aparentemente, está para a

¹¹⁹ Entrevista concedida por COIMBRA, Marcos, em novembro de 2020. Entrevistador: Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonarismo-nao-tem-enraizamento-na-sociedade-como-a-gente-imagina-diz-cientista-politico/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

¹²⁰ Entrevista concedida por COIMBRA, Marcos, em novembro de 2020. Entrevistador: Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonarismo-nao-tem-enraizamento-na-sociedade-como-a-gente-imagina-diz-cientista-politico/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

atualidade como a *Ágora* estava para Atenas na Grécia antiga. O espaço virtual se torna uma área de debates, o que pode ser, tanto positivo quanto negativo.

Um fenômeno nas eleições de 2018 abalou com mais intensidade esse tipo de debate, tanto na vida social quanto na virtual. Xingamentos como *esquerdopatas*, *feminazis*, *fascistas* e *neonazistas* presenciaram as discussões quando políticos eram defendidos ou criticados. Bordões questionáveis, como *bandido bom é bandido morto* fizeram presença, e a discussão continuou mesmo após o término das eleições. A defesa de um político, por exemplo, era imediatamente associada à direita, enquanto sua oposição era associada ao movimento de esquerda.

Ainda nesse cenário, houve um evento perigoso, que foi banalizado por uns, defendido por outros, e criticado por alguns: a prestação de defesa e elogios a um torturador da época da ditadura militar, atuada por quem seria, no futuro, eleito presidente do Brasil, Jair Messias Bolsonaro. O político afirmou que o falecido Coronel Alberto Brilhante Ustra, a quem a Justiça reconheceu como um torturador militar, é um *herói nacional*. “Ela conta uma história bem diferente daquela que a esquerda contou para vocês”, posicionou-se Bolsonaro. “É um herói nacional que evitou que o Brasil caísse naquilo que a esquerda hoje em dia quer” (informação verbal)¹²¹.

Nota-se, nesse discurso, a polarização política instigada por um fenômeno o qual estudiosos políticos estão hoje denominando de bolsonarismo. Esse movimento, assim como a extrema direita europeia na época em que o fascismo se alastrou pelo continente, não surgiu do nada. É um processo histórico, com raízes no passado.

A historiadora e antropóloga afirma:

A minha convicção é a de que Jair Bolsonaro é um sintoma. Ele não é a causa. Essas causas são muito mais profundas. O Brasil sempre foi autoritário e o nosso presente está lotado de passado. Eu vou ao passado resgatar esses elementos que ainda fazem sentido na agenda contemporânea e que chegam até o Bolsonaro e à ascensão desse governo (informação verbal).¹²²

Para o colunista Philipp Lichterbeck, são cinco os pilares desse novo fenômeno que pode ser uma ameaça para a fragilização da democracia no Brasil: A militarização, a suposta vontade do povo, o messianismo, a hostilidade a ciência e o anticomunismo - esse último, em especial, perigosamente semelhante ao sentimento que antecedeu golpes que instalaram governos autoritários, principalmente em território nacional.¹²³

O terceiro pilar, o messianismo, supracitado nesse texto, é evidente no fenômeno por meio dos argumentos usados para defender o político. Para os seus fãs e eleitores, Jair Bolsonaro é o *salvador da pátria*, e afirmações como *meu presidente salvará o Brasil, seus lixos comunistas*, e a nomeação do político

¹²¹ Depoimento concedido por BOLSONARO, Jair Messias, no Palácio da Alvorada, em agosto de 2020.

¹²² Entrevista concedida por SCHWARZ, Lilia, em novembro de 2020. Entrevistador: *blog* "Entendendobolsonaro". Disponível em: <https://entendendobolsonaro.blogosfera.uol.com.br/2020/11/20/lilia-schwarcz-o-brasil-sempre-evitou-falar-da-morte/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹²³ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/os-cinco-pilares-do-bolsonarismo/a-54444234>. Acesso em: 10 jan. 2021.

como um *Mito*, são recorrentes. A defesa do político é feita de forma ávida pelos seus fãs, ainda que ele não tenha sequer apresentado propostas de governo para *salvar o país*.

Não raro, a oposição é chamada pejorativamente de comunista ou *esquerdopata*. Aqueles que se opõem ao Messias sofrem críticas tanto dos eleitores quanto do próprio Bolsonaro, como quando o ex-deputado criticou as manifestações de oposição realizadas em 2020 e afirmou que essas manifestações são “o grande problema do momento” (informação verbal)¹²⁴. Os críticos que são contrários ao governo são, geralmente, associados por muitos ao movimento de esquerda, ao comunismo que põe o Brasil em risco. Esses opositores seriam, então, uma ameaça à estabilidade do poder.

Para Esther Solano, colunista da Carta Capital e professora de Relações Internacionais na Universidade de São Paulo, nenhuma democracia sólida está imune aos efeitos da mobilização de ódio de grupos extremistas. A professora critica o exemplo que Bolsonaro faz de Donald Trump: ambos alegam, sem qualquer prova, terem sido vítimas de fraude nas eleições (informação verbal)¹²⁵. Em uma entrevista para a Carta, que debate acerca da incitação à invasão dos apoiadores de Trump à Capitólio nos Estados Unidos e suposta tentativa de golpe do estado, Solano alerta:

Esses líderes são sempre muito perigosos e nunca podemos menosprezar o potencial antidemocrático violento deles porque eles mobilizam afetos que tem potencial destrutivo muito grande, como o medo, o ódio, da branquitude, o supremacismo masculino. Em momentos de crise econômica, política e social, esses tipos de afetos são fortíssimos e podem ser muito bem canalizados pelos líderes da extrema-direita, que não conhecem barreiras. Eles não têm nenhum pudor com as instituições democráticas, não têm limites.¹²⁶

Nesse limiar, em um panorama de uma pandemia avassaladora, o quarto pilar do bolsonarismo, a hostilidade à ciência, tem entrado em evidência junto com ataques verbais aqueles que se mostram contrários ao negacionismo do Messias.

De fato, posicionamentos questionáveis tomados pelo presidente, como “O maior problema do Brasil não é com alguns órgãos, é a imprensa” (informação verbal)¹²⁷ põe em risco a integridade da população e questiona a liberdade de expressão da mídia. A atitude negacionista do presidente, referindo-se à doença causada pelo vírus Covid-19, que ocasionou, mais de 500 mil mortes, como uma “gripezinha” (informação verbal)¹²⁸, enquanto acusa a mídia de pregar medo

¹²⁴ Depoimento concedido por BOLSONARO, Jair Messias, no Palácio da Alvorada, em junho de 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/08/manifestacoes-como-as-do-domingo-sao-o-grande-problema-do-momento-diz-bolsonaro.ghtml>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹²⁵ Entrevista concedida por SOLANO, Esther, em janeiro de 2021. Entrevistador: Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/idolatria-bolsonarista-pelos-eua-preocupa-apos-ataques-ao-capitolio-diz-professora/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹²⁶ Entrevista concedida por SOLANO, Esther, em janeiro de 2021. Entrevistador: Carta Capital. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/idolatria-bolsonarista-pelos-eua-preocupa-apos-ataques-ao-capitolio-diz-professora/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹²⁷ Depoimento dado por BOLSONARO, Jair Messias, no Palácio da Alvorada, em janeiro de 2021. Disponível em: <https://www.moneytimes.com.br/imprensa-e-o-maior-problema-do-brasil-diz-bolsonaro-a-apoiadores/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

¹²⁸ Pronunciamento dado por BOLSONARO, Jair Messias, em uma coletiva de imprensa, em março de 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-55107536>. Acesso em: 01. jul. 2021.

exagerado, serve como exemplo para os seguidores de Bolsonaro, que tendem a adotar o mesmo discurso.

Nesse sentido, em 2020, Bolsonaro cria Centro de Inteligência na Abin contra *ameaças do Estado*. Suas atividades também são atribuídas ao fim de enfrentar ameaças à segurança e à estabilidade da sociedade e do Estado. Uma publicação da Câmara anunciou o lançamento de projetos que anulam esse decreto, pois há risco de perseguição a opositores do governo, comprometendo a segurança nacional, alerta o deputado Alessandro Molon (informação verbal).¹²⁹

É notório, dessa forma, o aparecimento, ainda que sutil, de medidas que podem fragilizar a democracia no governo do *messias*.

Dessa forma, pode-se parafrasear esse cenário político com Hannah Arendt:

Nunca antes nosso futuro foi mais imprevisível, nunca dependemos tanto de forças políticas que podem a qualquer instante fugir às regras do bom senso e do interesse próprio — forças que pareceriam insanas se fossem medidas pelos padrões dos séculos anteriores (ARENDDT, 1989, p. 06).

Como Bolsonaro governa, em sua maior parte, por meio de Decretos, uma vez que está em constante atrito com o congresso, surge outra promessa de ameaça à democracia: o desejo, instigado pelo bolsonarismo, do fechamento do Congresso e do STF para que Jair possa *governar em paz*.

Houve, em Brasília, em frente ao quartel general do exército, uma manifestação em prol da intervenção militar, a qual Jair Bolsonaro presenciou. Prestavam, inclusive, apoio ao AI-5, considerado o mais repressor ato da ditadura, que proibia a liberdade de expressão com a permissão de reprimir e torturar opositores. Em um discurso, em meio à aglomeração, o presidente afirmou que acreditava nos manifestantes.

O bolsonarismo, ultimamente, tem abalado a percepção já duvidosa de que os brasileiros têm sobre a democracia. Segundo o levantamento feito pela ONG Latinobarómetro, os brasileiros são, na América Latina, os que menos depositam confiança na democracia, e por isso, são os mais insatisfeitos. De 80% em 2010, aqueles que afirmam que a democracia é o melhor sistema de governo reduziram-se para 62%. Ainda nessa mesma pesquisa, a confiança no congresso também não é animadora: apenas 11% das pessoas confiam *muito* ou *razoavelmente* no Congresso Nacional.

Essa desconfiança pode ter origem na má execução desse sistema. No entanto, não é porque algo tem falhas que se deve descartá-lo: pretere-se seu conserto e aperfeiçoamento.

O professor Roberto Lyra Filho destaca:

Para que as garantias formais da consulta ao povo sejam legitimadoras, é preciso não só que se façam sem as restrições capciosas de leis cheias de manhas, como também que permitam o trabalho de conscientização popular, pelos líderes progressistas, sem restrições de pessoas e corrente, no acesso livre aos meios de comunicação e organização de massas (LYRA, 2000, p. 45).

¹²⁹ Depoimento do então deputado MOLON, L. A. em julho de 2020. Entrevistador: SOUZ, Murilo. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/682074-projeto-anula-decreto-de-bolsonaro-que-cria-centro-de-inteligencia-nacional/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

E ainda: “O caminho para corrigir as distorções das ideologias começa no exame não do que o homem pensa sobre o Direito, mas do que juridicamente ele faz” (LYRA, 2000, p. 20).

Nesse limiar, a conscientização do povo a respeito das contradições existentes não parece ser uma estratégia vantajosa para a classe dominante, defendida pelo Direito Positivo que garante seus privilégios, uma vez que a consciência traria crises, questionamentos e rompimento da ideologia.

Não obstante, a quebra dessa ideologia, por meio do Direito Natural Histórico Social, tese defendida pelo Roberto Lyra, que põe em pauta as contradições sociais levando em consideração as *anomias* nela encontrada, seria um caminho para o fortalecimento da democracia, que garantiria a confiança do povo nesse sistema. E, dessa forma, enfraquecer-se-ia fenômenos como o bolsonarismo e o messianismo político.

3 Considerações finais

Com efeito, a idolatria bolsonarista apresenta-se como um potencial risco à estabilidade da democracia no Brasil. Apologias *polêmicas*, que na verdade são demonstrações de machismo, racismo e autoritarismo, põem em jogo a união do povo, intensificando a polarização política, e, desta forma, divide a população.

Nesse sentido, surgem grupos que apelam para a exigência do retorno de posturas autoritárias e da ditadura, fonte de assassinatos políticos, perseguição aos opositores, tortura, entre outras atrocidades, como o AI-5. Além disso, a crítica direta à imprensa, também presente no bolsonarismo, é mais um agravante da instabilidade democrática, uma vez que em governos autoritários, ocorre a censura à mídia, como ocorrido na ditadura de Vargas e na Ditadura Militar, além de em governos fascistas que se alastraram pela Europa no século XX.

A instauração da Democracia no Brasil com a Constituição Federal de 88 ainda é, pois, recente e não está efetivamente solidificado no país. A análise histórico-social feita demonstra semelhanças entre o atual cenário político brasileiro e aqueles que antecederam governos ditatoriais de direita, o que tem deixado cientistas políticos em alerta.

O bolsonarismo e seus cinco pilares que o sustentam (a militarização, a suposta vontade do povo, o messianismo, a hostilidade, a ciência e o anticomunismo), também dialoga com fenômenos internacionais, como o extremismo de direita dos Estados Unidos, em um quadro em que a democracia entra em jogo com acusações de fraude e refutação de uma eleição democrática e manifestações extremistas que espelham a situação brasileira.

Portanto, resta a espera do enfraquecimento do fenômeno do bolsonarismo, já apontado por alguns especialistas, como Rodrigo Prando, cientista político da Universidade Presbiteriana Mackenzie, que explica o cansaço da polarização e o refluxo do movimento. Afinal, a desaprovação do presidente subiu, em 2021, de 46% para 52%.¹³⁰

A postura negacionista de Jair em vista da pandemia e a falta não só de planos de melhoria econômica, mas também de saúde, contribuíram para

¹³⁰ BARBOSA, Rafael. PoderData mostra rejeição a Bolsonaro e ao governo ainda em alta e estável.

Poder 360. 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/poderdata-mostra-rejeicao-a-bolsonaro-e-ao-governo-ainda-em-alta-e-estavel/>. Acesso em: 1 jul. 2021.

o cansaço da população em relação ao messias, que, no fim, se mostrou mais um falso *outsider*.

Referências

ARENDR, Hannah. **As origens do totalitarismo**: imperialismo, a expansão do poder. Rio de Janeiro: Ed. Documentário, 1976.

FILHO, Roberto L. **O que é direito**. 20. ed. São Paulo: Brasiliense, 2000.

GALVANI, Giovanna. Idolatria bolsonarista pelos EUA preocupa após ataques ao Capitólio. **Carta Capital**, 7 jan. 2021. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/idolatria-bolsonarista-pelos-eua-preocupa-apos-ata-ques-ao-capitolio-diz-professora/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

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

LICHTERBECK, Philipp. Os cinco pilares do bolsonarismo. **DW**, 5 ago. 2020. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/os-cinco-pilares-do-bolsonarismo/a-54444234>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MATOS, Alisson. Eleição pode marcar enfraquecimento do bolsonarismo e cansaço da polarização. **Carta Capital**, 14 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/eleicao-pode-marcar-enfraquecimento-do-bolsonarismo-e-cansaco-da-polarizacao/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

MATOS, Alisson. Bolsonarismo não tem enraizamento na sociedade, diz cientista político. **Carta Capital**, 19 nov. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonarismo-nao-tem-enraizamento-na-sociedade-como-a-gente-imagina-diz-cientista-politico/>. Acesso em: 8 jan. 2021.

MAZUI, Guilherme. **Bolsonaro chama coronel Brilhante Ustra de 'herói nacional'**. G1, 08 de agosto de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/08/08/bolsonaro-chama-coronel-ustra-de-heroi-nacional.ghtml>. Acesso em: 25 jun. 2021.

PLATÃO. **A República**. Tradução Enrico Corvisieri. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

O SEMIPRESIDENCIALISMO: UM REFORÇO DEMOCRÁTICO PARA O ATUAL CENÁRIO POLÍTICO BRASILEIRO?

Agenor Manuel Alves de Sá Neto*
 Éricles Pereira dos Santos**
 José Reinaldo de Souza Rocha***
 Ruan Gabriel Azevedo Silva****
 Victor de Souza Bispo Silva*****

RESUMO

Este artigo atenta-se à viabilidade da proposta de sistema de governo do semipresidencialismo no Brasil. A partir do crítico cenário político-institucional brasileiro têm-se a necessidade da atenuação desta crise que o país enfrenta. Com base no problema, o estudo visa apresentar um novo linear para a implementação da proposta semipresidencial, devido a importância de novas perspectivas sobre esta matéria no campo teórico. Com isso, utilizou-se no exame o estudo de caso, analisando-se qualitativamente o sistema de governo, bem como suas características, contrastes, ambientes e variáveis influenciadoras, formatando sua praticabilidade. A partir disso, teve-se por resultado, na análise, a inviabilidade da adoção do sistema semipresidencialista tal como ele é, necessitando de outros mecanismos para sua implantação. Junto a pesquisa, objetiva-se fornecer um novo panorama propedêutico que instigue o campo acadêmico, bem como seus pesquisadores, em futuras propostas para a mitigação de crises brasileiras.

Palavras-chave: Sistema de Governo. Semipresidencialismo. Crises. Proposta.

1 Introdução

As políticas sociais-democratas são marcadas por reformas institucionais em oposição às revoluções; a título de exemplo, seria menos traumático aplicar reformas trabalhistas a revoluções proletárias. No Brasil, quando se tem instalada uma crise político-econômica entra em pauta a mudança do sistema de governo e do aparelho político, como se pode perceber nas três propostas de emendas à Constituição apresentadas ao Congresso que visavam instituir o parlamentarismo ou semipresidencialismo, somente em 2015.

Acerca disso, o modelo semipresidencialista seria um reforço democrático para o atual cenário político brasileiro? A bibliografia que discorre sobre o referido tema apresenta juízos de valor positivos, em casos de textos

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: agenorneto11111@gmail.com

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: pereiraericles05@gmail.com

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: reynaldorochapv@gmail.com

**** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: ruangabrielavezedosilva@gmail.com

***** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. E-mail: victor16sillva@gmail.com

propositivos,¹³¹ ou científicos, quando se trata de produções acadêmicas.¹³² Entretanto, nessas construções acadêmicas os procedimentos formais do sistema de governo foram descritos sem considerar como eles se dariam no Brasil. E essas produções não observaram determinados aspectos que justificam a atual pesquisa.

Pensando nisso, em um primeiro momento, o presente estudo analisa, a partir de uma contextualização histórica, o presidencialismo brasileiro. Tendo em vista a influência americana, aborda-se como o mencionado sistema se desenvolveu nas diversas fases da república brasileira, explanando suas nuances e particularidades. Além disso, é feita, também, alusão a um processo de destituição político utilizado para mitigação de crises, analisando os mecanismos formais e seus efeitos.

Em seguida, faz-se uma análise dos conceitos e procedimentos do sistema semipresidencial, perpassando, antes, pelos dois períodos da história brasileira em que fora utilizado o parlamentarismo, ressaltando a predominância daquele modelo em países como Portugal, França e Rússia, destacando as diferenças formais presentes nos Poderes Públicos – Executivo e Legislativo.

Feito esse diagnóstico, será tratada, ao final, as potenciais consequências da instituição do supramencionado sistema de governo, buscando traçar um paralelo entre os países que já o adotam e o Brasil. Nesse sentido, a popularidade governamental, o voto econômico, o multipartidarismo fragmentário, a governabilidade e corrupção e a dissolução parlamentar são postos em questão, com o objetivo de refletir a respeito das possíveis consequências do semipresidencialismo no cenário político nacional, inferindo algumas considerações sobre os efeitos – positivos e negativos – oriundos dele.

2 Uma breve abordagem histórica do presidencialismo brasileiro

Para esta abordagem utilizou-se a contribuição historiográfica do autor Marco Antônio Villa. Neste passo, discorre-se que o sistema de governo presidencialista se expande ao longo do tempo pela América, sobretudo em países latinos, tendo o seu marco inicial na então e, ainda consolidada, república estadunidense. Devido às peculiaridades que esse sistema de governo propõe, o debate a respeito da sua eficiência, em seus respectivos países, torna-se necessário para o amadurecimento das instituições democráticas. No Brasil, tal discussão persiste desde outrora e é isso que o presente tópico pretende abordar ao explanar acerca do presidencialismo brasileiro.

Caracterizado pela forte personalidade do Chefe do Executivo, poder este independente do Legislativo, o presidencialismo tem como características básicas: a função de Chefe de Estado e de Governo exercida pelo Presidente da República, eleito por voto popular com mandato definido temporariamente e com

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, n. 3, jul./set. 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5588083/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 18 nov. 2021.

¹³² BANHOS, Tiago Paes de Andrade. **Crise do Presidencialismo no Brasil: Semipresidencialismo como alternativa?** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

o poder de veto como uma de suas particularidades mais evidentes, que demonstram a sua força funcional na organização da república.

No Brasil, com a proclamada república em 1889, o presidencialismo, pela clara influência estadunidense, é o sistema de governo adotado para a organização do Estado brasileiro. Com isso, por oportuno, cabe salientar a imprescindibilidade da análise político-histórica desse sistema ao longo do nosso período republicano até a presente data, na qual há uma utilização das figuras presidenciais marcantes como fatores preponderantes, justamente por causa da relevância que o sistema adotado os propõe a ter.

É com as chamadas República das Espadas (1889-1894), que se inicia com uma participação militar figurada na pessoa do primeiro presidente Marechal Deodoro da Fonseca, e a República Velha (1894-1930), com um longo domínio das oligarquias político-econômicas do café com leite, que se nota a implantação da federação consagrada na Constituição de 1891. Federação esta que se caracteriza pela autonomia dos estados federados e enfraquecimento do poder central, isto é, da União e, conseqüentemente, do presidente da república.¹³³

Em total oposição à descentralização e ao enfraquecimento do poder central, institui-se a chamada Era Vargas (1930-1945). Representada pela figura do presidente Getúlio Vargas, perfaz-se nela um presidencialismo autoritário que surge a partir de um golpe, também chamado de revolução de 30,¹³⁴ caracterizado por representar um período ditatorial com o implantado Estado Novo. Configura-se, assim, um momento marcante na instabilidade do sistema de governo presidencialista e do regime político-democrático brasileiro.

Com o fim do Estado Novo, inicia-se o primeiro momento de redemocratização da república brasileira. Promulgada a 5ª Constituição (1946) da história do Brasil, sob o mandato do presidente Eurico Gaspar Dutra (1946-1951), esse período é simbolizado pelas conquistas democráticas elencadas na nova constituinte, a exemplo da restituição da separação dos Poderes – Teoria tripartida de Montesquieu –, igualdade de todos perante a lei, liberdade à manifestação de pensamento, mandatos presidenciais com tempo definido, dentre outras conquistas. Contudo, é com a renúncia do presidente Jânio Quadros em 1961, tendo passado somente 7 meses no cargo, e com a posse do seu vice João Goulart (1961-1964) que houve um agravamento no quadro, já instável, da república.

Tendo por fruto uma enorme instabilidade política e econômica, configura-se uma mobilização e tomada do poder pelos militares em 1964. Esse período excepcional, respaldado pela Constituição de 1967, é representado como mais um intervalo antidemocrático da história brasileira, com a implantação de atos institucionais que complementaram a constituinte citada. Vale destacar o Ato Institucional nº 5, que estabeleceu poderes absolutos ao Executivo,¹³⁵

¹³³ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.

¹³⁴ BRASIL. **Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930**. Institui o Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19398impressao.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

¹³⁵ BRASIL. **Ato Institucional Nº 5, de 14 de dezembro de 1968**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 11 maio 2021.

promovendo, por exemplo, o fechamento do Congresso Nacional,¹³⁶ a censura dos meios de comunicação e do livre pensamento, a suspensão do *habeas corpus*¹³⁷ para os crimes políticos etc. Logo, caracteriza-se como um verdadeiro regime de exceção frente a forma de governo republicana, ao sistema de governo presidencialista e ao regime político democrático.

Por fim, em 1985 inicia o segundo período de redemocratização da história republicana do Brasil. Espelhado pela Constituição cidadã de 1988, promulgada no mandato de José Sarney (1985-1990), estabelece a nítida tripartição dos Poderes e determina as atribuições do Presidente da república, instaurando mecanismos de freios e contrapesos bem definidos para que o regime democrático se autocontrole, uma democracia que ainda perdura. Esse período é marcado por instabilidades que não põem em questão o regime político, mas o sistema de governo presidencialista, pois dos cinco presidentes eleitos após a redemocratização, dois processos de *impeachment* foram efetivados.

Instrumento utilizado para a responsabilização dos agentes políticos pela prática de crimes de responsabilidade,¹³⁸ o *impeachment* foi responsável pelo afastamento dos presidentes Fernando Collor de Mello (1990-1992)¹³⁹ e Dilma Rousseff (2011-2016),¹⁴⁰ após a redemocratização. Como fatores causadores para a derrubada de um presidente, se aplica, diante dos vários existentes escândalos de corrupção, pouca governabilidade e a má gestão da administração pública que, conseqüentemente, proporcionam insatisfação popular como os mais evidentes e justificáveis fatores que contribuem para iniciar o procedimento.

Tal processo ocorre em dois estágios, composto por uma fase inicial na Câmara dos Deputados, juízo de admissibilidade, e por uma fase final no Senado Federal, o processo de julgamento.¹⁴¹ Para iniciar o processo de impedimento, qualquer cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos pode formalizar a acusação,¹⁴² sendo ela colocada em pauta pelo Presidente da Câmara. Entretanto, vale ressaltar que esse procedimento não detém utilidade para

¹³⁶ BRASIL. **AI-2 e o AI-5**, o presidente teve autonomia para suspender as atividades do Congresso Nacional. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545319-parlamento-brasileiro-foi-fechado-ou-dissolvido-18-vezes/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

¹³⁷ BRASIL. **Ato Institucional N° 5, de 13 de dezembro de 1968**. Art. 10. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

¹³⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Art. 85. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

¹³⁹ Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/20-anos-do-impeachment>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/28/impeachment-de-dilma-rousseff-marca-ano-de-2016-no-congresso-e-no-brasil>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁴¹ BRASIL. **Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Regula o processo de julgamento do *impeachment*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

¹⁴² BRASIL. **Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950**. Regula o processo de julgamento do *impeachment*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1079.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.

amenizar uma crise política que poderá se instalar no Governo, tendo em vista a perda de apoio do presidente junto ao Parlamento ou até a diminuição de popularidade para com o corpo social.

Diante do exposto, observa-se que em ambos os casos citados anteriormente não houve resolução da crise política com a utilização do impeachment (pelo contrário, ela apenas se alastrou). Evidencia-se, assim, a baixa efetividade do mecanismo, que implica na impossibilidade de reabilitação do país em um curto espaço de tempo, gerando insegurança democrática e jurídica sob um cenário demasiado desgastante. Portanto, feitas essas observações sobre o presidencialismo brasileiro, o debate a respeito de outros possíveis sistemas de governo que possam melhorar o funcionamento do Estado são de fato relevantes e essenciais para o aperfeiçoamento da democracia brasileira.

3 Semipresidencialismo e suas características formais

Os exemplos históricos acerca do presidencialismo no Brasil vislumbram-se na seara da instabilidade do atual cenário político-institucional, seja por conta da marca adotada pelos cidadãos que persistem ao decorrer da história na preferência pelo presidencialismo, ou pela dificuldade normativa em conciliar essa ambição popular, uma vez que nossa carta régia é predominantemente parlamentarista. Tais nuances corroboram para a visão de mudança que alguns cientistas políticos propõem para sanar essa dificuldade governamental.

Dentre as propostas, o campo de alteração fica na esfera restrita do sistema de governo, devido a praticidade que foi permitida a modificação com base no artigo 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) mediante plebiscito. Diante disso, será discutido a viabilidade de propostas de sistemas de governo, dentre eles o parlamentarismo e o semipresidencialismo.

O parlamentarismo, apesar de distante aos nossos olhos, já o fora um modelo adotado no país em duas ocasiões, a primeira remonta ao Brasil Império, no segundo reinado de Dom Pedro II, que adota o sistema inspirado nos moldes do parlamentarismo inglês, embora tenha sido chamado de “parlamentarismo às avessas,”¹⁴³ no qual o Primeiro-Ministro (Presidente do Conselho de Ministros, na época) era escolhido pelo monarca.¹⁴⁴

Enquanto a segunda experiência acontece durante um curto período de tempo, entre os anos 1961 e 1963, como mera manobra política de afastamento do presidente João Goulart. Sendo discutido novamente no plebiscito de 1993, ocasião em que a forma republicana e o sistema presidencialista foram mantidos, reforçando assim sua não aceitação populacional.¹⁴⁵

¹⁴³ O termo parlamentarismo às avessas foi difundido por José Murilo de Carvalho. CARVALHO, José Murilo de. **D. Pedro II: ser ou não ser**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

¹⁴⁴ BRASIL. **Decreto nº 523, de 20 de julho de 1847**. Crea hum Presidente do Conselho dos Ministros. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-523-20-julho-1847-560333-publicacaooriginal-83096-pe.html>. Acesso em: 24 mar. 2021.

¹⁴⁵ BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 4, de 04 de setembro de 1961**. Institui o sistema parlamentar de governo. Diário Oficial, DF, 02 set. 1961. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc04-61impressao.htm. Acesso em: 24 mar. 21.

O semipresidencialismo, por sua vez, requer uma visão peculiar diante do dinamismo que este modelo simbiótico nos traz. Esta modalidade semipresidencial vem recebendo factuais opiniões na contemporaneidade, enquanto uns defendem a proximidade dos Poderes Legislativo e Executivo como reforço base do funcionamento estatal, outros salvaguardam criticamente sua possível mudança e o que ela acarretaria de forma negativa para o embrião político-institucional. Por hora, busca-se, sinteticamente, abordar estas variáveis.

Por sua vez, para exemplificar os países que adotaram o semipresidencialismo, esta análise tem por direcionamento os pontos abordados na obra do doutrinário Pinto Rapaz. Sob a égide da proposta semipresidencialista, é indispensável o marco referencial acadêmico de Maurice Duverger¹⁴⁶, cientista político que abordou primeiramente acerca deste modelo, e por via didática, tomar-se-á as características descritas por ele sobre a forma semipresidencialista e que ainda é utilizada na V República Francesa (1958--).

Sob à luz francesa, o enlace da proposta híbrida configura-se da seguinte maneira: o Poder Executivo é exercido conjuntamente pelos chefes de Estado e de governo, sendo eles o Presidente e o Primeiro-Ministro respectivamente. O Presidente da República atua em face da Nação-Estado,¹⁴⁷ com representatividade externa, comandando as forças armadas do país.¹⁴⁸ Enquanto o *Premier Ministre* é o responsável administrativamente, com auxílio de ministros, aplicando as leis internas no país.¹⁴⁹

E, corroborando para esta definição, o professor Robert Elgie leciona:

O semipresidencialismo é a situação em que a constituição prevê a existência tanto de um presidente eleito diretamente e com um mandato fixo, como de um primeiro-ministro e restante de ministros coletivamente responsáveis perante o poder legislativo.¹⁵⁰

No que tange a esfera legislativa, o sistema é exercido pelos parlamentares em suas duas casas¹⁵¹, como também o é no presidencialismo; a Casa Legislativa, com oposição e situação bem definidas podem vetar a indicação do Primeiro-Ministro – caso este utilizado na França, onde o Chefe de Estado faz a indicação – com base na Constituição ou interesse público para garantir a governabilidade. O corpo legislativo tem funções típicas a criação de leis, esta por sua vez, auxilia na administração interna exercida pelo Chefe de Governo.¹⁵²

¹⁴⁶ DUVERGER, Maurice, 1980, p. 166, *Apud* PINTO; RAPAZ. **Presidentes e (Semi)Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2019, p. 82. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32422/1/ICS_ACPinto_Presidentes%20e%20%28Semi%29Presidencialismo_LIV_ORG.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

¹⁴⁷ FRANÇA. **Constituição da República da França de 1958**. Art. 5°. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 16 dez. 2020.

¹⁴⁸ *Ibid.* Art. 15.

¹⁴⁹ *Ibid.* Art. 21.

¹⁵⁰ ELGIE, 1999 *apud* PINTO; RAPAZ, p. 37.

¹⁵¹ Sendo as duas casas a Assembleia Nacional representada pelos deputados e o Senado pelos senadores. FRANÇA, *op. cit.*, Art. 24.

¹⁵² *Id.* Art. 39.

As eleições para os referidos cargos são feitas das duas formas, direta e indiretamente. Observando o quórum, o Presidente da República é eleito por sufrágio universal¹⁵³ e voto majoritário,¹⁵⁴ enquanto um dos membros da Casa Legislativa será o Primeiro-Ministro, indicado pelo Chefe do Estado,¹⁵⁵ sendo dependente da maioria parlamentar¹⁵⁶ e do apoio presidencial para o seu permanecimento no cargo. Entretanto, cabe salientar, que esse exemplo utiliza o binome *presidencial-parlamentar*, no qual defende a indicação dessa forma, diferentemente de outros casos, como o de Portugal, em que a indicação vem do Parlamento.

Desbravando-se, ainda, nas características propostas pelo cientista político francês, e segundo o ordenamento gálico, o Presidente da República tem o direito de dissolver o Parlamento, demitir o Primeiro-Ministro¹⁵⁷ e convocar novas eleições,¹⁵⁸ tarefas estas imbuídas com base na legalidade. Evidenciando a interdependência dos Poderes Legislativo e Executivo, causando por vezes, atrito entre eles, que a depender de países e suas particulares circunstâncias, surgem novas formulações semipresidencialistas, sejam elas à luz da democracia e do Direito, ou disfarçados dela com base nos vícios legais que seus textos normativos permitem. Para elucidar estes dois modelos, delinea-se os casos português e russo.

Em Portugal, a implementação do modelo semipresidencialista ocorre no ano de 1976, sob a promulgação da Constituição,¹⁵⁹ nomeadamente a escolha deste sistema de governo se dá pelo trauma português resultante do anterior período de autoritarismo, denominado Estado Novo¹⁶⁰ e assim, subsequentemente a negação de um regime que fosse /presidencialista, bem como a sua má experiência histórica com o parlamentarismo, fazendo com que adotassem o modelo híbrido.

Naturalmente, sendo o semipresidencialismo um sistema de governo extremamente novo para a ciência política, Portugal teve papel visionário na implementação deste modelo, servindo de base para inúmeros países, em especial os países que, sendo democracias emergentes, escolheram o modelo semipresidencialista como sistema de governo de suas repúblicas. Outrossim, convém destacar que, em especial os países que mais utilizaram o modelo semipresidencial português como base, foram os países lusófonos, dada a influência portuguesa que advém do período colonial – sem que, contudo, isto seja um fator preponderante –, haja vista que o maior motivador para que o exemplo lusitano fosse seguido foi o seu sucesso institucional e de consolidação democrática.

Muito embora o semipresidencialismo português se assemelhe formalmente ao francês, na prática este funciona de uma forma inexoravelmente distinta, em específico nas funções relativas ao presidente. No caso português,

¹⁵³ Garantindo 5 anos de mandato. FRANÇA, *op. cit.*, Art. 6°.

¹⁵⁴ FRANÇA, *id.* Art. 7°.

¹⁵⁵ FRANÇA, *id.* Art. 8°.

¹⁵⁶ FRANÇA, *id.* Art. 20.

¹⁵⁷ FRANÇA, *id.* Art. 8°.

¹⁵⁸ FRANÇA, *id.* Art. 12.

¹⁵⁹ FRANÇA, *id.* Art. 201.

¹⁶⁰ Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Parlamento/Paginas/PercursosConstituicao.aspx>. Acesso em: 24 mar. 2021.

o comando das funções executivas são prerrogativas quase que exclusivas do Primeiro-Ministro, sendo o Presidente uma figura politicamente neutra, que mais auxilia, arbitra e aconselha do que executivamente atuante.

Ainda sobre o Presidente, deste cenário. São suas funções em relação com os outros órgãos de soberania; a sua responsabilidade pela nomeação do Primeiro-Ministro, mediante a escolha do parlamento e dos resultados eleitorais, bem como a nomeação ou exoneração dos ministros, membros do governo, estes por sua vez indicados pelo Primeiro-Ministro,¹⁶¹ vê-se, portanto, que o presidente luso não exerce papel decisório, mas sim regulador, cabendo ao mesmo apoiar as decisões proferidas pelo Parlamento e Primeiro-Ministro.

Já o sistema russo, de maneira semelhante ao português, dispõe de um passado autoritário. Dominado pela monarquia absolutista do Czarismo até 1917 e sucedida pela ditadura do proletariado (1917-1991), por conseguinte, com o fim da URSS tentou-se até adotar o presidencialismo, mas com os conflitos que surgiram entre executivo e legislativo, a Rússia adotou o modelo semipresidencial.

Entretanto, criticamente, a peculiaridade russa consiste no fato de que há 20 anos o líder Vladimir Putin se alterna nos cargos de Presidente e Primeiro-Ministro com o outro líder Mikhail Mishustin, configurando na prática um regime que dialoga com o autoritarismo.

Os referidos países nos trazem óticas propedêuticas acerca de uma possível implementação deste sistema de governo no Brasil, as quais trazem por substrato particulares características formais pelos três importantes países, mas, como observado, maneiras percucientes nas quais os países encontraram-se. Para tanto, em alelo a isto, observar-se-á possíveis variáveis no referido sistema de governo.

4 Legitimidade democrática e voto econômico no exercício da chefia do poder executivo

A questão da forma eleitoral nos traz uma fulcral indagação: sendo o presidente eleito pela maioria dos votos, com campanhas eleitorais incisivas, como em todo país de marca presidencialista na América, e o Primeiro-Ministro, um deputado *a priori*, quando eleito o fora por voto proporcional, tendo por alcance uma restrição local, e agora designado para a administração pública federal, abre paradoxalmente a questão do estranhamento populacional, uma vez que o Chefe de Governo foi eleito indiretamente.

Mesmo sendo um ponto relevante a ser considerado dentro do modelo semipresidencialista, essa mesma fragilidade democrática também se encontra no presidencialismo, uma vez que não há uma proeminência no eleitorado brasileiro em analisar/considerar quem são os candidatos a Vice-Presidente, Vice-Governador, Vice-Prefeito e suplentes no legislativo, sendo estes cargos importantes para a sucessão dos até então eleitos.

Apesar de eleitos conjuntamente com os presidentes em uma eleição direta, os dois vice-presidentes da Nova República tiveram aprovações populares muito distintas. Apesar de Itamar Franco ter sido eleito integrando o mesmo partido que Fernando Collor, estes apresentavam divergências quanto

¹⁶¹PORTUGAL. **Constituição da República de Portugal de 1976.** Art. 133.

Disponível em:

<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art81>. Acesso em: 24 nov. 2020.

às políticas econômicas adotadas pelo governo, tanto que as medidas tomadas por Franco, a exemplo do Plano Real, geraram crescimento do PIB, crescimento da renda *per capita*, queda da inflação e, conseqüentemente, alto índice de apoio popular. Já Michel Temer foi eleito por uma aliança com o Partido dos Trabalhadores, sendo vice de Dilma Rousseff, que apresentava propostas totalmente diversas ao que ele defendia, então ele não só começou com baixa popularidade por ter fama de “traidor”¹⁶² como também apresentou reformas muito impopulares, como a reforma trabalhista, responsáveis por baixar mais ainda o seu apoio popular.

Esses dois exemplos da recente história presidencialista brasileira demonstram que a legitimidade democrática de um sucessor do governo não depende se ele foi eleito diretamente ou indiretamente, mas sim dos tipos de medidas adotadas por eles e, excepcionalmente, das alianças partidárias. Semelhantemente, um Primeiro-ministro, seja ele um sucessor ou não, teria que ter boas propostas de governo para ser aprovado e iniciar o mandato, e adotar as medidas necessárias para ter a aprovação popular.

Acerca do *voto econômico*, este é utilizado para descrever o grau de relevância da economia na escolha de representantes, essencialmente no Executivo.¹⁶³ Se um determinado partido ou governante faz um bom trabalho economicamente ele é recompensado com votos, se não ele é castigado com a perda de votos.

No presidencialismo a relevância da economia nas eleições presidenciais é enorme, fatal. Aquele partido ou governante que não apresenta bons resultados econômicos durante o mandato perde muita popularidade, mesmo que o Presidente da República seja um bom Chefe de Estado, se suas políticas econômicas gerarem inflação e altas taxas de juros, por exemplo, ele será punido nas urnas.

Já no semipresidencialismo essa situação se altera, tanto porque o Chefe de Estado e o Chefe de Governo podem ser de partidos diferentes, quanto por diferenças temporais de mandatos. Quanto à primeira situação, por exemplo, se o partido A elegeu um presidente e o partido B mantém um primeiro-ministro, os partidos serão recompensados ou punidos separadamente ou em menor grau.

Fora essa questão partidária, no semipresidencialismo o Presidente não necessariamente sofre tanto com más condições econômicas. Sobre isso, Wladimir Gramacho disserta:

A análise dos dados do inquérito pós-eleitoral de 2006 mostrou que, no final do seu primeiro ano de mandato, o governo de José Sócrates [Primeiro-ministro] já era fortemente punido pelas más avaliações da economia e pela insatisfação com o nível de vida do agregado familiar dos inquiridos. Por sua vez, a aprovação do trabalho de Jorge Sampaio [Presidente] no final de dez anos de presidência era só marginalmente afectada pela insatisfação com o estado da economia, sendo mais influenciada pela avaliação que os cidadãos faziam em relação ao uso

¹⁶² ROUSSEFF, apud WEBTV SINTEL-RIO. Tema: Dilma comenta traição de Temer. 2017 (2m24s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UA452x0DLAo>. Acesso em: 11 maio 2021.

¹⁶³ GRAMACHO, Wladimir. **Popularidade e economia no semipresidencialismo português**, v. 43, 2008, p. 532. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732008000300003&lng=pt&nrm=i&tlng=pt. Acesso em: 28 jan. 2021.

dos seus poderes de intervenção sobre os assuntos políticos do país.¹⁶⁴ (grifos nossos)

Vale ressaltar que as duas hipóteses podem ser concomitantes, quando os Chefes de Estado e Governo forem de partidos diferentes e deterem de tempos de mandato e cargo, respectivamente, díspares e defasados. Esta análise das eleições presidenciais em Portugal demonstra um aspecto positivo do modelo semipresidencialista, afinal com a devida separação das funções em cargos distintos há maior facilidade para castigar ou recompensar eleitoralmente o Poder Executivo.

5 Uma análise do multipartidarismo fragmentado

Inicia-se este tópico com um breve, mas construtivo ensinamento de Abranches,¹⁶⁵ o qual pontuou que, num país democrático de marcada heterogeneidade, tanto social quanto econômica, estas marcadas por explícitas desigualdades, acabam por resultar em interesses díspares, em uma multiplicidade de ideias que não conservam entre si pontos de semelhança. Deste fato emerge a pluralidade de vertentes ideológicas, diversidade esta garantida pela Constituição de 88, promulgada no período pós-ditatorial e que, por consequência, adotou esforços enérgicos para a garantia da plena democracia, estabelecendo assim como direito fundamental o pluralismo político.

Sob estas considerações preliminares situa-se o multipartidarismo brasileiro, reflexo da diversidade social e das garantias constitucionais de irrestrita representatividade, na forma de partidos políticos. Porém, como visto a seguir, certos fatores acabaram corroborando com um sistema político fragmentado, que acabou por, ao contrário do que fora idealizado, tornar-se pouco representativo e, por vezes, incapaz de atender aos anseios sociais.

Em consulta realizada no Tribunal Superior Eleitoral, o Brasil dispõe de 33 partidos registrados¹⁶⁶ com condições de concorrer ao pleito eleitoral, dos quais 26 surgiram após a constituição de 88, sendo 8 deles criados nesta última década. Há no cenário político brasileiro desde a democratização, um aumento no número de partidos políticos e, conseqüentemente, uma fragmentação partidária, dado o fato de que, eleição após eleição, cresce o número de partidos políticos atuantes no parlamento. Como resultante, os partidos políticos têm cada vez menos poder representativo, uma vez que ocupam cada vez menos cadeiras no legislativo.

Esse fenômeno da proliferação de partidos trouxe profundas implicações, sobretudo na governabilidade do poder executivo. O Presidente do Brasil, Chefe de Governo, tem a necessidade de angariar o apoio parlamentar, principalmente para ver atendidas suas propostas governamentais. Este apoio, por sua vez, é adquirido através de coalizões com os partidos políticos, realizadas das mais variadas e criativas formas, fato que torna o presidencialismo brasileiro algo tão singular, como pode-se observar:

¹⁶⁴ GRAMACHO, id. p. 547.

¹⁶⁵ ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 31, 1988, p. 7. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

¹⁶⁶ Disponível em: https://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse_. Acesso em: 8 maio 2021.

[...] o Brasil é o único país que, além de combinar a proporcionalidade, o multipartidarismo e o “presidencialismo imperial”, organiza o Executivo com base em grandes coalizões. A esse traço peculiar da institucionalidade concreta brasileira chamarei, à falta de melhor nome, “presidencialismo de coalizão.”¹⁶⁷

Na medida em que gradualmente foram aumentando o número de partidos políticos com representação no parlamento, aumentou-se a complexidade destas coalizões, dada, entre outros fatores, a necessidade de ter o apoio de um número cada vez maior de partidos políticos para obter a maioria parlamentar. Em contrapartida, essas coalizões tornaram-se mais frágeis, uma vez que os partidos com posicionamentos políticos distintos dificultam a criação de uma aliança dita homogênea, de forma que prossiga sem grandes implicações as diretrizes lançadas pelo governo, como também ficou cada vez mais subordinado o presidente, relativo à gerência dos anseios dos líderes partidários, cada qual com suas próprias reivindicações.

Outro ponto a ser observado são os efeitos sociais provocados por esta diversidade de partidos, vê-se no Brasil uma população acostumada ao dito voto personalista, que consiste na escolha do candidato pela figura pessoal, deixando a figura partidária em segundo plano. Observa-se empiricamente que o engajamento dos partidos políticos no Brasil de forma geral é baixo, e como resultado têm-se partidos políticos sem identidade partidária e que não seguem uma agenda ideológica bem definida, ainda assim os mesmos encontram-se salvaguardados de uma devida responsabilização por seus atos enquanto representantes da sociedade, haja vista que, o principal órgão fiscalizador da política, o povo, costumeiramente analisa a conduta política numa esfera individual, candidato por candidato, e não a atuação partidária como um todo.

Em suma, a ideologia partidária atua em segundo plano frente as escolhas do eleitorado, resultando em partidos políticos que chegam ao poder sem diretrizes políticas pré-estabelecidas. Portanto, fica claro que a possibilidade irrestrita da criação de partidos não aumentou, do ponto de vista social, a representatividade democrática da população, pelo contrário a diminuiu, uma vez que, tornou ainda mais nebuloso o processo de identificação ideológica da sociedade para com os partidos políticos.

Os problemas provocados pelo multipartidarismo atomizado (termo cunhado por Giovanni Sartori e que expressa o fenômeno da proliferação de partidos e a descentralização cada vez maior do parlamento num sistema multipartidário)¹⁶⁸ não são novos. Com isso, medidas passaram a ser propostas para frear este processo de proliferação partidária, sendo uma destas medidas importante de ser analisada, na perspectiva do cenário multipartidário brasileiro, a lei nº 9.096 de 1995,¹⁶⁹ conhecida popularmente como cláusula de desempenho, por ter em alguns de seus artigos medidas as quais, entre outros pontos, determinavam que partidos que não atingissem certas cotas de representatividade popular, como número mínimo de votos recebidos e pessoas

¹⁶⁷ ABRANCHES, op. cit., p. 21-22.

¹⁶⁸ SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Brasília, DF: UNB, 1982.

¹⁶⁹ BRASIL. **Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os partidos políticos. Diário Oficial da União, DF, 20 set. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096compilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

filiadas, tivessem sua atuação partidária limitada, visando diminuir a quantidade de partidos com influência efetiva no congresso.

A cláusula de desempenho foi aprovada no congresso pela primeira vez em 1995, mas em 2006, ano de sua efetiva implementação, foi declarada inconstitucional pelo STF.¹⁷⁰ Manteve-se, assim, a plena liberdade de criação de partidos e da legitimidade de concorrer às eleições ao parlamento sem quaisquer barreiras.

Todavia, dada intensidade do processo de multiplicação partidária, com um congresso cada vez mais dividido pelo surgimento dos novos partidos, foi discutida e aprovada uma emenda constitucional,¹⁷¹ similar a cláusula de desempenho de 95. Porém, essa versa apenas sobre o acesso a recursos financeiros provenientes do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuita na TV, dificultando de certa forma a ascensão de novos partidos políticos, mas mantendo a possibilidade dos mesmos de concorrerem ao pleito e, por conseguinte, agravarem o quadro atomístico dos partidos políticos no Brasil.

A mudança no modelo de governo ocasiona naturalmente uma variação nas estruturas de poderes políticos. No caso brasileiro, uma migração do presidencialismo para o semipresidencialismo representaria a redução de poderes da figura do presidente, que transfere certas competências para uma nova figura, o primeiro-ministro. Ocorre que a repartição do poder, de origem executiva, não se divide apenas com esses dois agentes, pois, eleva-se a importância do parlamento e, conseqüentemente, o aumento de seu poder, na medida em que o mesmo terá papel atuante na escolha e manutenção do governo, sob a responsabilidade do primeiro-ministro.

Da atuação do Legislativo na escolha e eventual apoio durante toda a governança do primeiro-ministro e seu gabinete, são necessários pressupostos básicos de coerência e estabilidade legislativa.¹⁷² Fundamentalmente, há a necessidade de que os partidos sejam dotados de uma consciência ideológica plena, para que, conseqüentemente, sejam capazes de formar uma maioria coesa, sendo este um princípio fundamental a qualquer modelo de governo, mas essencialmente importante no semipresidencialismo, haja vista que essa coesão da maioria é quem propiciará estabilidade à administração executiva.

Desta forma, a conclusão a respeito de um incremento de poder, no caso moderador, do legislativo, representa um grave problema a uma teórica instauração do modelo semipresidencial no Brasil, haja vista que, a realidade do legislativo brasileiro, como exposto anteriormente, transpira instabilidade, reflexo de uma baixa representatividade político-partidária, que ocasiona uma possibilidade aguda em se formar maiorias, salvo de formas duvidosas, que não podem existir numa esfera de executivo dividido e legislativo moderador.

Destarte, é peremptório refletirmos sobre a possibilidade concreta de êxito na prática do semipresidencialismo em um sistema legislativo que, no caso

¹⁷⁰ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=68591>. Acesso em: 10 mar. 2021.

¹⁷¹ BRASIL. **Emenda Constitucional n. 97, de 04 de outubro de 2017**. Estabelece normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos. Diário Oficial da União, DF, 05 out. 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁷² BARROSO, op. cit., p. 12.

exclusivo brasileiro, sofre sérias complicações institucionais, dentre elas as vicissitudes oriundas do multipartidarismo desordenado, que surte efeitos negativos, sobretudo, na governabilidade.

6 Executivo e legislativo: as articulações e sua influência na governabilidade

Fenômeno que é condição para o funcionamento administrativo do Estado brasileiro, a governabilidade consiste justamente na questão central que envolve a relação dos poderes Executivo e Legislativo na atividade institucional do país. Sob a égide da Constituição de 1988, o sistema de governo adotado é batizado como “presidencialismo de coalizão”, característica que evidencia a necessidade do presidente da república em dialogar com o parlamento para que se possa gerir com estabilidade a administração pública. Dentre as medidas institucionais adotadas para se buscar a governabilidade, algumas destas devem ser analisadas, como até mesmo o próprio sistema de governo.

Conferido ao cientista político Sérgio Abranches, o termo “presidencialismo de coalizão” ganha vida em seu trabalho científico sobre o sistema de governo no Brasil. Fenômeno, como aqui já assinalado, é representado pela necessária relação entre os poderes, podendo ser exemplificada pelas práticas políticas que o Presidente, Chefe do Executivo, deve aplicar com o intuito de aprovar a sua agenda. Contudo, decorrente de uma heterogeneidade partidária no parlamento, a coalizão implica em uma política que busca angariar apoio político para executar com governabilidade a administração. Nesse sentido, verifica-se a distribuição de ministérios, uma política clientelista para com certos grupos, geralmente denominados de bancadas, como também a distribuição de emendas parlamentares, sendo a exemplificação empírica das articulações feitas pelo Presidente em busca de atender as reivindicações partidárias.

Por outro lado, é importante destacar também os desafios que a política de coalizão vem enfrentando diante de outros fenômenos da política brasileira. O primeiro a ser destacado é a fragmentação partidária, que por representar, após incentivos institucionais, uma quantidade exacerbada de partidos no Congresso, propicia ao Executivo uma maior dificuldade em formar uma base parlamentar e implantar a governabilidade, justamente por conta do desafio em atender os diversificados interesses dos diversos partidos.

Somado a isso, um outro fenômeno a ser destacado é o *Pork Barrel*. Como bem salienta Marcelo Tavares: “Termo utilizado na língua inglesa para indicar fisiologismo, [significa] gasto público com fim de atender os interesses heterogêneos dos diversos partidos.”¹⁷³ Isto é, com o advento da crescente fragmentação partidária, o Executivo foi levado a adotar medidas como a criação de ministérios, a exemplo do governo da presidente Dilma que, em 2015, chegou a possuir 39, para acomodar partidos políticos e grupos específicos que servem como base de apoio.¹⁷⁴ Ações que propiciam dúvidas a respeito da eficiência da

¹⁷³ TAVARES, Marcelo. **Semipresidencialismo para o Brasil: por que não?**, v. 54, n. 215, 2017, p. 66.

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei n. 12.792, de 28 de março de 2013**. Lei da Secretaria da micro e pequena empresa. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/04/01/publicada-lei-de-criacao-da-secretaria-da-micro-e-pequena-empresa>. Acesso em: 10 mar. 2021.

administração pública, como também do presidencialismo de coalizão como prática republicana.¹⁷⁵

Além disso, cabe destacar também as movimentações políticas, necessárias para se buscar e manter a governabilidade, mas que as vezes apresentam como resultado práticas corruptas como um dos temas a serem abordados no tocante a administração pública do Estado. Observados nos governos pós redemocratização, os escândalos de corrupção foram um dos principais responsáveis pelos Impeachment de dois presidentes, Collor e Dilma, dos cinco diretamente eleitos. Sendo especulada no governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), bem diferente do escândalo do mensalão no governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010), é nítido que as articulações políticas em busca de uma administração estável culminaram em práticas corruptas como um dos instrumentos utilizados no sistema político brasileiro. O que evidencia, muitas das vezes, a necessidade de disseminação de uma política de coalizão, que as vezes funciona como fachada, para se alcançar a governabilidade. Propiciando, desse modo, consequências danosas ao sistema político do país.

À luz dessas observações, para uma melhor governabilidade, o semipresidencialismo traz como novidade o fato de que a maioria parlamentar, vencedora do trâmite eleitoral, será a responsável em aprovar o governo. Isto é, ao contrário do observado no presidencialismo de coalizão,¹⁷⁶ em que o apoio parlamentar resulta das negociações com o Executivo, no modelo misto o governo derivará da maioria parlamentar, abreviando a necessidade das trocas de favores, pois essa prática tende a diminuir em favor de um maior comprometimento, por parte dos partidos, com a legenda. Isso ocorrerá justamente porque a legenda que possuir a maioria no Congresso poderá indicar quem ocupará a função de primeiro-ministro.

Entretanto, ao buscar teorizar um sistema semipresidencialista brasileiro analisando os fatos histórico-políticos, é necessário considerar a possível existência de uma coalizão semelhante ao "presidencialismo de coalizão" de Abranches. Nesse sentido, preliminarmente, deve-se ressaltar que a coalizão é um fenômeno existente tanto no presidencialismo, como também no sistema misto, objeto de exame deste artigo, além do parlamentarismo, tendo o inglês como o mais notório. Tal coalizão dar-se-á de modo distinto, sendo simplesmente a forma em que os partidos se organizam, de maneira coesa, para compor maioria ou ter acesso a algum ministério e, por conseguinte, participação governamental, não implicando, necessariamente, em práticas clientelistas e pouco republicanas. A este passo, Downs adere que a coalizão é formada por "um grupo de indivíduos que têm certos fins em comum e cooperam entre si para atingi-los."¹⁷⁷

Dos exemplos indicados, o Parlamentarismo inglês, por dispor de uma majoritária história política com mínimas coalizões entre o gabinete e o parlamento, é o melhor a ser comparado, porque ainda é possível visualizar a

¹⁷⁵ ABRANCHES, op. cit., 1988.

¹⁷⁶ ABRANCHES, id., 1988.

¹⁷⁷ DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: EDUSP, 1999, p. 46.

existência da prática dessas alianças políticas.¹⁷⁸ Sendo por decorrência do sistema bipartidário, já que possui dois principais partidos – Conservador e Trabalhista – que se pode observar o sistema britânico. O partido que obter o maior número de cadeiras no Parlamento será aquele responsável em formar o gabinete, isto é, o governo. Isso tem como resultado a existência de um Executivo com maioria mínima, mas necessária para aprovar a sua agenda, e uma forte oposição, embora insuficiente numericamente para impedir o avanço das propostas legislativas do governo.

Desse modo, por haver um comprometimento com as respectivas legendas partidárias e uma majoritária coesão nos dois principais partidos, a possibilidade de um gabinete de coalizão é mínima. Contudo, isso poderá ser evidenciado quando um terceiro partido, com fragilidade numérica eleitoral na composição do parlamento, conseguir, a partir de articulações, uma maioria para formar o governo.¹⁷⁹ E diante disso, é fato que este será um gabinete de coalizão, ao possuir uma minoria partidária no parlamento, que necessitará de negociações e alianças políticas para avançar com as suas propostas legislativas. Demonstrando, assim, a possibilidade, embora mínima, do fenômeno da coalizão no parlamentarismo inglês.

Já no tocante à coalizão no sistema político brasileiro, esta é uma condição para o funcionamento da agenda governamental. Contudo, diferente do bipartidarismo britânico que possui o comprometimento e a coesão dos partidos, o Brasil vive um pluripartidarismo. O fato da existência de 33 partidos, na qual cada um dispõe de suas respectivas reivindicações e interesses, demonstra que um semipresidencialismo brasileiro disporá sempre de um gabinete de coalizão, sendo de fundamental importância ratificar que este iria dispor de alianças semelhantes já vividas pelo presidencialismo de coalizão, diferindo assim do gabinete de coalizão britânico. A diversidade de partidos no sistema proporcionará ao partido majoritário no parlamento, mesmo com o maior número de cadeiras após o resultado eleitoral, uma enorme dificuldade em atingir uma maioria absoluta para formar o gabinete e propor a agenda governamental.

Desse modo, o que se evidenciaria no sistema político brasileiro é justamente as mesmas práticas que ocorrem no atual presidencialismo: uma política de coalizão em busca de formar um governo majoritário no parlamento, que para avançar com suas propostas legislativas se utilizaria da criação e loteamentos de ministérios, do clientelismo, como também das emendas parlamentares e às vezes até mesmo de práticas pouco republicanas, em busca de se manter e angariar apoio político para avançar com a sua agenda. Ratificasse, assim, o debate sobre o sistema de governo semipresidencialista como uma proposta que precisa e deve vir acompanhada de outras mudanças estruturais no sistema político do país.

7 Mecanismos da dissolução do parlamento

Buscando minimizar os efeitos de crises políticas e econômicas que acabam sobrecarregando a seara jurídica, os variados sistemas de governos utilizam de seus mecanismos institucionais para melhor resolver tais problemáticas (repise-se que nem sempre esse objetivo é atingido). A respeito

¹⁷⁸ LIIPHART, Arend. O modelo Westminster de democracia. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 28-29.

¹⁷⁹ LIIPHART, *Ibid.*, p. 30-32.

desses procedimentos, a dissolução do parlamento surge como um exemplo utilizado em países semipresidencialistas, parlamentaristas e até presidencialistas.

O híbrido sistema semipresidencial oferta meios para escapar de governos problemáticos. A dissolução do parlamento, por exemplo, surge como medida mais prática e rápida para solucionar possíveis crises sem causar excessivos desgastes institucionais. Acerca do semipresidencialismo, Barroso explana:

O semipresidencialismo é a síntese de experiências políticas diversas vividas por inúmeras democracias contemporâneas maduras. Por ser um sistema híbrido, desenvolvido racionalmente, tem a possibilidade de conciliar aspectos positivos de cada um dos modelos puros [parlamentarismo inglês e presidencialismo americano], com o expurgo de algumas de suas disfunções.¹⁸⁰ (grifos nossos)

A referida dissolução acontece por meio da antecipação das eleições ou convocação de novas, que serão abordadas em um segundo momento. Quanto à antecipação, esta se refere aos pleitos eleitorais parlamentares que ocorrem meses depois das presidenciais, pois em países como a França há essa divisão no calendário eleitoral a fim de propiciar melhores formações de apoio e oposição parlamentares, devido ao voto popular consciente de quem venceu as eleições executivas.¹⁸¹ Sobre a dissolução, o renomado constitucionalista anteriormente citado ensina com brilhantismo:

A principal vantagem que o semipresidencialismo herda do parlamentarismo repousa nos mecanismos céleres para a substituição do Governo, sem que com isso se provoquem crises institucionais de maior gravidade. O Primeiro-Ministro pode ser substituído sem que tenha de se submeter aos complexos e demorados mecanismos do *impeachment* e do *recall*. Por outro lado, se quem está em desacordo com a vontade popular não é o Primeiro-Ministro (ou não é apenas ele), mas o próprio Parlamento, cabe ao Presidente dissolvê-lo e convocar novas eleições.¹⁸²

Em um primeiro momento, se o presidente tiver a seu favor o restante do Governo, aumenta a incidência de antecipar as eleições para aproveitar o bom serviço governamental – chamadas *surfing elections*.¹⁸³ A respeito desse contexto, pode-se fazer alusão às eleições antecipadas da Ucrânia, em 2019, quando o recém presidente eleito com 73% dos votos, Volodymyr Zelensky, dissolveu o parlamento assim que iniciara seu mandato com o intuito de possuir maioria parlamentar e, conseqüentemente, gozar de maior governabilidade.¹⁸⁴

Por outro lado, caso o chefe maior do executivo não tenha governabilidade na sua coligação, as eleições são antecipadas para colocar em destaque as falhas de tal governo – chamadas *failure elections*.¹⁸⁵ Nas eleições de Portugal em 2011, *exempli gratia*, o então Primeiro-Ministro, José Sócrates, convocou novas eleições por não deter de maioria parlamentar devido às crises

¹⁸⁰ BARROSO, op. cit., p. 34.

¹⁸¹ Disponível em: <https://www.politize.com.br/sistema-eleitoral-frances-como-funciona/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹⁸² BARROSO, op. cit., p. 18.

¹⁸³ PINTO; RAPAÇ, op. cit., p. 66.

¹⁸⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/20/na-posse-novo-presidente-da-ucrania-dissolve-parlamento-e-antecipa-eleicoes.ghtml>. Acesso em: 6 fev. 2021.

¹⁸⁵ PINTO; RAPAÇ, op. cit., p. 66.

presentes em seu governo anterior, a fim de atingir maioria governamental. Porém, Sócrates fora derrotado nas eleições e renunciou ao cargo, deixando a vaga para o líder da oposição, Pedro Passos Coelho.¹⁸⁶

Ademais, outra hipótese é quando os presidentes utilizam seus poderes para influenciar o calendário eleitoral e beneficiar o desempenho do primeiro-ministro que pertencer ao mesmo partido político na eleição antecipada. Dentro dessa conjuntura, infere-se que o primeiro-ministro que for do mesmo partido do presidente (detentor de poderes significativos de dissolução) tem melhor desempenho em eleições antecipadas comparando às eleições regulares.

Faz-se necessário ressaltar que é preciso haver formas regulamentares para a dissolução parlamentar, como as existentes em França e Portugal (consulta prévia feita ao Primeiro-ministro e presidentes da Câmara dos Deputados e Senado Federal, no caso francês; e consulta aos partidos políticos e Conselho de Estado, no contexto do país lusitano). Afinal, como já exposto, o impeachment tornou-se um vício do presidencialismo e não seria sadio tornar a dissolução, também, um vício do sistema semipresidencial. Conveniente exemplo disso é a Constituição do Peru de 1993, que permite a possibilidade de dissolução parlamentar em casos de moção de censura do Senado direcionadas ao Conselho de Ministros da Suprema Corte.¹⁸⁷

No contexto legislativo brasileiro houve algumas propostas de emendas à constituição com o objetivo de instaurar o modelo semipresidencialista como forma de governo; entre elas, cabe destaque a PEC nº 102 de 2015, de autoria do senador sergipano Antônio Carlos Valadares.

Vale ressaltar alguns pontos específicos da referida proposta que podem acarretar vicissitudes no cenário político, haja vista que o art. 86-E previa a possibilidade de o Primeiro-Ministro propor ao Presidente da República a dissolução da Câmara dos Deputados em caso da maioria parlamentar que havia aprovado o Conselho de Ministros negar, posteriormente, apoio à execução do programa de governo.

Sobre a proposta supramencionada, ela desconsidera que convocar recorrentemente novas eleições fora do período eleitoral – ou seja, não se trata de *surfing* ou *failure elections* – sempre que um governo não tiver maioria no parlamento seria um processo pouco republicano, pois o parlamento sempre deveria estar sujeito aos desejos do Executivo.¹⁸⁸ Ademais, convocar milhões de brasileiros às urnas semestralmente poderia causar mais instabilidade devido à falta de tempo governamental a ser analisado e julgado pelo povo.

¹⁸⁶ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/partido-do-governo-perde-elei%C3%A7%C3%B5es-em-portugal/a-15133157>. Acesso em: 06 fev. 2021.

¹⁸⁷ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2020-01/peruanos-foram-urnas-apos-dissolucao-do-parlamento>. Acesso em: 06 fev. 2021.

¹⁸⁸ Acerca disso, na seara jurídico-política brasileira, a Carta de 1937, por exemplo, designava superpoderes ao Presidente da República que poderia dissolver a Câmara dos Deputados caso esta não aprovasse medidas tomadas pelo Chefe do Executivo durante a vigência de estado de emergência ou guerra (Arts. 75, b; e 167, parágrafo único), configurando aquele período como uma ditadura constitucional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.

Outra possibilidade de dissolução proposta pela Emenda N° 1 da referida PEC, com redação dada pelo Art. 86-B, dar-se-á quando a Câmara dos Deputados não aprovar os dois candidatos ao cargo de Primeiro-Ministro indicados pelo Presidente, seguida por outra negativa da Câmara decorrente da indicação do Senado e, por fim, quando a Câmara não escolhe o Chefe de Governo. Procedimento formal semelhante sucedeu na Espanha, onde o Rei Felipe VI dissolveu o parlamento, em 2019, por ter decorrido o prazo de formação de nova investidura, convocando novo pleito eleitoral.¹⁸⁹

Ainda sobre a Proposta de Emenda à Constituição citada, valendo-se do Art. 84, I, o Presidente deveria exonerar o Primeiro-Ministro na conjuntura em que a Câmara aplicasse a moção de censura ao chefe de governo. Em outros termos, essa solução se desenvolve como uma melhor forma de alteração no poder Executivo em relação ao *impeachment*, haja vista que não precisaria de muitos trâmites para ser consumada e, de modo consequente, evitar-se-ia desgastes político-institucionais.

Por último, é imperioso salientar que a dissolução parlamentar, por ser uma ferramenta introduzida no sistema, pode ser utilizada para aquisição de governabilidade, mas também pode-se usá-la com finalidade de realizar manobras políticas do Poder Executivo, configurando, desse modo, o parlamento por questões ideológicas. O Chanceler alemão Helmut Kohl, em 1983, *verbi gratia*, submeteu-se à uma moção de confiança mesmo tendo ciência de que não iria conseguir, para que o então presidente Karl Carstens dissolvesse o parlamento.¹⁹⁰

A este passo, a bibliografia estudada desconsidera o real perigo ao atribuir a prerrogativa de dissolução ao Presidente em casos de, por exemplo, “desacordo com a vontade popular,”¹⁹¹ pois em um país como o Brasil, com histórico autoritário, um superpresidente dissolveria recorrentemente o parlamento, causando, por conseguinte, instabilidade no sistema político. Por seu turno, a principiante inspeção visualiza a possibilidade de trazer maior estabilidade ao Presidente em um sistema já estável, corrigindo as vicissitudes do mesmo, e não atribuindo superpoderes ao Presidente em um sistema que não funcione.

Diante do exposto, pode-se observar que a dissolução não é um procedimento exclusivo de países parlamentaristas e semipresidenciais, sendo utilizada, também, no regime presidencialista (caso peruano). Infere-se, ainda, que a aplicação desta nesses variados países pode gerar insegurança – jurídica, política e/ou econômica – mas pode, circunstancialmente, mitigar cenários caóticos. Em suma, refletindo sobre tal mecanismo no Brasil, seria mister uma proposta jurídica sem lacunas, para não prejudicar o quadro político e econômico; caso contrário, dificilmente poder-se-ia pensar em maturidade democrática e institucional no país.

8 Conclusão

À face do exposto, é compreensível que diante de uma crise institucional os parlamentares e intelectuais proponham reformas políticas como a troca do sistema de governo, pois ao considerarem que o sistema presidencialista é

¹⁸⁹ Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/rei-confirma-dissolucao-do-parlamento-e-eleicoes-a-10-de-novembro-11334031.html>. Acesso em: 6 fev. 2021.

¹⁹⁰ Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/1983-dissolu%C3%A7%C3%A3o-do-parlamento-alem%C3%A3o/a-302876>. Acesso em: 6 fev. 2021.

¹⁹¹ BARROSO, op. cit., p.18.

pouco flexível e, portanto, incapaz de lidar eficientemente com as crises e os problemas de governabilidade, o referido sistema passa a ser algo que precisa ser aprimorado.

Ao passo que, enquanto o Semipresidencialismo, como um modelo híbrido, tem por características: um presidente estável, devido à divisão de funções em cargos distintos e uma melhor aplicabilidade do voto econômico; um chefe de governo que inicia seu mandato já com maioria parlamentar, impondo coparticipação parlamentar nas atividades do Executivo; troca efetiva de governo, em caso de pouca governabilidade e/ou crimes de responsabilidade. Configurando, dessa forma, um reforço democrático para o Brasil.

Entretanto, verificou-se que o modelo semipresidencialista não seria capaz de provocar reais mudanças no atual panorama político brasileiro, pois este prescinde de características institucionais ausentes no Brasil, como a coesão partidária, quase inexistente devido à atomização dos mesmos e fidelidade dos parlamentares para com seus partidos e suas respectivas ideologias (também em escassez).

Cabe salientar, também, que uma eleição parlamentar ocorrida meses após as eleições presidenciais, embora não seja um mecanismo axial para a implementação do referido sistema, seria necessária para a dissolução do parlamento e convocação de eleições antecipadas como uma forma de aprimoramento do próprio sistema.

Portanto, a pesquisa apresenta por resultado que o Semipresidencialismo seria, tão somente, eficaz na mitigação de crises políticas-institucionais do atual cenário nacional se precedida de reformas eleitorais e partidárias. Com isso, corrigir-se-á de forma atenuante suas vicissitudes. Logo, se assim posto, não é exaurida a esperança de ter-se um futuro estável para o Brasil, com um novo sistema insigne que atalhe um histórico presidencialista que tanto sangrou o país.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. **DADOS-Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, n.1, 1988. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251415/mod_resource/content/1/AbbranchesSergio%281988%29_PresidencialismodeCoalizao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BANHOS, Tiago Paes de Andrade. **Crise do Presidencialismo no Brasil: Semipresidencialismo como alternativa?** 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, n. 3, jul./set. 2006. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5588083/mod_resource/content/1/Texto%20Barroso%20Sistema%20de%20Governo%2C%20eleitoral%20e%20partid%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição 102, de 19 de agosto de 2015**. Institui o parlamentarismo e dá outras providências. Senado Federal, DF, 19 ago. 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122400>. Acesso em: 8 nov. 2020.

DOWNS, Anthony. **Uma teoria econômica da democracia**. São Paulo: EDUSP, 1999.

FRANÇA. **Constituição da República da França de 1958**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur>. Acesso em: 16 dez. 2020.

GRAMACHO, Wladimir. Popularidade e economia no semipresidencialismo português. **Análise Social**, v. 43, n.188, p. 531-550, jul. 2008. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732008000300003&lng=pt&nrm=i&tlng=pt. Acesso em: 28 jan. 2021.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. Sistemas de governo: o presidencialismo no Brasil e os casos de impeachment. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, ago. 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53257/sistemas-de-governo-o-presidencialismo-no-brasil-e-os-casos-de-impeachment>. Acesso em: 28 jan. 2021.

LIIPHART, Arend. O modelo Westminster de democracia. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 27-39, 2003.

PINTO, António Costa; RAPAÇ, Paulo José Canelas. **Presidentes e (Semi)Presidencialismo nas Democracias Contemporâneas**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2019. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/32422/1/ICS_ACPinto_Presidentes%20e%20%28Semi%29Presidencialismo_LIV_ORG.pdf. Acesso em: 28 jan. 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República de Portugal de 1976**. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art81>. Acesso em: 24 nov. 2020.

SARTORI, Giovanni. **Partidos e sistemas partidários**. Brasília, DF: UNB, 1982.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? **Revista de informação legislativa: RIL**, v. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017.

Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59. Acesso em:
28 jan. 2021.

VILLA, Marco Antonio. **A história das Constituições Brasileiras**. São Paulo:
LeYa Brasil, 2012. E-book.

POEMA
Ignorância

Carolina Lima do Nascimento*

Fugindo de seus desejos
O ser humano se encontra
Podando-se tal qual planta
Numa mesóclise excludente
De estrutura carente
Maquiando outros erros...

Perdendo-se na usura
Ignorando vontades
Subvertendo verdades
Mãos e braços atados
De inimigos declarados
Inibem revoltas futuras...

Hoje vivemos mais anos
Tanto tempo
Tão pouca ação

No rotineiro
Canto da ferrugem
Óleos nos olhos
Colírios jogados no chão

Você engole os sapos
Que os pântanos te vomitam
Envoltos em bile,
Dilaceram seu pâncreas

Você não sente pena
Se vê sua menina chorar
Amor, ah, coisa tão banal!
Orgástico mesmo é ser igual.

* Discente UFS / Departamento de Direito.

POEMA
Interno andarilho

Vitor Hugo Almeida Santos*

Enovela-se o ser em densas camadas de transitória existência
Aprofundando-se na semente viva de si, em instantes e afetos
Sabores abstratos da arte, coração pulsando cálida substância
Frágil vida que, em corpo-campo, palpita em silente imersão
Em alma e matéria, em lucidez e emoção: enervantes opostos
Numa trajetória de tortuosa espiral, de dores e lutas crescentes
Resguardam as intocadas profundezas estes tantos pormenores
De imperceptíveis cicatrizes, quietos olhares e vozes fatigantes
Auras incandescentes desbotadas pelo duro exaurir das tristezas
Pelas arfantes e temerosas quedas, pela resistência às asperezas
Pela euforia e iminência de se desvendar em percursos pelas artes
Internas andanças, acaloradas epifanias, vida submersa em cores
Esotéricas e simbióticas coexistências e sentimentos incessantes
Emaranham-se no cerne existencial íntimos aspectos peculiares
E em meio aos ecos abstratos, uma bússola interior norteia atos
Diante de tantos turbilhões, a voz norteadora conduz a alentos
A voz-âncora clama os mais profundos e incendiantes ardores
E sussurra ao coração quando não há mais flama nem deleites
Assim, desenraizo-me de terrenos inférteis para ser expansão
Transgredir fronteiras intangíveis, preservar a essência dantes
Sincronizando incessantes metamorfoses internas à cadência
Do mundo exterior, do que foge ao autocontrole e à fixação
O andarilho a me habitar internamente faz de mim narração
Travessia, enigma, monólogo interior à procura de vivência
E no etéreo crepuscular, na candura de sorrisos, no amargo
No melífluo do amor, na fragrância das flores, na aurora
Nos alvoreceres, nos banhos de luar, no espírito náufrago
Na cadência dos passos, nos tons das vozes, na vida afora
A pequena flama dos dias se prolonga como lenta canção
A ecoar pela primavera, pelo florescer de bonita quimera
Na espera de tanta ventura, sou poema sobre reinvenção.

* Discente UFS / Departamento de Direito.

CONTO

O Triunfo dos Olhos Fraternos

Vitor Hugo Almeida Santos*

1 Revelação

Ao chegar cedo à universidade, Luana encontrava, sempre, seu amigo de infância, Abelardo, com um de seus habituais e estranhos casacos, sentado e reflexivo, junto de sua escaleta, sob a sombra das árvores, cujos galhos volumosos oscilavam, em beatitude, no pátio morno do campus universitário, em contraste com o modo como o círculo de amarguras e meditações indesatáveis remoíam-se em seu núcleo marcado pela dualidade.

Durante sua rotineira solitude nas manhãs, ele vislumbrava, porventura, ao seu redor, os olmos e os ipês coloridos que, a cada estação vivida, modificavam-se biofísicamente, e de natureza semelhante, a atmosfera inerente, volúvel e excêntrica dele também se alterava na imensidão indecifrável das correntezas ambíguas de seu ser contido.

Após as cantilenas habituais tocadas por ele na presença dela, ambos conversavam, ou na praia, ou na universidade, ou na casa de um, sobre assuntos triviais que, gradativamente, expandiam-se para uma discussão acerca de, por exemplo, o racionalismo científico de Carl Sagan, a poética de Cecília Meireles e de Adélia Prado, a literatura introspectiva e interligada de Caio Fernando Abreu e de Clarice Lispector.

Todavia, prosear sobre a vida pessoal, aparentemente, mostrava-se um tema muito indelicado e embaraçoso para ele, a ponto de sequer discorrer acerca dos próprios devaneios e angústias, permanecendo trancafiado em seu impenetrável invólucro interior. Por outro lado, como Luana sempre fora tagarela e extrovertida à demasia, ela ocupava as horas livres que os dois tinham, no decorrer do dia, para prosear também sobre suas confidências, quimeras e seu intenso temperamento sanguíneo.

Entrementes, Abelardo, sempre, permanecia como ouvinte, calado e melancólico, inapto a emitir ou a retrucar, porventura, algo particular à sua amiga, quando, na realidade, no fundo de sua alma, ele apenas queria, veementemente, aflorar-se ao mundo com a mesma liberdade que desfrutava ao tocar música em sua escaleta.

No entanto, felizmente, a presença de um e de outro harmonizava os dilemas íntimos e familiares que defrontavam, porque, conquanto nunca houvessem dito isso em palavras, sabiam que, ao olharem-se frente a frente, os olhos incandescentes de jovialidade de cada um expressavam a afinidade simbiótica entre eles e a benevolência do espírito amigável de ambos.

Ao chegar do serviço de bibliotecário, Abelardo, sozinho e ocupado em frente à escrivaninha de seu quarto, entre trabalhos e futuras provas da faculdade, distraía-se, com frequência, ora com “Orlando, uma biografia”, de Virginia Woolf, ora com “A garota dinamarquesa”, de David Ebershoff, os seus livros de cabeceira. À vista disso, preenchia a maior parte dos dias no quarto, cuja única janela ananizada de vidro opaco deixava a luminosidade exterior invadir e cortar, gradualmente, em turvos e dourados seixos de claridade, a obscuridade interna e os seus olhos ofuscados pela melancolia.

Entretanto, em certo entardecer, entre abafadas lágrimas de desespero

* Discente UFS / Departamento de Direito.

a deslizarem, sem trégua, pelo seu semblante, Abelardo, com os braços repletos de cicatrizes à mostra, revelou à amiga o excruciante conflito em que vivia, rotineiramente, às ocultas consigo: a automutilação.

Atordoada e perplexa, Luana tentou, sentidamente, obter alguma explicação do porquê de ele submeter-se àquilo e escondê-lo de todos. Entre soluções, inquietação e embaraço desmedidos, os lábios vermelhos, carnudos e macios dele moviam-se, trêmulos, até irromper, de repente, como as difusas fragrâncias enfiadas liberadas nas primaveras luzidias, a palavra, de fato, tão lindamente emocionante para si: identidade.

Depois, ao levantar a cabeça e fitá-la seriamente, ele irradiou, através de seus olhos úmidos e tristonhos, a significativa mensagem que, em silêncio, tocou-a e, enigmaticamente, incorporou-se à visão e ao coração solidário de Luana. Aquela mesma mensagem que, havia muito, tentara transmitir oralmente, mas que era incapaz de proferir, até então, por insegurança e receio do efeito imprevisível que tal revelação poderia trazer à amizade dos dois.

Mal sabia que, mediante um vocábulo (isto é, identidade, que, apesar de parecer singelo, abrange significados complexos) e uma troca de olhares autênticos, profundos e receptivos por um esclarecimento, poder-lhe-ia expressar a ambiguidade existente nele. Em um silêncio apaziguador, ao sentir aquela única palavra dita por ele pulsar progressivamente em si, Luana foi, aos poucos, tentando depreender, com o tato e a empatia peculiares pertencentes apenas aos verídicos amigos de espírito, o "eu" supremo e consciente de Abelardo.

2 Metamorfose

À medida que Luana o aceitava e o compreendia em seus dilemas íntimos, Abelardo foi-se desbotando até desaparecer para ela, enquanto o amor amigável dela, por ele, foi-se transmutando em outras intensas afeições prodigiosas que Luana nunca havia saboreado com tanto êxtase: genuína amizade, admiração e felicidade por "ela".

Por aquela "pessoa secreta" que sempre esteve ali, tão perto de Luana e, ao mesmo tempo, tão distante e escondida dentro de si, e por isso, Luana não saberia nem poderia trazê-la à tona antes da autoaceitação de Abelardo. Decerto, ele teria de morrer para desabrochar e avivar, plenamente, o seu outro ser, o mais importante, legítimo e sempre existente: Íris, a moça camuflada que, por medo e reverência aos intolerantes, esperava, apreensiva, pelo dia no qual deixaria de viver encarcerada e atormentada dentro de um corpo que não era o seu, de fato.

Quando contou a Luana que, além de cortar-se, no intento de esquecer e transferir, por um momento, a dor emocional para a tortura física, e de haver cogitado, inúmeras vezes, maneiras de extinguir, de forma instantânea, a própria vida infeliz com suas angustiantes sensações de desconforto e repúdio a quem ela era, enquanto chorava, desesperada e abafadamente, sob o chuveiro e o cobertor, Íris revelou-lhe também as complicações das frequentes infecções urinárias enfrentadas todos os dias, em virtude de evitar, relutantemente, a repugnância sempre sentida em relação a si, durante a micção.

Simultaneamente, surgiam, em ambas as amigas, incessantes perguntas à procura frenética de respostas, como uma súplica por clareza ao destino sobre a resolução da situação aflitiva a acometê-las. Após ponderar

muito sobre a questão, Íris aceitou ir morar na casa de Luana, alegando aos pais que necessitava de imediata autonomia. Renunciou, enfim, à faculdade e ao emprego de bibliotecária, devido à tristeza avassaladora que lhe acudiu.

"Como?", Íris repetia ininterruptamente, olhando, deitada e alucinada, para o teto branco da casa, enquanto ouvia, de modo vagaroso, o ruído metálico dos automóveis e o batuque dos pés calçados em passos sucessivos nas calçadas asfaltadas. Ao lembrar-se das pessoas, entristecia-se e temerava as mais insensatas possibilidades, caso estivesse vestida como uma mulher naquele instante, em meio à multidão, porque, desde breve, já suspeitara o pior de todos.

E o sofrimento redobrava, à proporção que a sensação de estar eternamente enclausurada dentro de seu casulo desesperava-lhe. Em seus prantos de dores indescritíveis, ao cerrar os dentes com força, agarrava, furiosa, os travesseiros à sua volta, esforçando-se para não se hostilizar corporalmente. O sentimento experimentado assemelhava-se a de alguém que, em um deserto árido, como o Saara, sob um sol tostado e sangrento, não possui o auxílio de ninguém e, em meio a escorpiões aterradores, tenta, sem sucesso, orientar-se rumo ao Nilo, com a persistência da penúria sedenta e férvida em seu íntimo.

Enquanto ouvia sua amiga desabafar as próprias aflições aglomeradas durante tantos anos em que permanecera escondida e silenciosa, Luana, gradualmente, com os olhos, ampliava-se em si e no espírito de Íris, e fluava, como plumas, na abrangência do incorpóreo, a fim de estabelecer, com sua amiga, uma comunicação metafísica a envolver a mais profunda sensibilidade, porque era lá, nos olhares de cada uma, nos quais as almas, submergidas em águas infundáveis, Tateavam-se, fundiam-se e, então, alcançavam o liame transcendente a enlaçá-las: a fraternidade, de caráter condolente e dignificante, refletida na amizade genuína, aquela que aprecia a liberdade de existência plena do outro com altruísmo e empatia, sem julgamentos preconcebidos.

Ao ver-se em um impasse perturbador diante de alguém a reconhecer-se como indigno de viver em sociedade, Luana, por fim, percebeu que Íris apenas convencer-se-ia de que era digna de viver se recebesse amor de outrem. Então, abraçando-a acalentadamente, aflagando-a o cabelo e fazendo-lhe graciosas perguntas para conhecê-la mais a fundo, Luana, lentamente, diminuiu o espaço vazio entre o seu otimismo cintilante e a cinzenta desesperança de sua amiga, com o transcorrer das estações exuberantes em brio e autoconhecimento...

3 Aurora

Nas tardes de verão, em que passavam, contíguas, na praia, a fim de ver o crepúsculo alastrado no azul do mar profuso, o fervilhar de ondas dissipando-se em espumas borbulhantes, em meio à cantilena da escaleta entoada por Íris, despertava-lhes delírios cativantes na iminência de pincelarem, oniricamente, no azulado firmamento rosáceo entremeado por barcos flutuantes de algodão escarlate, as harpas e as asas vigorosas dos anjos, em cuja existência, embora abstrata, acreditavam.

Ao passo que, neste ínterim, viviam da calma, do ócio e da beldade cálida do verão, sentiam profunda poesia a florear dentro delas: turbilhões de borboletas e vagalhões de pássaros rodavam os seus corações florísticos que, sintonizados pela sinfonia da mútua benevolência, alvoreciam em amor

colossal pela vida que se descortinava ora temerosa, ora prazerosa, em frente a elas. Ao sentir Íris florescendo em autoaceitação, Luana, certa vez, escreveu em seu diário:

Antes, ao depararmos com precipícios que, ligados por uma instável, comprida e fina ponte – e não um mero pontilhão –, nos separava de uma ponta a outra, interpuseram-se entre nós as montanhas permeadas pelos desordenados rios torrenciais, cujas ondulações frenéticas e temíveis, que enxergávamos abaixo de nós, hesitávamos em qualquer ação progressiva: afinal, era eu ou ela que deveria atravessá-la?

De repente, percebi que o alvo era ela e que eu deveria instigá-la a realizar tal trajeto, sem apreensão, até a mim e, ao segurar a minha mão, andaríamos juntas, como inseparáveis amigas, para sempre. Então, das incertezas a acudirem-me em relação ao porvir da moça irresoluta que, na outra margem da ponte, hesitava em transpô-la e a tudo aquilo que, ao redor, escorria, ininterruptamente, para a sucessão e o acaso das dimensões temporais, eis que, por fim, vislumbro meu "eu" integrar-se, por espontaneidade, ao que desconheço e me deslumbra.

Porque ao procurar por respostas claras e completas e por definições precisas para tudo o que me compunha e me acontecia, eu reprimia a infinitude do mistério que residia nas proximidades e ao longe de mim. Sou incapaz de entender Íris com exatidão, contudo, posso senti-la tão ardentemente vivaz, ao contemplar os seus misteriosos e tímidos olhos. Pois, é através do desconhecido, daquilo a não se saber nem se ver em plenitude, do qual germina um ímpeto ascético, uma força maior a confrontar a obscuridade e a converter a inquietude dos seres diante dos enigmas fascinantes em propulsora vontade de se desvendar o nebuloso jacente no obscuro, seja o de dentro, seja o de fora.

Os olhos são os espelhos que demarcam a fronteira do corpóreo para o além indesvendável a fazer-se apenas pressentido. E é pelo desconhecimento do que lá se encontra que eu amo as diversificadas e inexplicáveis cores e essências da vida, e o máximo a ser feito por mim, para honrá-las em suas incontestáveis singularidades, é respeitá-las e ilimitá-las na importância de seus significados em mim, você, nela, nele – em nós.

Pois, a contiguidade de viver liga-nos àquela ausência de sentido sobre as nossas enigmáticas origens que nos acomete e nos iguala, em sincronia, para um mesmo fim. Da superficialidade dos corpos, eu me enleveei a um modo maravilhoso de sentir o intangível à custa das mensagens conquistadas pela força maior a nos unir, através de nossos olhos fraternos os quais caracterizam a nossa amizade espiritual: uma entrega nobre e verdadeira à vida

interior e, por assim dizer, um grande triunfo, também, para quem a exalta e se deixa senti-la em um mundo, precariamente, repleto de corpos vazios, de almas desertas. Tal dilema enfrentado por ela me fez enxergar que todos nós somos muito além das meras carnes que nos revestem, pois ser-se é transcender limitações.

De maneira alegórica, quando virar uma plena e duradoura borboleta, a querida Íris soltará, pouco a pouco, o seu pó colorido e lustroso sobre a amargura de várias consciências repletas de frieza. Com sua história e sua aspiração de querer tornar as pessoas mais empáticas, ela deixará cair, involuntariamente, com o bater de suas asas, o pó iluminado sobre os reveses da apatia alheia. Por certo, sei que a firmeza dela será impelida e posta à prova, contudo, acredito que uma abundante valentia está a florando, devagar, para encaminhá-la para os atalhos mais cautelosos, em meio à árdua jornada a aproximar-se diante dela.

Embora ciente de que, ao alcançar o seu maior anseio — a redesignação sexual — em um futuro ainda indeterminado, muitos entes incompreensíveis dir-lhe-iam que jamais seria uma mulher inata, Íris entende, hoje, pura e simplesmente, que, apesar de o corpo ser, na percepção de pessoas bastante hedonistas, reduzido apenas ao aspecto sexual, aquele não possui relevância alguma se a verdadeira essência não o aceita.

Por outro lado, admito ser estranho olhá-la e recordar, naturalmente, todas as circunstâncias nas quais estive ao lado "dele". Em outrora, nunca perceberia que "ele" vivia, infeliz, dentro de uma redoma intrínseca, que "ele" era o espectro obscuro de um ser tão resplandecente e almejante por uma digna aurora: ela. Mesmo que os procedimentos cirúrgicos completem este ser humano que prezo na pessoa que deveria ter sido no início de sua criação, a pujança de minha admiração, fidelidade e satisfação, por Íris, sobreleva as minhas memórias pelo longínquo e já esvaído Abelardo.

Desde que ela emergiu para dentro de mim, eu choro e canto de felicidade, cada vez mais, pelas canções melódicas produzidas por ela em sua escaleta. Isso me parece indicar a provável beleza que ela está descobrindo em relação a si e que, ao mesmo tempo, está quase no final do trajeto pela ponte, aceitando que ousar a nascer é, também, criar uma zona de possíveis e complexas cicatrizes com inevitáveis confrontos. E, por isso, sinto que, cedo ou tarde, ela, como uma flor 🌸, brotará, em exuberância, para o frescor que, agora, lá fora, se balança em radiantes acácias e pétalas, sob um lindo e esperançoso arco-Íris...

Com afeto,

Luana.

E, quando, finalmente, Luana ajudou-a a maquiarse e a vestir-se com roupas e acessórios femininos, Íris, receosa, estava a par de que, ao sair para a rua, inúmeros indivíduos olhá-la-iam, com repulsa e desdém exasperantes. Mas, obstinadamente, ela prosseguiu na convicção de que não poderia mais prolongar a ausência de sua existência no mundo.

Ao pôr o primeiro passo fora da escuridão gélida e intimidante que imperava no seu casulo para o esplendor abrasador de uma límpida manhã, com as alpargatas novas e o vestido azul-anil de renda presenteado por Luana, Íris, com a respiração ofegante devido à sua ansiedade irrefreável, experimentou a magnitude de um sentimento incógnito o qual mesclava alegria imensurável ao êxtase do amor-próprio, que, naquela ocasião inesquecível, vivenciou-o pela primeira vez, com lágrimas abarrotadas de paixão pela vida.

Decerto, enfrentar de cabeça erguida qualquer espécie de preconceito ao lado de Luana e de pessoas transgêneros, seria, a partir de então, a primeira e principal luta a qual se entregaria com firmeza, de corpo e alma. E, com a luz que, de súbito, inflamou-se e clareou, em absoluto, aquelas suas antigas trevas melancólicas, assim deu-se, para Íris, com orgulho e braveza, o princípio de tudo...

MNEMÓSINE

Panathenaia, julho/2019.
(Isabelle, Bárbara, Rebêlo, Adriana, Leilane, Yasmin e Marina)



Panathenaia, julho/2019
(Arnaldo, Ângelo, Marina (canéfora), Rebêlo e Marcela)



Novembro/2019
(Rebêlo e Andrea Mensa)



(Laryssa, Angelo e Adriana)



(Canéforas: Adriana, Laura, Cecília e Laryssa)



(Leilane)



(Isabelle e Renata)