

ISSN 2764-7315

JUSTITIA



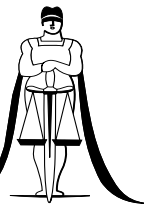
Publicada desde 1939

MPSP

A Revista do Ministério Público de São Paulo

219 jul./dez. 2022

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Diretor

Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

António Cluny (Portugal)	Jan Simon (Alemanha)
Antonio Magalhães Gomes Filho (<i>in memoriam</i>)	José Celso de Mello Filho
Antonio Scarance Fernandes	José Renato Nalini
Celso Lafer	Jorge Miranda (Portugal)
Dalmo Dallari (<i>in memoriam</i>)	Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Dirceu de Mello	Maria Berenice Dias
Eugênio Zaffaroni (Argentina)	Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Fabio Konder Comparato	Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Hugo Nigro Mazzilli	Roque Antonio Carrazza
Giulio Illuminati (Itália)	Rosa Maria de Andrade Nery

Coordenação-Geral

Carolina Bragança Silva

Revisão de Textos

Carolina Bragança Silva

Editoração Eletrônica

Marcelo Soares
Camilla Tauany Ribeiro Gomes

SUBÁREA DE APOIO TÉCNICO – REVISTA JUSTITIA
Rua Senador Feijó, 170 – 2º andar, sala 203 – Centro
CEP.: 01006-020 – São Paulo – Brasil
Tels.: (55) 11-3116-0807/0808/0809
E-mail: revistajustitia@mpsp.mp.br

As ideias e conceitos expressos nos trabalhos assinados
são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público

ISSN 2764-7315

Justitia	São Paulo	ano 83	v. 219	2022	jul./dez. 2022	p. 1-200
----------	-----------	--------	--------	------	----------------	----------

JUSTITIA / Ministério Público de São Paulo. São Paulo, SP : Procuradoria-Geral

de Justiça, Associação Paulista do Ministério Público, 1939 - .

Semestral

ISSN 2764-7315

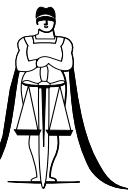
1939 – 2021 (1 – 217)

2022 (219,

1. Direito – Periódicos. I. São Paulo (Estado) Ministério Público.

CDU – 34(816.1) (05)

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
**Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público**

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Procuradoria-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

JUSTITIA

Diretor

Renato Kim Barbosa

Conselho de Administração

Antonio Luiz Benedan
Beatriz Lopes de Oliveira
Marcos Stefani
Rafael de Oliveira e Costa
Renato Kim Barbosa

Conselho Editorial

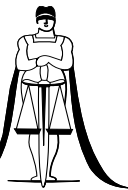
António Cluny (Portugal)
Antonio Magalhães Gomes Filho (*in memoriam*)
Antonio Scarance Fernandes
Celso Lafer
Dalmo Dallari (*in memoriam*)
Dirceu de Mello
Eugênio Zaffaroni (Argentina)
Fabio Konder Comparato
Hugo Nigro Mazzilli
Giulio Illuminati (Itália)

Jan Simon (Alemanha)
José Celso de Mello Filho
José Renato Nalini
Jorge Miranda (Portugal)
Jorge Figueiredo Dias (Portugal)
Maria Berenice Dias
Maria Schnebli (Zurique-Suíça)
Ricardo Boscovisch (Miami-EUA)
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery

Conselho Consultivo

Carlos Alberto de Salles
Gianpaolo Poggio Smanio
José de Oliveira
Susana Henriques da Costa
Vidal Serrano Nunes Júnior

JUSTITIA



Publicada desde 1939

Publicada pela
Procuradoria-Geral de Justiça em convênio com
a Associação Paulista do Ministério Público

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Ano 2023

Procurador-Geral de Justiça
Mário Luiz Sarrubbo

Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico
Wallace Paiva Martins Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Cíveis e de Tutela Coletiva
Vidal Serrano Nunes Júnior

Subprocurador-Geral de Justiça de Políticas Criminais
José Carlos Cosenzo

Chefia de Gabinete
Fernando Pereira da Silva

Secretaria Executiva da Procuradoria-Geral
Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Corregedor-Geral
Motauri Ciochetti de Souza

Vice-Corregedora-Geral
Liliana Mercadante Mortari

Diretora-Geral
Camila Moura e Silva

Ouvidor
Tiago Cintra Zarif

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO Composição – 2023

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Procuradores de Justiça – Conselheiros

Antonio Calil Filho

Antonio Carlos da Ponte

João Machado de Araújo Neto

José Carlos Mascari Bonilha

Jurandir Norberto Marçura

Marco Antônio Ferreira Lima

Pedro de Jesus Juliotti

Saad Mazloum

Tatiana Viggiani Bicudo (Secretária)

ÓRGÃO ESPECIAL DO COLÉGIO DE PROCURADORES DE JUSTIÇA Composição – 2023

Presidente

Procurador-Geral de Justiça

Mário Luiz Sarrubbo

Corregedor-Geral

Motauri Ciocchetti de Souza

Secretário

José Correia de Arruda Neto

Membros Natos

Pedro Franco de Campos

José Correia de Arruda Neto

Carlos Augusto Salles Sgarbi

João Machado de Araújo Neto

Jurandir Norberto Marçura

Walter Paulo Sabella

Rodrigo César Rebello Pinho

Ana Maria Napolitano de Godoy

Fernando José Martins

João Alves de Souza Campos

Luiz Antonio Guimarães Marrey

Plínio Antonio Brito Gentil

Paulo Afonso Garrido de Paula

Pedro Falabella Tavares de Lima

Perseu Gentil Negrão

Carlos Fernandes Sandrin

Maria do Carmo Ponchon da Silva Purcini

Rosa Aschenbrenner Consales

Nelson Gonzaga de Oliveira

Valderez Deusdedit Abbud

Membros Eleitos

Luiz Antonio de Oliveira Nusdeo

Mônica de Barros Marcondes Desinano

Hamilton Alonso Junior

Vidal Serrano Nunes Júnior

Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida

Sebastião Silvio de Brito

Delton Esteves Pastore

José Carlos Cosenzo

Roberto Livianu

Walter Tebet Filho

Wallace Paiva Martins Júnior

David Cury Júnior

Aparecida Maria Valadares da Costa

Renato Eugênio de Freitas Peres

Marcelo Rovere

Ricardo Barbosa Alves

Vânia Ferrari Tropia Padilla

Maria Cristina Barreira de Oliveira

Valter Foletto Santin

Eduardo Dias de Souza Ferreira

DIRETORIA DA ASSOCIAÇÃO PAULISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
Composição – 2023

Presidente

Paulo Penteado Teixeira Junior

1º Vice-Presidente

Gabriel Bittencourt Perez

2º Vice-Presidente

Eduardo Marcelo Mistrorigo de Freitas

3º Vice-Presidente

José Oswaldo Molineiro

1º Secretário

Pedro Eduardo de Camargo Elias

2º Secretário

Fernando Pereira da Silva

1ª Tesoureira

Fabiola Moran

2º Tesoureiro

Marcelo Dawalibi

Diretor de Relações Públicas

Francisco Antonio Gnipper Cirillo

Diretor de Patrimônio

Ruymar de Lima Nucci

Diretora de Aposentados

Marilisa Germano Bortolin

Diretor de Prerrogativas

Salmo Mohmari dos Santos Junior

Diretor de Esportes

Marcelo Orlando Mendes

EDITORIAL

Estimado(a) Leitor(a),

É com imenso prazer que apresentamos a edição do volume n. 219 da Revista *Justitia*, referente ao segundo semestre de 2022.

Na presente edição, disponível exclusivamente de forma eletrônica, damos continuidade à nossa missão quase centenária de entregar artigos jurídicos de relevância tanto à nossa comunidade interna quanto para qualquer cidadão que tenha interesse nos assuntos que aqui dispomos.

Os seguintes artigos estão na primeira seção: “As políticas públicas de igualdade e a discriminação racial”, de Wallace Paiva Martins Junior; “Dano extrapatrimonial conglobante na perspectiva da teoria da qualidade em direito do consumidor”, de Cássio Benvenuto de Castro; “Direito e tecnologia: possibilidades de integração”, de Rafael Bonfim Costa; “Ministério Público e curatela: reconstruindo dogma interventivo”, de Eloy Ojea Gomes; “O trabalho escravizado no Brasil: a exploração da mão de obra dos grupos vulneráveis no país e a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana”, de Catiane Steffen; e “O sistema de *Accountability* e o controle de corrupção”, de André Pascoal da Silva. Já na segunda seção, por sua vez, a revista traz o artigo “O Novo constitucionalismo latino-americano na atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos: estudo da decisão de 6 de fevereiro de 2020 no Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina à luz da opinião consultiva 23/17”, de Thomas Breillat.

Boa leitura e até a próxima edição da Revista *Justitia*!

Renato Kim Barbosa
Promotor de Justiça
Diretor da *Revista Justitia*

SUMÁRIO / CONTENTS

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS / CIVIL LAW, CLASS ACTIONS

As Políticas Públicas de Igualdade e a Discriminação Racial

Public Policies of Equality and Racial Discrimination

Wallace Paiva Martins JUNIOR 11

Dano Extrapatrimonial Conglobante na Perspectiva da Teoria da Qualidade em Direito do Consumidor (Sistematizando a Evolução do Entendimento do STJ)

Over Patrimonial Damage Pool from the Perspective of the Theory of Quality in Consumer Law (Systematizing the Evolution of the STJ's Understanding)

Cássio Benvenuto de CASTRO 36

Direito e Tecnologia: Possibilidades de Integração

Law and Tecnology: Integration Possibilities

Rafael Bonfim COSTA 64

Ministério Público e Curatela: Reconstruindo Dogma Interventivo

Public Prosecutor's Office and Curatorship: Reconstructing Interventional Dogma

Eloy Ojea GOMES 85

O Trabalho Escravizado no Brasil: a Exploração da Mão de Obra dos Grupos Vulneráveis no País e a Ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Enslaved Labor in Brazil: the Exploitation of the Labor of Vulnerable Groups in the Country and the Offense to the Principle of the Dignity of the Human Person

Catiane STEFFEN 124

O Sistema de Accountability e o Controle de Corrupção

Accountability System and Corruption Control

André Pascoal da SILVA 136

DIREITO CONSTITUCIONAL / CONSTITUTIONAL LAW

O Novo Constitucionalismo Latino-americano na Atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Estudo da Decisão de 6 de Fevereiro

de 2020 no Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina à Luz da Opinião Consultiva 23/17.

The New Latin American Constitutionalism in the Activity of the Inter-American Court of Human Rights: Study of February 6, 2020 Decision in the Case of Indigenous Community Members of Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina in the Light of Advisory Opinion 23/17.

Thomas BREILLAT 162

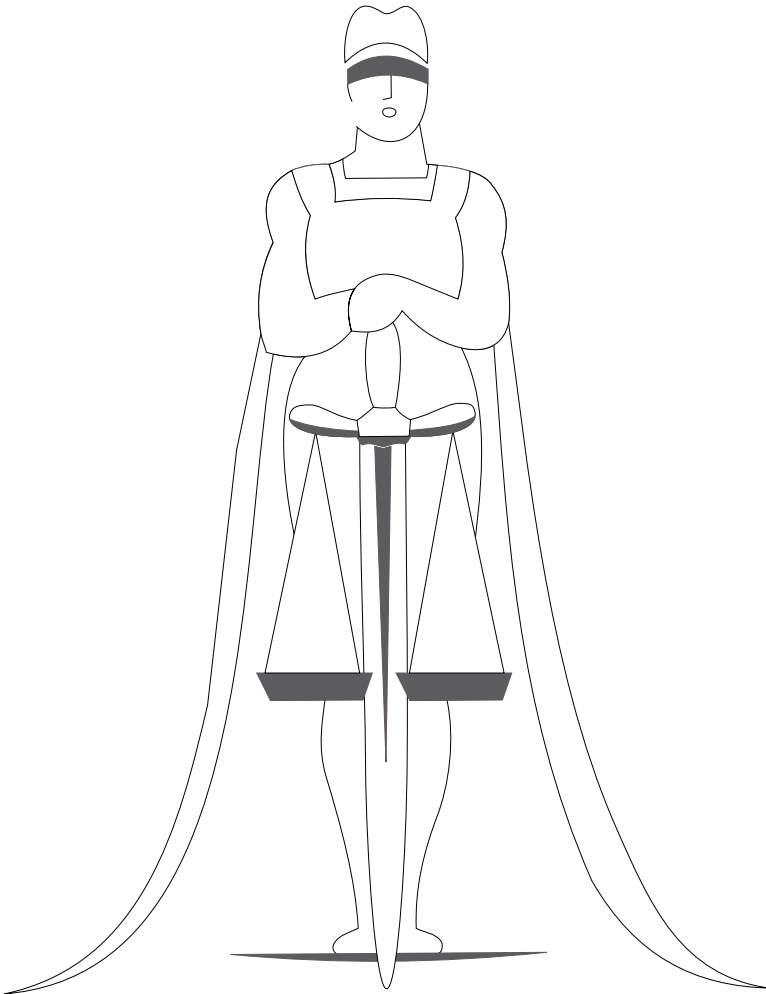
ÍNDICE DE ASSUNTOS 195

SUBJECT INDEX 197

ÍNDICE DE AUTORES / AUTHORS INDEX 199

CÍVEL, DIFUSOS E COLETIVOS

CIVIL LAW, DIFFUSE AND COLECTIVE RIGHTS



As Políticas Públicas de Igualdade e a Discriminação Racial

PUBLIC POLICIES OF EQUALITY AND RACIAL DISCRIMINATION

Wallace Paiva Martins JUNIOR¹

• SUMÁRIO

1. Proêmio. 2. Políticas públicas e igualdade. 2.1. Iniciativa legislativa. 2.2. Competência normativa. 3. Políticas públicas, mínimo existencial e proporcionalidade. 4. Normativas de combate à desigualdade racial.

1. PROÊMIO.

Em face da tradicional opressão de uma sociedade arraigadamente preconceituosa, alicerçada em mazelas como patriarcalismo, patrimonialismo, clientelismo, e racismo, é indispensável a atribuição de maiores graus de eficiência, eficácia, e efetividade à tutela dos direitos e interesses legítimos das pessoas econômica, jurídica e socialmente vulneráveis, porque, como resume Lilia Moritz Schwarcz, “o fenômeno da desigualdade é tão enraizado entre nós que se apresenta a partir de várias faces: a desigualdade econômica e de renda, a desigualdade de oportunidades, a desigualdade racial, a desigualdade regional, a desigualdade de gênero, a desigualdade de geração e a desigualdade social, presente nos diferentes acessos à saúde, à educação, à moradia, ao transporte e ao lazer”².

Como já abordado em outro estudo³, a Constituição de 1988 tem, entre seus muitos predicados, predisposição à inclusão ao elencar dentre os objetivos

¹ 25^o Procurador de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos e Subprocurador-Geral de Justiça Jurídico (MPSP), Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), e Professor de Direito Administrativo (graduação) e de Direito Ambiental (pós-graduação *stricto sensu*) da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS).

² Lilia Moritz Schwarcz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 24, 126.

³ Wallace Paiva Martins Junior. A tutela dos direitos à diversidade sexual, *in Direito e diversidade*, vol. 2, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2020, pp. 18-23, organização Fabíola Sucasas Negrão Covas, Bruno Orsini Simone, Daniela Romanelli da Silva.

fundamentais da república e da federação a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV). Essa cláusula universalista é apanágio da igualdade (art. 5º) e do compromisso com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Corolário é a consagração e a proteção de direitos subjetivos basilares ao ser humano (felicidade, personalidade, vida privada, imagem, liberdade, propriedade etc.) que se operacionaliza não só por limites à atuação estatal e de outrem, senão também por mandados de satisfação das necessidades (individuais ou coletivamente fruíveis) como deveres subjetivos públicos impostos ao Estado, à sociedade e aos indivíduos, e que são dotados das características de exigibilidade e oponibilidade. Na Constituição, o ser humano é colocado em posição central. E o bem geral em seu texto sublimado é tonificado pelo pronome indefinido que identifica seus beneficiários, indicativo de seu caráter refratário a distinções de qualquer natureza, difundindo seu raio de incidência também às minorias, aos marginalizados e aos vulneráveis, na mais séria e fecunda das proposições de ruptura e compensação com estruturas pretéritas de discriminação, exclusão, preconceito, violência, indiferença e omissão.

Qual a finalidade do Direito? Sua caracterização como estrutura ou mecanismo de dominação ou pacificação depende do referencial teórico adotado e, sem embargo, a pacificação segundo os valores dirigentes constitui dominação. À vista da multiplicidade de interesses do tecido social, uns são amparados pelo ordenamento jurídico, enquanto para outros há proibição ou indiferença, o Direito também pode ser concebido como instrumento de manutenção da discriminação⁴. De qualquer sorte, ele assumiu nas democracias capitalistas ocidentais, a partir da segunda metade do Século XX, feição humanista calcada em valores absolutos, em que se procura, na realização de ideias como igualdade, projetar esquemas baseados na conciliação (ou composição) da pluralidade de variegados matizes, inclusive como fórmula de contenção de conflitos, sobretudo porque os atores sociais ocupam diferentes papéis em suas variegadas situações. A preocupação do Direito com os segmentos sociais ou econômicos marginalizados, periféricos ou vulneráveis – e que constituem a maioria da população que ou não tem direitos ou tem direitos pela metade ou menos ainda – é o sinal distintivo da evolução do sistema jurídico ocidental, e que é oriunda do influxo de variegados fatores como a alteração da composição das forças sociais pela

⁴ Rubens Miranda de Carvalho. *Discriminação, racismo e ações afirmativas no Brasil*, Santos: Editora Espaço do Autor, 2004, p. 127.

estrutura pluriclasse⁵ (ou policêntrica⁶), o avanço tecnológico, a abertura dos mercados, a emergência de novas, complexas e sofisticadas formas relacionais, a força dos movimentos sociais e das organizações não-governamentais, a multiplicidade (ou heterogeneidade) e o compartilhamento do interesse público, a interpenetração entre Estado e Sociedade⁷, a incorporação de mecanismos de democracia participativa, o reconhecimento dos direitos das minorias, o impacto dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e de princípios como dignidade da pessoa humana, isonomia, ética. É, ademais, a expressão da tendência ao pluralismo que se espalha a todas as relações e situações jurídicas no tecido institucional, político, social e econômico, mormente nas obrigações impostas ao Estado, que deve satisfazer os interesses da totalidade da população, e não apenas de alguns.⁸

Ao acolher a Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, ela assume relevância singular no ordenamento jurídico brasileiro como pedra angular na produção e interpretação de atos ou negócios jurídicos de direito público ou privado, decisões judiciais e normas jurídicas. Ela constitui o núcleo básico dos direitos fundamentais e, por isso, é limite a ações contrárias estatais ou privadas. Tem estreita afinidade com os princípios de igualdade e liberdade. O inciso IV do art. 3º contém um interdito à discriminação, determinante de equiparação e de punição por sua violação. A fórmula normativa em foco proíbe “distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desigualdades e preconceitos”.⁹

Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade se imbricam num círculo virtuoso. Sua consagração é de vital importância para a busca de

⁵ Diogo de Figueiredo Moreira Neto. “Administração Pública no Estado Contemporâneo – Eficiência e Controle”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993, pp. 23-56.

⁶ Norberto Bobbio. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 6. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 23.

⁷ Alexandre Santos de Aragão. “Administração Pública pluricêntrica”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 227: 131-150, FGV Direito Rio, jan./mar. 2002.

⁸ Maria Sylvania Zanella Di Pietro. “Participação da comunidade em órgãos da Administração Pública”, in *Revista de Direito Sanitário*, vol. 1, n. 1, nov. 2000, pp. 36-45.

⁹ José Afonso da Silva. *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

direitos gerais (de natureza administrativa, civil, previdenciária, trabalhista, tributária etc.). Discriminações desarrazoadas não são toleradas, tendo validade somente aquelas que atendam ao espírito da Constituição, o que não ocorre com o racismo porque constitui “um fator discriminatório sem suporte de legitimidade ou constitucionalidade” que “supõe a escolha arbitrária da diferença como elemento capaz de estabelecer uma certa hierarquização social ou um tratamento desequilibrado e autorizado pela superioridade”¹⁰.

Objeto deste estudo são as políticas públicas de igualdade e combate à discriminação racial, no qual serão empolgadas questões como os requisitos formais e materiais na sua produção, a funcionalidade dos princípios da isonomia e razoabilidade, das ações afirmativas.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E IGUALDADE.

As ações do poder público não podem ser *a priori* seletivas ou exclusivistas; elas devem ser direcionadas em favor do tecido social inteiro. Entretanto, para alcance da igualdade é exigível um *plus*: elas devem reconhecer a acre diferença real e concreta existente entre os indivíduos, chancelando a construção de políticas públicas em prol dos excluídos. Estado, sociedade e indivíduos têm deveres subjetivos públicos de atuação ou de prestação; compete sobremaneira ao poder público a edição de normas e atos para a execução de políticas públicas inspiradas pelo princípio da igualdade para interdição de discriminações desarrazoadas ou articulação de vantagens equalizadoras ou ações afirmativas. Além de normas sancionadoras ou emancipatórias, atividades como polícia administrativa, fomento à atividade privada de interesse público, e prestação de serviços públicos, são hábeis para esses escopos.

Entre parcelas ou segmentos assim concebidos como vulneráveis (idosos, mulheres, moradores em situação de rua, pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, negros, índios, homossexuais, bissexuais, travestis, transgêneros, transexuais, portadores de doenças graves e incapacitantes, crianças etc.), há o anseio da promoção e da defesa específicas de seus direitos ou interesses peculiares, molestados ou ignorados pelo Estado, pela sociedade e pelos indivíduos ou grupos sociais, nas mais diversificadas óticas – como

¹⁰ Pietro de Jesús Lora Alarcón. “Fins constitucionais e condenação ao racismo: a propósito do novo Estatuto da Igualdade Racial e do caso Ellwanger”, in *Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, vol. 1, n. 1, jan./dez. 2010, pp. 197-230.

relações civis, tributárias, penais, previdenciárias, administrativas etc. - e que transitam pela compreensão do princípio da igualdade como o acesso à funções públicas e aos serviços públicos, às atividades privadas de relevância pública, ao mercado de consumo, à cadeia de produção, por exemplo.

É sob essa perspectiva que se colocam em cena as políticas públicas, os órgãos e entidades da Administração Pública e as próprias atividades administrativas, pois, a efetivação dos direitos dos vulneráveis depende das ações estatais - sem prejuízo das iniciativas particulares por meio de pessoas físicas ou jurídicas (organizações não governamentais, empresas). Embora a expressão “políticas públicas” possa parecer meio ambígua, fluída, indeterminada e vaga, segundo Maria Paula Dallari Bucci elas consistem em “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”¹¹, resultantes “de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados” colimando “a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados”¹². A Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial, as define em termos mais sintéticos como as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais (art. 1º, parágrafo único, V).

As políticas públicas servem ao propósito de efetivação do princípio da igualdade¹³ (embora também possam ser direcionadas à satisfação de outros direitos fundamentais) a fim de superar a desigualdade ou as disfunções práticas da aplicação desse princípio, notadamente por conta da coexistência do Estado de Direito com o denominado “Estado Paralelo”, que se desenvolve “em espaços extra-legais ou de legalidade atenuada”, como diz Celso Fernandes Campilongo, pois, apesar da intensa atividade normativa há a prática de omissões estatais

¹¹ Maria Paula Dallari Bucci. *Direito Administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

¹² Maria Paula Dallari Bucci. O conceito de política pública em Direito, *in Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39, organização Maria Paula Dallari Bucci.

¹³ Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2014, pp. 339-343, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

pela inaplicabilidade da lei ou sua aplicação seletiva, a instrumentalização da lei para fins diversos dos oficiais, a ausência de regulamentação de direitos constitucionais ou de meios humanos e financeiros para implementação de políticas públicas¹⁴.

Aplicável a normas e atos concretos, a igualdade na lei significa a proibição de normas discriminatórias, enquanto a igualdade perante a lei é a proibição de execução da norma com tratamento discriminatório¹⁵. Se a igualdade tem conteúdo negativo consistente na proibição de tratamento preferencial e positivo na paridade de tratamento a situações iguais¹⁶, para além da vedação de discriminações na lei (igualdade na lei) e em sua execução (igualdade perante a lei), indica-se ainda no seu conteúdo positivo a obrigação da adoção de medidas que visem à superação das desigualdades reais e que satisfaçam os princípios de cidadania, dignidade da pessoa humana, e pluralismo, e atinjam os objetivos republicanos fundamentais como a redução das desigualdades em razão da posição social ou da localização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Igualdade significa superação da desigualdade real. É célebre a admoestação de Rui Barbosa ensinando que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”¹⁷. Por isso, Celso Antonio Bandeira de Mello assinala que “as

¹⁴ Celso Fernandes Campilongo. *Direito e Democracia*, São Paulo: Max Limonad, 1997, pp. 114-115.

¹⁵ Aponta-se, em linhas gerais, que a igualdade diante da lei é o “direito público subjetivo a tratamento igual de todos os cidadãos pelo Estado” (Geraldo Ataliba. *República e Constituição*, São Paulo: Malheiros, 1998, 2ª ed., p. 158) e que o princípio de igualdade contém a vedação à discriminação de tal maneira a “proscrever qualquer tratamento diferenciado entre os administrados que não tenha fundamento numa lei prévia que, por sua vez, haja garantido generalidade de tratamento a todos os que se encontrem na idêntica situação de fato tomada como base de igualação” (Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 14ª ed., p. 83).

¹⁶ Massimo Severo Giannini. *Corso de Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, vol. III, pp. 25-26.

¹⁷ Rui Barbosa. *Oração aos Moços*, São Paulo: Martin Claret, 2003, pág. 19.

discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição*¹⁸.

Com efeito, é a “existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de discrimen e a discriminação legal decidida em função dele”¹⁹ que aninha a sua conformidade com o princípio da igualdade à vista dos valores amparados na Constituição. Inversamente, “o tratamento diferenciado estabelecido pela lei é agressivo à isonomia quando não houver correlação lógica entre a diversidade do regime estabelecido e o fator que tenha determinado o enquadramento, num ou noutro regime, das pessoas, coisas ou situações reguladas”²⁰, sendo ofensivo à igualdade o regramento discriminador assentado sobre situações individuais ou em elemento ilógico, irrelevante, inútil, incapaz, excessivo ou indiferente. Neste sentido, timbrou o Supremo Tribunal Federal que “o princípio da igualdade não é absoluto, sendo mister a verificação da correlação lógica entre a situação de discriminação apresentada e a razão do tratamento desigual”²¹. Todo tratamento discriminatório desprovido de causa ou justificativa constitucionalmente hígidos, coloca-se em rota de colisão com a premissa isonômica da promoção do bem de todos. Essa também é a sua compreensão no direito europeu: a igualdade é requisitada tanto na norma quanto em sua execução e as discriminações possíveis são as portadoras de justificação objetiva e razoável, como preconizado no direito inglês²².

O Supremo Tribunal Federal considerou que “a concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais. O direito deve distinguir pessoas e situações distintas entre si, a fim de conferir tratamentos normativos diversos a pessoas e a situações que não sejam iguais” e que “os atos normativos podem, sem violação do princípio da

¹⁸ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª ed., p. 17.

¹⁹ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros, 1999, 3ª ed., p. 37.

²⁰ Carlos Ari Sundfeld. *Fundamentos de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, 2011, 5ª ed., p. 169.

²¹ STF, RE 658.312/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, 27-11-2014, DJe 10-02-2015.

²² Michel Fromont. *Droit administratif des États européens*, Paris: Presses Universitaires de France, 2006, p. 254.

igualdade, distinguir situações a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. É necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio”²³. Em outro importante julgamento, a Suprema Corte estimou que “o princípio da igualdade material é prestigiado por ações afirmativas. No entanto, utilizar, para qualquer outro fim, a diferença estabelecida com o objetivo de superar a discriminação ofende o mesmo princípio da igualdade, que veda tratamento discriminatório fundado em circunstâncias que estão fora do controle das pessoas, como a raça, o sexo, a cor da pele ou qualquer outra diferenciação arbitrariamente considerada”²⁴. E apreciando programa de ação afirmativa de concessão de bolsas a alunos de baixa renda, gizou o conteúdo da isonomia ao sublinhar que:

“5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade.

6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social.

7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, verbi gratia, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide

²³ STF, ADI 3.305-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 13-09-2006, v.u., DJ 24-11-2006, p. 60.

²⁴ STF, ADI 5.617/ DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, 15-03-2018, DJe 03-10-2018.

social. A desigualação em favor dos estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e os egressos de escolas privadas que hajam sido contemplados com bolsa integral não ofende a Constituição pátria, porquanto se trata de um descrímen que acompanha a toada da compensação de uma anterior e factual inferioridade ('ciclos cumulativos de desvantagens competitivas'). Com o que se homenageia a insuperável máxima aristotélica de que a verdadeira igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, máxima que Ruy Barbosa interpretou como o ideal de tratar igualmente os iguais, porém na medida em que se iguaem; e tratar desigualmente os desiguais, também na medida em que se desigualem"²⁵.

Por isso, a Administração Pública deve "assegurar a igualdade de oportunidades"²⁶. De fato, "a igualdade, todavia, não deve ter apenas uma função negativa – a proibição do arbítrio –, mas uma função positiva em sua dimensão social. Para que se assegure a igualdade jurídica, é condição necessária que se eliminem ou, ao menos, se minorem as desigualdades sociais"²⁷. Nesse contexto, é útil que se admoeste: se a vocação do Estado e da Administração Pública é a redução das desigualdades há que se obtemperar a necessidade de instrumentalizar ações em prol das minorias e de seus respectivos direitos. Minoria não é conceito quantitativo, senão uma posição de vulnerabilidade jurídica, social, política ou econômica, é a situação daqueles que se encontram abaixo do nível de igualdade real ou material²⁸.

É certo, todavia, que atualmente se fala que o impacto neoliberal recebe oposição da corrente do Direito Administrativo social, que busca a "concretização do Estado Social e Democrático de Direito a partir de uma atuação estatal interventiva nos domínios econômico e social", instrumentalizada por uma Administração Pública inclusiva baseada não somente na igualdade de

²⁵ STF, ADI 3.300-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, 03-05-2012, m.v., DJe 22-03-2013.

²⁶ Fábio Bellote Gomes. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2012, 2ª ed., p. 49.

²⁷ Paulo Magalhães da Costa Coelho. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 38.

²⁸ Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2014, p. 341, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

oportunidades, mas, na igualdade de posições para o desenvolvimento²⁹. Ela supõe que a igualdade de oportunidades se funda no mérito e se promove complementarmente pela igualdade de acesso aos bens e serviços (dos quais os mais discriminados estão excluídos) e pela compensação (políticas de discriminação positiva) de maneira a combater discriminações impeditivas da competição em igualdade de condições iniciais para o alcance de melhores posições, enquanto a igualdade de posições radica-se nas políticas de diminuição das desigualdades existentes entre as distintas posições por meio de transferências sociais operadas pela redistribuição mediante tributos a fim de estabelecer a desmercantilização do acesso a certos bens (ampliação e consagração de atividades como serviços públicos de prestação obrigatória pelo Estado, financiada através do custo repartido por todos os contribuintes). A distinção coloca em foco a sujeição dos direitos sociais ao regime jurídico dos direitos fundamentais pelo tratamento do mínimo existencial (igualdade de oportunidades) e da submissão integral (igualdade de posições)³⁰.

Paulo Lucena de Menezes acentua que a Constituição de 1988 contém dispositivos que favorecem a adoção de tratamento jurídico diferenciado a grupos sociais, a fim de corrigir discriminações, viabilizando ações afirmativas, destacando que “os princípios jurídicos que foram incorporados à Carta de 1988 permitem uma interpretação mais ampla do princípio da igualdade jurídica, afastando-o significativamente da mera *igualdade formal* perante a lei”, mas, adverte que o exame de sua constitucionalidade não envolve apenas a identificação do fator de diferenciação eleito pela norma, pois, demanda a correspondência existente entre ela e a disparidade adotada, analisada à luz de sua finalidade, razoabilidade e proporcionalidade³¹.

²⁹ Daniel Wunder Hachem. “Administração Pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o Direito Administrativo Brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial”, in *Direito Administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, pp. 391-460, organização Thiago Marrara.

³⁰ Daniel Wunder Hachem. “Administração Pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o Direito Administrativo Brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial”, in *Direito Administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, pp. 391-460, organização Thiago Marrara.

³¹ Paulo Lucena de Menezes. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 153-154.

Impende a análise correlata e derivada das políticas públicas envolvendo as questões da iniciativa e da competência normativas *in genero*³².

2.1. Iniciativa Legislativa.

No tocante à iniciativa legislativa, a instituição ou criação de políticas públicas tem sítio elementar tanto no Poder Legislativo quanto no Poder Executivo, muito embora possam emergir atritos à vista do princípio da divisão funcional do poder (separação de poderes), e cuja solução deve transitar pela contribuição pretoriana - em especial, a tese fixada em sede de repercussão geral pela Suprema Corte brasileira (Tema 917).

Com efeito, a controvérsia rende ensejo à disputa entre os Poderes Executivo e Legislativo na condução política da gestão pública ou dos negócios públicos que, sob o influxo da modernidade neopositivista (ou pós-positivista), oscila conforme o esquema de organização político-jurídico adotado, percolando na compreensão da instituição, da natureza e dos limites das políticas públicas a partir do modelo vigente de separação de poderes.

Em linha de princípio, atendendo-se à natureza e à extensão da divisão funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo – assim como ao Poder Executivo pelos instrumentos normativos à sua disposição – instituir políticas públicas desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (criação e extinção de entes e órgãos públicos e correlata fixação de competências; servidores públicos e seu regime jurídico etc.) ou da reserva da Administração (direção superior das atividades administrativas; organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; prática de atos da Administração etc.), como deflui das premissas do julgamento em repercussão geral (Tema 917), considerando o caráter excepcional e restrito das reservas apontadas, de tal sorte que nessa empresa poderá valer-se de diretrizes, normas gerais etc.

³² Iniciativa e competência normativa são tratadas em gênero, pois, se deve sopesar na produção de normas, as “expressões da função normativa, cujas espécies compreendem a função regulamentar (do Executivo), a função regimental (do Judiciário) e a função legislativa (do Legislativo)”, porque o “Poder Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas apenas de uma parcela dela, a função legislativa.” (STF, ADI 2950 AgR/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, 06-10-2004, DJ 09-02-2007).

Em outras palavras, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, remanesce ao Poder Executivo, como órgão de governo, a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica – à luz da realidade e da possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários. Assim sendo, soa coerente com esse discurso que ao Poder Legislativo será lícito inscrever em regra jurídica o direito, mas não a especificação do modo pelo qual essa diretriz será implementada, a menos que se trate, em linha de princípio, de competência constitucional vinculada. Não é possível, ainda que em nível abstrato, indeterminado e genérico, o estabelecimento de uma prescrição (obrigação) que esgote a prerrogativa do Poder Executivo de assimilação, fixando, de antemão, ao Poder Executivo o que, como e quando o direito ou a política pública instituídos devam ser implementados, o que não se traduz em diretriz ou norma geral. Seria lícito a lei, de iniciativa parlamentar em cariz genérico, deixando à Administração Pública a definição, em sede regulamentar, dos meios pelos quais cumpriria essa prestação, sob pena de a fórmula normativa adotada ceifar a possibilidade de escolha que cabe à Administração Pública do melhor meio de cumprimento de um dever – enfim, do atendimento ao *dovere di buona amministrazione* – disciplinando sua organização e funcionamento.

A criação de órgãos e serviços públicos afetos à competência do Poder Executivo e a conferência de respectivas atribuições, a disciplina de sua organização e de seu funcionamento, consistem em matérias que se inserem na reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo se houver geração de despesa, ou à reserva da Administração se esta não ocorrer, incluída nesta também a prática de atos de direção superior e gestão e a disciplina de organização e funcionamento, como julgado³³. Esse espaço – denominado reserva da Administração – é de competência privativa do Poder Executivo para a prática de atos da Administração, inclusive para edição de atos normativos primários (decorrentes diretamente das prerrogativas consignadas

³³ RTJ 191/479.

na Constituição) – também denominado poder normativo para disciplina de matérias não privativas de lei³⁴ -, imune a interferência do Poder Legislativo³⁵, e decorre da separação de poderes. A reserva da Administração pode ser usada para criação ou instituição de políticas públicas pelo Poder Executivo, mediante decreto, desde que a matéria não empenhe necessariamente tratamento em lei em sentido formal.

Em suma, também ao Poder Executivo será dado instituir ou criar políticas públicas em razão tanto de matérias dependentes de lei em sentido formal e cuja iniciativa legislativa lhe é reservada ou é comum ou concorrente com o Poder Legislativo, quanto de assuntos que lhe caiba regular privativamente e que prescindam lei em sentido formal, convindo anotar que: (a) nos casos de reserva de lei, o Chefe do Poder Executivo participa do processo legislativo com a emissão da sanção ou do veto; (b) nas hipóteses de lei de iniciativa que lhe é reservada, o Parlamento só poderá aprovar emendas com pertinência temática ou que não provoquem aumento de despesa; e (c) nas situações de reserva da Administração, não é lícito ao Poder Legislativo invadir esse domínio.

2.2. Competência Normativa.

O exame da competência normativa remete a exploração do princípio federativo e das conseqüentes regras de autonomia dos entes federados e da repartição de competências normativas na Constituição Federal (divisão espacial do poder), perscrutando as esferas de competência privativa, concorrente, residual, e as potencialidades oriundas da competência complementar (ou suplementar) e a supletiva (municipal), em especial, à vista dos princípios do federalismo cooperativo e da subsidiariedade.

Autonomia e competência são temas sensíveis e delicados e devem convergir para evitar agudas crises. Autonomia é essencial numa federação e compreende governo próprio (com as capacidades de auto-organização, autolegislação, autogoverno e autoadministração) e a posse de competências exclusivas. A autonomia das ordens periféricas (ou radiais) não pode afastar a normas constitucionais de observância obrigatória³⁶. Autonomia não é independência; é o exercício da autodeterminação (direção própria de seus

³⁴ Odete Medauar. *Direito Administrativo*, 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 115.

³⁵ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991, pp. 810-811.

³⁶ STF, ADI 291-MT, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 07-04-2010, m.v., DJe 10-09-2010.

interesses) de matiz limitado e derivado porque se funda na área assinalada, por uma entidade superior, na Constituição. O esquema constitucional de distribuição de competências tem como critério a predominância do interesse, e não a sua exclusividade. Pertencem à União matérias de interesse nacional (ou geral), enquanto são dos Estados as de interesse regional e dos Municípios as de interesse local. Reverberando a inexistência de interesse exclusivo em qualquer esfera, anota-se que “o que existe e determina a competência de cada ordem de poderes (...) será apenas uma *predominância* de interesses”³⁷. Destarte, a dinâmica da repartição constitucional de competências transita por movimentos centrípetos ou centrífugos, lastreada na predominância do interesse³⁸. É indispensável a mensuração do círculo de influência que o interesse projeta para aquilatar a competência, pois, como definido pelo Supremo Tribunal Federal, “ao ser constatada aparente incidência de determinado assunto a mais de um tipo de competência, deve-se realizar interpretação que leve em consideração duas premissas: a intensidade da relação da situação fática normatizada com a estrutura básica descrita no tipo da competência em análise e, além disso, o fim primário a que se destina essa norma, que possui direta relação com o princípio da predominância de interesses”³⁹.

A competência normativa para criação ou instituição de políticas públicas deve obrigatoriamente seguir esse perfil, sopesando nos casos de distribuição vertical (como a competência concorrente) as regras de compatibilização a partir da identificação de normas gerais (diretrizes uniformes basais) e os espaços do condomínio normativo e seus limites (como a não contrariedade e o ajustamento aos círculos menores de interesse segundo especificidades), e nos de distribuição horizontal (como a competência privativa) a estatuição das diretrizes constitucionais substantivas, anotando-se, inclusive, a observância daquelas para o exercício de competências materiais comuns ou não⁴⁰.

³⁷ J. H. Meirelles Teixeira. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 654.

³⁸ STF, RE 1181244 AgR/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 23-08-2019, DJe 05-12-2019.

³⁹ STF, ADI 4.861/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03-08-2016, DJe 01-08-2017.

⁴⁰ É compulsório o exame destas premissas no domínio das competências materiais. Em linha de princípio, a competência material é correlata à normativa, havendo um campo comum entre os atores federativos para execução da lei independentemente de sua origem (Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2013, 39ª ed., p. 92). De qualquer maneira, a outorga de competências materiais comuns, não

3. POLÍTICAS PÚBLICAS, MÍNIMO EXISTENCIAL E PROPORCIONALIDADE.

A questão mais frequente relacionada às políticas públicas decorre da divisão funcional do poder, envolvendo a sua produção pelo Poder Legislativo por leis e, ainda, a sua determinação pelo Poder Judiciário por decisões judiciais em processos atomizados ou moleculares.

Se a fonte primária da instituição de políticas públicas se situa nos Poderes Legislativo e Executivo, observadas as dimensões e os limites de seu exercício pelo Parlamento, consoante acima consignado, “o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal⁴¹. Alheio à discussão do ativismo (ou passivismo) judicial, se enfoca a efetividade da Constituição, pois, o caráter (inclusive o programático) das regras constitucionais “não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado”⁴².

obstante diferenciada da competência legislativa, possibilita às demais esferas a legislação suplementar, salvo quando a competência legislativa for privativa da União. Neste sentido, explica a doutrina que: “De fato, como se percebe pelo cotejo dos artigos 23 e 24, as leis que servirão de embasamento para a execução das tarefas comuns serão, em sua maior parte, fruto de competência legislativa concorrente, em que caberá à União editar normas gerais e às demais esferas a legislação suplementar. (...) Isto quando a competência material comum não se tiver de exercer de acordo com lei federal editada no uso da competência legislativa privativa, hipótese em que a União estabelecerá normas gerais e específicas, legislando integralmente sobre a matéria (Fernanda Dias Menezes de Almeida. *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2000, 2ª ed., p. 133). Em outras palavras, a competência normativa suplementar municipal se habilita para competências materiais privativas ou comuns. Aquelas, porque sua atuação depende da observância da legislação heterônoma (inclusive a editada sob o influxo de competência legislativa privativa), podendo legislar a nível complementar ou supletivo em relação à legislação federal e estadual. Estas, também são admissíveis, mas, não podem contrariar normas da competência legislativa concorrente federal ou estadual complementar ou supletiva (Fernanda Dias Menezes de Almeida. *Competências na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2000, 2ª ed., pp. 156-159).

⁴¹ RTJ 223/512.

⁴² RTJ 175/1212.

Emergem como tópicos de compulsória abordagem a teoria do mínimo existencial e a arguição da cláusula da reserva do possível. A implementação de direitos tem seu custo que repercute no orçamento público, de tal sorte que a incapacidade ou insuficiência financeira estatal pode, mediante demonstração objetiva, impedir a realização (imediata ou gradual) das prestações positivas impostas. Ela é inoponível quando sua invocação tenha a potencialidade de comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial⁴³, constituindo injusto inadimplemento de deveres subjetivos públicos, servindo para esse controle parâmetros constitucionais como dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso social, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso⁴⁴.

Outro item de interesse é a colisão de direitos fundamentais. A solução transita por juízo de ponderação no caso concreto, com a atribuição de maior peso a um deles, compondo ou compatibilizando os interesses legítimos divergentes, e evitando, a bem da justa medida, a imposição de sacrifício exagerado aos direitos em conflito⁴⁵. Atuam aí, portanto, princípios como razoabilidade e proporcionalidade. Igualmente, a aplicação dos limites dos limites ou limites iminentes (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais (que também preserva o mínimo existencial), vale-se da proporcionalidade, como posto em acento pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁶.

⁴³ “A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança” (STF, ARE 639.337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 23-08-2011, DJe 15-09-2011).

⁴⁴ STF, ARE 745.745 AgR/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 02-12-2014, DJe 19-12-2014.

⁴⁵ “A Constituição autoriza a imposição de limites aos direitos fundamentais quando necessários à conformação com outros direitos fundamentais igualmente protegidos. O direito fundamental à liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da CF) há de ser compatibilizado com a proteção da saúde e a preservação do meio ambiente.” (STF, ADI 4066/ DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, 24-08-2017, DJe 07-03-2018)

⁴⁶ STF, STA 233/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27-04-2009, DJe 04-05-2009.

Segundo disserta Carlos Roberto Siqueira de Castro, a conjugação da isonomia com a garantia do devido processo legal cria um “feixe de proteção contra as normas e toda sorte de decisões arbitrárias (“irrazoáveis” ou “irracionais”) do Poder Público. Impede, em suma, que as discriminações legislativas e os atos decisórios dos agentes estatais sejam fonte de injustiças e de perplexidades atentatórias ao paradigma de coerência exigido nas deliberações do Estado e de seus delegados, aprumando-os ao padrão aceitável de moralidade, eficiência e racionalidade”⁴⁷. Sob outro prisma, expõe Virgílio Afonso da Silva, “toda restrição proporcional é constitucional”⁴⁸. A “proporcionalidade decorre a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e da falta ou de proteção deficiente (*Untermassverbot*), exigindo-se no ato estatal adequação (aptidão a produção do resultado desejado), necessidade ou exigibilidade (infungibilidade por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcionalidade em sentido estrito (relação entre meios e fins) da medida restritiva”⁴⁹. De fato, viceja na adequação (*Geeignetheit*) a análise da aptidão da medida restritiva ao objetivo querido, enquanto a necessidade (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) perscruta a inexistência de meio menos gravoso igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. A proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit i. e. S.*) resulta de correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, que seja juridicamente a melhor possível à luz da Constituição.

Nessa toada também vem à tona o princípio da proibição do retrocesso. Luís Roberto Barroso explica que “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na constituição. O

⁴⁷ *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 139.

⁴⁸ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 206.

⁴⁹ Wallace Paiva Martins Junior. *Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2019, p. 545, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”⁵⁰.

Há inerência da proibição do retrocesso a princípios como dignidade da pessoa humana, máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, proteção da confiança, além de sua conexão com a noção do mínimo essencial. Na jurisprudência, destaca-se decisão gizando que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, predomina a impossibilidade de desconstituição das conquistas⁵¹, de tal sorte que o princípio é uma blindagem protetiva e defensiva dos direitos adquiridos.

A funcionalidade da vedação ao retrocesso pressupõe a existência de um estado em ação ou consolidado. Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer anotam que ela “tem por escopo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente naquilo em que objetiva assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que venham a provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais”, dissertando ainda em seu conteúdo a cláusula de progressividade (ou dever de progressiva realização e proteção) que “veicula a necessidade de a tutela legislativa dispensada a determinado direito fundamental ser permanentemente aprimorada e fortificada, vinculando juridicamente os Poderes Públicos à consecução de tal objetivo”⁵². Com efeito, a proibição do retrocesso é impeditiva da destruição superveniente do núcleo essencial dos direitos sociais realizado e efetivado por normas precedentes, como explica Gomes Canotilho⁵³. Se não há modificação nociva ao núcleo basilar

⁵⁰ Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011, pp. 158-159.

⁵¹ STF, ARE 639337 AgR/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, 23-08-2011, v.u., DJe 15-09-2011.

⁵² Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 297-300.

⁵³ “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (‘lei da seguridade social’, ‘lei do subsídio de desemprego’, ‘lei do serviço de saúde’) deve considerar-se

dos direitos e garantias sociais, ela não pode ser oposta. Em outras palavras, é esse núcleo essencial em condição concreta o limite: o que se encontra além disso não encontra obstáculo, sem prejuízo de medidas equivalentes, alternativas ou compensatórias, ou que tornem o direito mais eficientemente tutelado, ou conciliado aos demais direitos fundamentais, à luz de princípios como razoabilidade e proporcionalidade.

4. NORMATIVAS DE COMBATE À DESIGUALDADE RACIAL.

Nenhuma política pública que colime a concretização da igualdade é profícua se não conjugar a repressão aos comportamentos desigualitários e medidas de equalização: a primeira é construída pela inclusão de regras jurídicas proibitivas de ações ou omissões violadoras da isonomia, definindo atos ilícitos (administrativos, civis, penais etc.) e suas consequências (descrição de ilícito e correlata imposição de sanção); a segunda é edificada pela previsão de normas jurídicas de desigualação positiva (estabelecimento de desigualdades para superação da desigualdade), mediante comandos obrigatórios, permissivos ou indutivos de condutas que estabeleçam condições de igualdade.

No tocante à discriminação racial, do art. 3º, IV, da Constituição - que determina, em rol exemplificativo, como objetivo republicano fundamental a promoção do bem geral, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação - amalgamado à isonomia referida na cabeça do art. 5º, decorrem explicitamente, por exemplo, (a) o mandado de criminalização do racismo e seus predicados da inafiançabilidade e da imprescritibilidade (art. 5º, XLII), e (b) a igualdade racial no trabalho pela proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil aos trabalhadores e aos agentes públicos (arts. 7º, XXX, 39, § 3º).

constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura a simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana” (José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 339-340).

No patamar infraconstitucional, leis se encarregaram da punição de crimes com origem (direta ou indireta) no racismo, como a injúria racial (art. 140, § 3º, Código Penal), a causa de aumento da pena no crime de redução análoga à de escravo motivado por preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (art. 149, § 2º, II), e a Lei n. 7.716/89 define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Em geral, as leis penais precisam ter maior rigor como o aumento da pena cominada e a adoção do regime inicial fechado de cumprimento da pena para além de uma agravante específica para o preconceito racial. É incoerente que o racismo não seja definido como crime hediondo, considerando que é imprescritível, e seja princípio nas relações internacionais o repúdio ao racismo e ao terrorismo (art. 4º, VIII, Constituição).

A elas convergem outras normas que pregam a igualdade no tratamento aos usuários dos serviços públicos, vedado qualquer tipo de discriminação (art. 5º, V, Lei n. 13.460/17) e a responsabilização extrapenal da discriminação racial como o manejo de ação civil pública por danos morais ou patrimoniais causados à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos (art. 1º, VII, da Lei n. 7.347/85 na redação dada pela Lei n. 12.966/14) - com previsão do uso da prestação em pecúnia, no caso de acordo ou condenação fundados em dano causado por ato de discriminação étnica, para ações de promoção da igualdade étnica (art. 13, § 2º). O Estatuto da Igualdade Racial, aliás, estabeleceu que para a apreciação judicial das lesões e das ameaças de lesão aos interesses da população negra decorrentes de situações de desigualdade étnica, recorrer-se-á, entre outros instrumentos, à ação civil pública (art. 55), além do direito de acesso às vítimas de discriminação étnica às Ouvidorias Permanentes em Defesa da Igualdade Racial nos Poderes Legislativo e Executivo, à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, para a garantia do cumprimento de seus direitos (art. 52). Não é ocioso lembrar que o *Parquet* tem à sua disposição o inquérito civil e o compromisso de ajustamento de conduta nessa empreitada, sem prejuízo de sua legitimação para ações penais ou civis como as do controle concentrado de constitucionalidade.

Nessa contextura, é imprescindível analisar o impacto das ações afirmativas no cenário das medidas positivas de equalização jurídica, combatentes do racismo. A insuficiência de normas jurídicas combatentes da discriminação levou ao surgimento das ações afirmativas, “passando-se da mera e ineficiente igualdade formal quanto a direitos, aos quais os discriminados não tinham pleno acesso, à adoção de medidas efetivas assecuratórias do seu alçamento social através de meios que lhes permitissem melhores condições de competição com

a classe dominante”⁵⁴. As *affirmative actions* são “medidas especiais que buscam eliminar os desequilíbrios existentes entre determinadas categorias sociais até que eles sejam neutralizados, o que se realiza por meio de providências efetivas em favor das categorias que se encontram em posições desvantajosas”, designando o “conjunto de estratégias, iniciativas ou políticas que visam favorecer grupos ou segmentos sociais que se encontram em piores condições de competição em qualquer sociedade em razão, na maior parte das vezes, da prática de discriminações negativas, sejam elas presentes ou passadas”, se desenvolvendo, no aspecto temporal, como terceiro estágio de correção de distorções sociais após a afirmação da isonomia (igualdade formal) e da criminalização de práticas discriminatórias⁵⁵. No Estatuto da Igualdade Racial, ações afirmativas são conceituadas como os programas e medidas especiais adotados pelo Estado e pela iniciativa privada para a correção das desigualdades raciais e para a promoção da igualdade de oportunidades (art. 1º, parágrafo único, VI); são instrumentos prioritários nas políticas públicas de igualdade de oportunidades nele previstas (art. 4º, II e VII), tendo a natureza de políticas públicas destinadas a reparar as distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do País (art. 4º, parágrafo único). Pode-se afirmar, destarte, que a ação afirmativa é um dos instrumentos de políticas públicas.

A noção básica que se contém é que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”, como definiu o Supremo Tribunal Federal⁵⁶. Inserem-se no amplo conceito normativo de ações afirmativas as denominadas cotas por critério étnico-racial para acesso ao serviço público de educação, cuja constitucionalidade foi proclamada⁵⁷, sem prejuízo de constatar a inconstitucionalidade de critérios outros, como

⁵⁴ Rubens Miranda de Carvalho. *Discriminação, racismo e ações afirmativas no Brasil*, Santos: Editora Espaço do Autor, 2004, p. 172.

⁵⁵ Paulo Lucena de Menezes. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 27-29.

⁵⁶ RTJ 205/203.

⁵⁷ STF, ADPF 186 (RTJ 230/09); STF, RE 597.285-RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 09-05-2012, m.v., DJe 18-03-2014.

o territorial, por haver discriminação em razão da origem⁵⁸. Outro exemplo se localiza na Lei n. 12.990, de 09 de junho de 2014, que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública Federal centralizada e descentralizada, com vigência por 10 (dez) anos, e que foi julgada constitucional sob a consideração que “a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia. Ela se funda na necessidade de superar o racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira, e garantir a igualdade material entre os cidadãos, por meio da distribuição mais equitativa de bens sociais e da promoção do reconhecimento da população afrodescendente”, refutando-se a violação as normas do concurso público e da eficiência porque “a reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público. Como qualquer outro candidato, o beneficiário da política deve alcançar a nota necessária para que seja considerado apto a exercer, de forma adequada e eficiente, o cargo em questão”⁵⁹.

Há um amplo horizonte para implantação de ações afirmativas tendentes ao eficiente e efetivo combate da discriminação racial. Normas jurídicas podem ser construídas nas mais variegadas disciplinas da ciência do Direito, estimulando ou induzindo comportamentos inclusivos, horizontais e igualitários, ou punindo ações ou omissões discriminatórias, de maneira a superar as reais causas e os concretos efeitos da desigualdade racial, no âmbito tributário, trabalhista, penal, administrativo, por exemplo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. “Fins constitucionais e condenação ao racismo: a propósito do novo Estatuto da Igualdade Racial e do caso Ellwanger”, *in Revista da Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, vol. 1, n. 1, jan./dez. 2010, pp. 197-230.

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

⁵⁸ STF, ADI 4.868/ DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, 27-03-2020, DJe 15-04-2020.

⁵⁹ STF, ADC 41-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, 08-06-2017, DJe 17-08-2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Administração Pública pluricêntrica”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 227: 131-150, FGV Direito Rio, jan./mar. 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, 6. ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. “O conceito de política pública em Direito”, in *Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006, organização Maria Paula Dallari Bucci.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Democracia*, São Paulo: Max Limonad, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Direito Constitucional*, 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Rubens Miranda de. *Discriminação, racismo e ações afirmativas no Brasil*, Santos: Editora Espaço do Autor, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira de. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Participação da comunidade em órgãos da Administração Pública”, in *Revista de Direito Sanitário*, vol. 1, n. 1, nov. 2000, pp. 36-45.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 39. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

FROMONT, Michel. *Droit administratif des États européens*, Paris: Presses Universitaires de France, 2006.

GIANNINI, Massimo Severo. *Corso de Diritto Amministrativo*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967, vol. III.

GOMES, Fábio Bellote. *Elementos de Direito Administrativo*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

HACHEM, Daniel Wunder. “Administração Pública inclusiva, igualdade e desenvolvimento: o Direito Administrativo Brasileiro rumo à atuação estatal para além do mínimo existencial”, in *Direito Administrativo: transformações e tendências*, São Paulo: Almedina, 2014, pp. 391-460, organização Thiago Marrara.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. “A tutela dos direitos à diversidade sexual”, in *Direito e diversidade*, vol. 2, São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2020, pp. 18-23, organização Fabíola Sucasas Negrão Covas, Bruno Orsini Simone, Daniela Romanelli da Silva.

_____. *Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, 2014, coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo*, 11 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

MENEZES, Paulo Lucena de. *A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Administração Pública no Estado Contemporâneo – Eficiência e Controle”, in *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993, pp. 23-56.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 14. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

Dano Extrapatrimonial Conglobante na Perspectiva da Teoria da Qualidade em Direito do Consumidor (Sistematizando a Evolução do Entendimento do STJ)

OVER PATRIMONIAL DAMAGE POOL FROM THE PERSPECTIVE OF
THE THEORY OF QUALITY IN CONSUMER LAW
(SYSTEMATIZING THE EVOLUTION OF THE STJ'S UNDERSTANDING)

Cássio Benvenutti de CASTRO¹
agosto/2022²

• SUMÁRIO

Introdução 1 Os pressupostos da responsabilidade civil (em crise?). Em especial: a transformação do direito privado 1.1 A separação ortodoxa entre ilícito e dano extrapatrimonial (legado do direito privado individualista) 1.2 O entendimento pretérito do Superior Tribunal de Justiça 2 Novas necessidades da sociedade do consumo e a tutela do direito 2.1 A imbricação entre ilícito e dano extrapatrimonial (compromisso da repartição social pelos riscos do mercado de consumo) 2.2 O recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça 3 O dano extrapatrimonial conglobante não prejudica a tutela preventiva específica na perspectiva do processo civil. Conclusão. Referências

• SUMMARY

Introduction 1 The assumptions of civil liability (is that a crisis?). In particular: the transformation of private law 1.1 The classic separation between tort and over patrimonial damage (legacy of individualistic private law) 1.2 The past understanding of the Superior Court of Justice 2 New needs of the consumer society and the protection of law 2.1 The overlap between tort and over patrimonial damage (commitment of the social division for the risks of the consumer market) 2.2 The recent understanding of the Superior Court of Justice 3 The pool over patrimonial damage does not prejudice the specific preventive protection from the perspective of the civil procedure. Conclusion. References

¹ Bacharel, Especialista em Ciências Criminais, Especialista em Direitos Fundamentais e Direito do Consumidor, Pós-graduando em Coletivização, Precedentes, Coerência e Integridade do Direito. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Para falar com o autor: @cassiobenvenutti

² Todo o amor que existe nessa vida para Maria Ivone Benvenutti Castro.

- **RESUMO**

O vício do produto ou do serviço, em direito do consumidor, tradicionalmente, não resultava no dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial. O trabalho assinala recortes doutrinários que permitem dizer que o dano extrapatrimonial possui uma feição cultural, ou seja, os elementos psicológicos que outrora eram utilizados para justificar a indenização (como o abalo ou o experimento do sofrimento), atualmente, são meramente instrumentais à responsabilização. O foco de um juízo de valor que implica na responsabilização é a reprovação cultural de um fenômeno praticado pelo fornecedor no próprio dever de informação e zelo a respeito do produto ou serviço colocado no mercado. Essa premissa teórica é confirmada pela evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que está admitindo a indenização pelo dano extrapatrimonial decorrente do vício do produto e, em decorrência, acaba aproximando as categorias que estão contidas no gênero denominado Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço prevista no Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor.

- **ABSTRACT**

Historically, the seller of the good or service had no obligation to compensate the consumer for off-balance sheet harm. The study indicates that the extra-personal injury has a cultural component, i.e., the psychological elements that were previously used to support the responsibility (such as the concussion or the feeling experiment) are now merely tools for attribution of blame. The focus of a value judgment that affects responsibility is the cultural critique of a phenomenon that the provider is engaging in with regard to their own obligation to provide information and care about the good or service they have placed on the market. This theoretical premise is supported by the development of the Superior Tribunal of Justice's legal doctrine, which is now accepting the responsibility for off-balance sheet harm resulting from product damaged and, consequently, is approaching the categories contained in the category known as Theory of Quality in Consumer Law bound by Chapter IV of the Consumer Protection Code.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Responsabilidade; consumidor; ilícito; dano

- **KEYWORDS**

Responsibility, consumer, illegal activity, damage

INTRODUÇÃO

O dano extrapatrimonial se trata de instituto atualmente consagrado na dogmática e na jurisprudência do contencioso do direito do consumidor. Situações como a inscrição indevida do nome do sujeito em cadastro de inadimplentes, acidentes que vitimam passageiros em transportes públicos, desfalque bancário mediante fraude, *overbooking* em transporte aéreo, dentre outros eventos, acarretam o dever de indenizar. De outro lado, algumas situações são limítrofes, tanto que a jurisprudência refere que não ocorre a responsabilização civil pela ausência do que se denomina “prova” do dano extrapatrimonial.

As linhas que seguem discutem se a questão da prova do dano extrapatrimonial está imbricada ao maior ou menor “grau” da ilicitude perpetrada. Em especial no trato da distinção entre responsabilidade pelo vício do produto ou serviço ou responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, a pesquisa analisa se o discurso judiciário cuida, em realidade, da “prova” do dano ou se os julgados estão se referindo epistemicamente a uma situação peculiar em que a ilicitude é tão desarrazoada que implica no dever de indenizar – com base no gênero Teoria da Qualidade dos Produtos e Serviços. Em um sentido clássico, pertinente ao século XX, o dano indenizável poderia não ser admitido em situação de vício do produto ou do serviço, mas o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pelo dever de indenizar, em decorrência de uma “amplificação dos limites do dano”, com base na tutela da segurança. Vale dizer, a categoria da ilicitude assume significativa envergadura por intermédio da qual o perigo de dano equivale ao próprio dano extrapatrimonial (no contencioso referente ao direito do consumidor, que trata de causas repetitivas e massificação da demanda e oferta).

A metodologia de trabalho pontua os pressupostos da responsabilidade civil, identificando o dano como epicentro desse conjunto fatores. A análise de alguns achados doutrinários permite antever a tendência dogmática da episódica *aproximação entre ilícito e dano extrapatrimonial*, o que acaba se desenvolvendo ainda mais, em decorrência dos recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, em uma pesquisa qualitativa que recorta pares de acórdãos paradigmáticos.

Todo o dano extrapatrimonial deve ser provado? Não, tanto que isso já parece assentado na dogmática. Ocorre que um “vício do produto ou do serviço” pode ser equiparado a uma responsabilização pelo “fato do produto ou do serviço” – valendo o simples vício (contrariedade ao direito) como

pressuposto da indenização. O ponto destaca a rotação paradigmática da figura do dano extrapatrimonial na Teoria da Qualidade do Produto ou do Serviço, em direito do consumidor, na medida em que a “moral” do dano é que ele deixa de ser algo metafísico que o juiz deve tentar buscar dentro do espírito ou da cabeça da vítima, mas se trata de uma reprovação cultural firmada em circunstâncias objetivas previstas pelo próprio ordenamento jurídico.

1. OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL (EM CRISE?). EM ESPECIAL: A TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A dogmática tem discursado sobre a “crise dos pressupostos” da responsabilidade civil, tanto em vista da enumeração de novos danos outrora não previstos no ordenamento, como no tocante às novas fontes que ensejam o dever de indenizar. Não se trata de um fenômeno adstrito ao capítulo da responsabilidade civil, pelo contrário, o direito privado em sua totalidade se modificou em tempos de pós-modernidade.

Se existe uma “crise”, é para identificar os fatores que performam algumas diretrizes do direito privado nos tempos atuais. Em primeiro lugar³, ocorreu a modificação da matéria-prima economicamente mais relevante – na Idade Média, o bem imóvel consistia no epicentro do sistema; na Idade Moderna, o bem móvel material foi elevado ao sonho das relações privadas e, atualmente, na pós-modernidade, o que se verifica é a gigantesca proliferação, precificação e maior ascensão econômica do bem móvel imaterial. Ou seja, ocorreu uma desmaterialização do objeto do direito, com a hiperinflação quantitativa e qualitativa da comunicação, dos “softwares”, do lazer, da segurança, da educação, da saúde, do seguro, do crédito, enfim, todos eles configuram uma nova realidade social do terceiro milênio.

A “pessoa” do direito privado tampouco é a mesma dos tempos passados⁴. No século XIX, falava-se no *homo politicus*, um indivíduo perante o Estado, em uma época em que a soberania tinha suas barreiras firmadas e insuscetíveis de

³ MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 20. Os autores citam a obra de Manuel Castells (*The rise of the network Society. The information age: economy, society and culture*. Blackwell: Massachusetts, 1996/1999, vol. 1, p. 14 e seguintes) para firmar a respectiva argumentação.

⁴ Idem, ibidem, p. 21/22.

relativização por Tribunais Internacionais e pelo avanço do mercado sobre as próprias delimitações geográficas que passaram a ser uma ilusão. Na primeira metade do século XX já se apresenta o *homo faber*, pessoa da revolução industrial, trabalhador que produz e comercializa seus produtos, sendo que a nacionalidade passa a ter uma menor importância. Atualmente, soberania, nacionalidade e outras intercorrências territoriais passaram a ser um espaço paralelo ao mundo digital, com o *homo economicus* assumindo um papel ativo que cria conteúdos facilmente transitáveis por todo o planeta e transforma as suas relações em *networking* para novos negócios cada vez mais alavancados, significativos e agregadores do grande público massificado do consumo.

A “crise” é da responsabilidade civil?

Evidente que a mudança é muito maior que adstrita a um capítulo do direito privado. A transformação remete a um novo paradigma do direito privado, que teve desmoronada a tríade “código-sistema-interpretação”, deveras presente desde o advento do individualismo codificado na França pós-revolucionária. Guido Alpa⁵ pontua que a clássica terminologia da fraternidade – entendida como fazer amizade, ter empatia e constituir um elemento político para reforçar o patrimônio patriótico – cede espaço para uma transição elegante para a solidariedade. Em outros termos, se a fraternidade simbolizava a soberania de um povo, a solidariedade⁶ abarca a consciência social para condicionar todas as relações privadas, independente das limitações geográficas, temporais e de alguma forma limitadas por individualismos operativos. Trata-se de um valor universal que ilustra o direito privado e não representa uma “crise”, mas uma necessária nova forma de abordagem de todos os institutos à luz dos valores constitucionais emplacados pelos direitos fundamentais de segunda e terceira gerações.

O Estado, as instituições da sociedade civil, os contratos privados e a responsabilidade civil, em síntese, deparam-se com a transição da era da informação, para a era do conhecimento. Finalmente, chegou-se na época da sabedoria. A hecatombe pandêmica do ano de 2020 acelerou e misturou

⁵ ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 396-405.

⁶ A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a ideia basilar da dignidade da pessoa humana implica uma releitura crítica de todos os filtros tradicionais da responsabilidade civil. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005, p. 46.

toda essa tecnologia, o que também se reflete nas novas necessidades sociais e no renascimento de um novo direito privado, que trabalha com as fontes jurídicas atualmente fragmentadas, com uma revalorização da “pessoa”, com uma realidade socioeconômica que ancora mais os bens imateriais e, sobretudo, está comprometida com a solidariedade enquanto perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

1.1. A Separação Ortodoxa entre Ilícito e Dano Extrapatrimonial (Legado do Direito Privado Individualista)

A suposta “crise” dos pressupostos da responsabilidade civil acaba sendo um *achado reducionista em direito do consumidor*. Na realidade, as estruturas do direito privado estão sendo culturalmente balançadas por uma nova abordagem dos fatores que convivem e fazem o direito privado aparelhar uma razão pública que empresta valores aos problemas sociais.

A clássica referência de que o dever de indenizar seguiria uma ortodoxa trilha “ação/omissão → nexo de causalidade → nexo de imputação → ilícito → dano” é *perfeitamente válida e útil para a questão do dano material*, pois está inserida em uma abordagem formalista que não se sustenta frente às transformações atuais imbricadas ao raciocínio jurídico.

O dano material pode ser reputado uma consequência que está “para fora” da abordagem do ilícito, pela singela constatação que ele pode ser avistado qualitativa e quantitativamente em seus próprios limites, pela sensibilidade de qualquer pessoa. No dano moral ou extrapatrimonial isso não acontece, porque ninguém consegue dizer se um sujeito ficou “pouco abalado”, “mais ou menos abalado” ou “muito abalado”, em decorrência de um acontecimento da vida. Isso se reflete no discurso da “prova” do dano moral. Quer dizer, a figura do ilícito é sincrética ao dano extrapatrimonial, considerando que existe uma diferença “de grau”, de intensidade, entre o mero ilícito e o dever de indenizar pelo dano extrapatrimonial – *a diferença não é qualitativa*, porque ilícito e prejuízo extrapatrimonial são demarcados e arbitrados com base em previsões normativas culturalmente assentadas.

Dois exemplos de casos reais deflagram o problema.

Um casal matriculou o filho de tenra idade em uma creche, para que a criança permanecesse sob os cuidados das professoras e vigilantes do local, no período da manhã e da tarde. Por um lapso momentâneo da equipe de trabalho, o menino fugiu das cercanias da creche e saiu andando pelas ruas da cidade, somente sendo achado e devolvido ao lugar, quando passados uns vinte

minutos e após a criança percorrer umas duas quadras para longe da escola – um menino sozinho à própria sorte nas ruas da cidade. O debate processual foi no seguinte sentido: os pais da criança alegaram a falta de zelo e dever de cuidado para manter a criança em local seguro, dentro da creche, postulando uma indenização por dano extrapatrimonial; de outro lado, o estabelecimento argumentou que não houve dano, porque a criança foi localizada logo após ao momento da fuga, nada tendo acontecido à incolumidade do menino, razão pela qual não ocorreu o dano (teria havido mero vício do serviço).

Em outra hipótese, uma consumidora adquiriu remédio psiquiátrico em uma farmácia. Quando abriu a caixa de remédios, embora não tivesse havido violação do lacre dos comprimidos, verificou-se que havia remédios “riscados por uma caneta colorida”. Foi efetuada a perícia no medicamento, que indicou que as propriedades químicas da medicação não teriam sido afetadas. A paciente ajuizou ação de indenização, considerando falha no acondicionamento do produto, até porque uma leiga não teria como saber se o remédio estaria apto à ingestão. Em contrapartida, o laboratório se apegou ao laudo pericial, sustentando que as propriedades químicas estavam preservadas, havendo somente um “risco de caneta” que não comprometia a segurança do consumidor (havia mero vício aparente do produto).

A falha no dever de segurança é bastante para configurar o dever de indenizar por dano extrapatrimonial? Ou seria necessário que houvesse uma “prova” do dano real à pessoa – pelos exemplos, a criança deveria se machucar ou a paciente deveria ingerir o comprimido e ter complicações para, somente após esse evento, resultar na responsabilidade civil pelo fato do serviço ou do produto?

As linhas que seguem trazem a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em termos de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, que enseja a responsabilização por dano extrapatrimonial. O STJ mantinha entendimento bastante rígido para reputar presente o dever de indenizar, aparentemente conjugando a figura do dano à “prova do dano” – tratando-se de dano extrapatrimonial.

1.2. O Entendimento Pretérito do Superior Tribunal de Justiça

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 747.396/DF (Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJe 22/03/2010), entendeu que a aquisição de um refrigerante, dentro do qual, havia um inseto, não configura o dever de indenizar por dano extrapatrimonial – na medida em que não houve

o consumo do líquido contido no invólucro. O acórdão pontuou que “o dano moral não é pertinente, porquanto a descrição dos fatos para justificar o pedido, a simples aquisição de refrigerante contendo inseto, sem que seu conteúdo tenha sido ingerido, encontra-se no âmbito dos dissabores da sociedade de consumo, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade”.

Na teoria do conhecimento “defrontam-se consciência e objeto, sujeito e objeto. O conhecimento aparece como uma relação entre esses dois elementos. Nessa relação, sujeito e objeto permanecem eternamente separados. O dualismo do sujeito e do objeto pertence à essência do conhecimento”⁷. Respeitosamente, o acórdão proferido há mais de uma década se valeu dessa espécie de dogmatismo – a “apreensão do objeto pela consciência do sujeito”.

A noção de direito (sem falar em justiça) passa a ser o que está na *cabeça do juiz*, deixando em um segundo plano os indicativos culturais médios de uma comunidade sofrida e pobre, como a brasileira. A virada hermenêutica recondiciona esses fatores, confrontando os discursos entre os sujeitos (sujeito-sujeito), na medida em que o objeto possui a sua “verdade intrínseca”. Possível falar em ontologização do objeto da observação, tendo em vista que alguma conclusão sobre os eventos ocorre por intermédio da abordagem hermenêutica e argumentativa desenvolvida entre os debatedores.

Se o legislador positivou a proibição da violação desarrazoada da segurança dos serviços e produtos em consumo, fica *apequenada a descrição judiciária para dizer o que é dissabor ou o que configura um dano*. Na medida em que um julgador refere que a contrariedade às normas de ordem pública configura “mero dissabor”, a metodologia jurídica assume uma postura dogmática⁸, por intermédio da qual o sujeito se apropria do objeto. Com efeito, a figura do ilícito já abarca a noção do dano – que pode ser reputado um dano conglobante, na medida em que causar um dano pressupõe o cometimento de um ilícito

⁷ HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 20.

⁸ Em teoria do conhecimento, dogmatismo significa que o sujeito “apreende o objeto”, ou seja, a consciência cognoscente tem vasto espaço de jogo para lidar com o evento em julgamento. Um ponto de vista sustentado por ampla confiança na razão humana, mas que não deixa de mitigar a própria dignidade de uma legislação que estabelece um sistema protetivo em benefício do consumidor. Ver Johannes Hessen, Op. cit., p. 29.

(*neminem laedere*); em direito do consumidor, portanto, um ilícito caracteriza o dano que deve ser indenizado levando em conta a razoabilidade, ou não, da violação do padrão de segurança.

Quando se fala em “mero dissabor” ou em “prova do dano extrapatrimonial”, na perspectiva sistemática do ordenamento jurídico, a análise é sobre a razoabilidade ou falta de razoabilidade no descumprimento das normas que tutelam a segurança do consumidor. O dano extrapatrimonial não pode ser aferido por uma apreciação meramente subjetivista, supostamente julgando a pessoa, julgando o que se entende pelo “sofrimento que alguém enfrentou”, ao invés de julgar o fato jurídico viciado na perspectiva da segurança do produto e do serviço (a verdadeira missão do Judiciário). Julgar o sofrimento de uma pessoa é manobra que somente pode ser efetuada por alguma entidade divina. Quer dizer, a conclusão pelo dano moral deve estar pautada em critérios – sendo que *eles são objetivos*.

Em julgado mais recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.395.647/SC (Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 18/11/2014), o evento em julgamento era análogo – a existência de um corpo estranho no interior de uma embalagem de bebida que estava lacrada e não teria sido ingerida pelo consumidor –, tendo sido proferida a decisão pelo indeferimento da condenação por danos extrapatrimoniais.

Citando vasta jurisprudência do STJ, o acórdão consignou que “a embalagem de refrigerante vendida ao consumidor com uma mosca em seu interior estava lacrada, com a tampa inviolável, não tendo sido sequer aberta pelo autor, consoante demonstrado pela perícia, que afastou a possibilidade de ingestão do produto em questão”. A racionalidade do entendimento é a mesma anteriormente comentada, na medida em que adotada uma postura “subjetivista” na apreciação do fenômeno.

Na prática, o Superior Tribunal de Justiça estava quase equiparando o dano material ao dano extrapatrimonial. Afinal de contas, subentendia que a responsabilização civil somente deveria ter provimento quando o sujeito ingerisse algo que efetivamente causasse malefícios à saúde.

Ocorre que a legislação de ordem pública que tutela o consumidor não se reporta somente a uma pessoa – àquele que comprou o refrigerante com um objeto impróprio dentro da embalagem. Pelo contrário, o sistema de tutela do consumidor em uma sociedade de massas explicita políticas públicas e normas de segurança que tendem a proteger “toda a sociedade” contra possíveis inseguranças na entrega dos serviços ou produtos. A compra de um produto,

por apenas um consumidor, assume uma condição de representatividade social, tendo em vista o caráter repetitivo dos *players* e a larga escala das produções industriais ou comerciais que ficam difusamente em contato randômico.

Na perspectiva do dogmatismo que antigamente era adotado pelo STJ, os exemplos da criança que fugiu da creche e da paciente que comprou o remédio riscado teriam suas pretensões negadas. A concepção clássica reputa danoso um acontecimento quando ocorre um efetivo prejuízo a uma subjetividade – note-se que esse subjetivismo não está apenas no objeto em análise, mas na cabeça do julgador, o que parece bastante discricionário em virtude da força cogente das normas referentes às relações de consumo.

2. NOVAS NECESSIDADES DA SOCIEDADE DO CONSUMO E A TUTELA DO DIREITO

O século XX apresenta uma rotação epistêmica do direito privado, que pode ser resumida, muito cautelosamente, com base em três premissas: (a) a institucional, (b) a dogmática e (c) a operativa.

O pós-guerra firmou o Estado Social, atualmente, alavancado para o Estado Constitucional. Em termos de teoria do direito e de metodologia jurídica, houve a consagração dos direitos humanos enquanto direitos fundamentais nas cartas legislativas do ocidente. Logo, o direito privado não estava mais no centro do raciocínio jurídico, pois o ordenamento já não se tratava mais de um sistema “fechado” de dispositivos sujeitos e um arquétipo estritamente codificado, jusestatalista e pré-determinado pela exegese de textos. Conforme Zagrebelsky⁹, o direito como um todo assumiu a realidade sobre a fragmentação das fontes e a decorrente elaboração de um “projeto jurídico”, por intermédio do qual as normas são abertas, preveem conceitos indeterminados, dependem de uma interpretação lógico-argumentativa e uma abordagem hermenêutica, para, finalmente, fazer coexistir princípios e ideologias com fundamento na dignidade da pessoa humana e no pluralismo.

A premissa institucional – que reflete o Estado Constitucional e o modelo de supremacia de direito por ele estabelecido – resulta no que a dogmática denomina “direito privado solidário”¹⁰. O paradigma individualista

⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 13-17.

¹⁰ MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 26.

e voluntarista vai cedendo espaços para a funcionalização dos institutos, ou seja, o direito privado assume um compromisso social, para além da mera defesa da liberdade e da igualdade formal. “Construir uma sociedade livre, justa e solidária” é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da CF).

A premissa dogmática poderia ser apresentada antes da institucional, porque reflete um verdadeiro “estado de coisas jurídico” em termos de direito – outrora, *dividido rigidamente entre direito privado e direito público*. A Constituição estabelece seus objetivos e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. O Código Civil de 2002¹¹, por sua feita, firma-se na eticidade, na socialidade e na operabilidade. Quer dizer, o princípio da eticidade implica valores nas relações jurídicas e o princípio da socialidade determina a superação do caráter individualista dos institutos. A operabilidade é um apanhado instrumental que visa a facilitar o emprego dos dispositivos.

Antes do advento do Código Civil, o próprio Código de Defesa do Consumidor já estava repleto dessas informações, conformando um microsistema de proteção do sujeito vulnerável em uma relação de consumo. Qual a “estratégia” normativa utilizada para proteger a vulnerabilidade? Não se trata de meramente estabelecer incansáveis regras de conduta. A nota marcante desse conjunto de dispositivos, inaugurados na transição do século XX para o século XXI, justamente, é a presença de normas programáticas que assinalam finalidades a serem alcançadas.

Ocorre uma mudança de paradigma, porque o direito privado atual se concentra não mais no ato de comércio ou de consumo, mas na atividade¹². Não existe uma preocupação estática na suposta vontade interna do indivíduo que declara algo, porém, o foco está nas circunstâncias objetivas que encerram um negócio jurídico, levando em conta o comportamento dos sujeitos. Não se protege a propriedade e a posse enquanto situações, existe uma preocupação no tocante ao atendimento da função social desses institutos. A família deixa de contemplar meros conceitos jurídico-formais, observando-se o afeto e o cuidado. Enfim, o direito privado assume a solidariedade em todos os capítulos de atuação.

¹¹ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 9, jan-mar/2002, p. 9.

¹² MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

A Constituição determina que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), condicionando a aplicação de um “estado de coisas jurídicas”. A força normativa se polariza na busca de uma perspectiva, ao encontro de um paradigma, seja quando o legislador elabora uma lei, seja quando o administrador aplica a norma, ou mesmo quando o juiz efetua um julgamento. Logo, no confronto entre a posição jurídica do consumidor e a posição jurídica do fornecedor, a solução de sentidos que o ordenamento estabelece é pelo privilégio da defesa do consumidor¹³.

Em outras palavras, a defesa do consumidor é um *leitmotiv* (motivo-guia) densificado como direito fundamental. Nesse sentido, Erik Jayme estabelece uma teoria metodológica na qual, observado o pluralismo e demais aspectos da pós-modernidade, entre eles, a comunicação, a narratividade e a primazia dos direitos fundamentais, as normas jurídicas que aparentemente podem estar em conflito devem convergir para uma solução de continuidade que funcionaliza os objetivos predispostos pelo sistema jurídico.¹⁴ A proposta de Erik Jayme é um método (um caminho) e uma metodologia (um processo) de trabalho por intermédio da qual a coordenação das fontes é flexível¹⁵, sendo que todas as diretrizes se voltam, coerentemente, para os valores verticalizados pela Constituição. Trata-se de um autêntico “realismo” metódico, porque não apenas se restringe em regras de conduta, não apenas afirma critérios, antes fala em valores, que ficam muito evidentes quando explica o caráter narrativo dos dispositivos – normas narrativas são equivalentes ou mais do que normas programáticas, normas inspiradoras, na medida em que narram objetivos e finalidades.

¹³ CASTRO, Cássio Benvenuti de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 65/9.

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 122. JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa, *passim*.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 29. Ver em especial JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan/1999.

O dispositivo narrativo basilar do Código de Defesa do Consumidor estabelece:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta; (...)

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

A aplicação do microssistema de proteção do consumidor deve atender esse *standard de proteção performática*. A premissa dogmática coordena a teoria e a filosofia do direito, repercutindo na prática da atividade legislativa e na concretização do direito por intermédio da jurisprudência. Assim, o dano extrapatrimonial não chega a ter uma diferenciação ontológica em

relação ao ilícito¹⁶, considerando a comunicação das normas e o vetor da narratividade. “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186 do Código Civil). O dispositivo central do ato ilícito não permite distinguir a contrariedade ao direito em relação ao dano extrapatrimonial – considerando que é um dispositivo que prestava tranquilamente para identificar o dano material.

A premissa operativa revela a inquietude dos juristas¹⁷ com relação a “dissociações absolutas” – por exemplo, a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual, entre nexos de imputação objetivo e subjetivo, assim como a *separação ortodoxa entre o dano extrapatrimonial e a categoria do ilícito*.

Qual a “moral” do dano extrapatrimonial?

Em outros termos, por que a dicotomia entre dano material e o dano extrapatrimonial são nocivas à funcionalidade da responsabilidade civil?

O Código Civil de 1916 (elaborado por Clóvis Bevilacqua) trazia conceitos que remetiam para a “vontade interna” dos sujeitos (vide art. 85 do Código

¹⁶ A doutrina se vale da expressão “dano injusto” que congrega duas questões: (a) a função de o dano configurar um fenômeno contrário ao direito, ainda que seja decorrente de um ato aparentemente lícito (por exemplo, o dano praticado por legítima defesa de terceira pessoa ou por exercício regular de um direito, nos termos do art. 188 do Código Civil); (b) a peculiaridade de uma cláusula geral de “dano injusto” informa um modelo de atipicidade dos danos indenizáveis, porque a diuturna evolução social sempre permite a abordagem de novas violações que, por si, podem implicar um dano. ALPA, Guido. *I principio generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006, p. 486.

¹⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007, p. 45. A autora pontua a evolução epistêmica dos institutos da responsabilidade civil, em especial, com a maior significação do espaço do nexo de imputação objetivo. “A ampliação do campo de abrangência da responsabilidade acabou, então, por provocar certo declínio da culpa enquanto elemento imprescindível à sua configuração; no entanto, não desapareceu completamente a culpa, e nem desaparecerá, já que a evolução não equivale à substituição de um sistema por outro”. A culpa em sentido amplo e o risco deixam de ocupar a posição de fundamentos da responsabilidade, passando a serem fontes que convivem no sistema, sem uma solução de exclusão de uma pela outra.

revogado). Pontes de Miranda¹⁸ comenta que se trata de uma “ingenuidade” essa utilização de fatores solipsistas, individualistas, porque ficam sujeitos à manipulação. O descuido em relação à fenomenologia e aos aspectos éticos e culturais se deve ao fato de Bevilacqua ser um teórico, um professor, sequer ser um advogado atuante em sua época. Ou seja, a “moral” do “dano moral” do século XX ficava na *cabeça do agente* – que deveria ser interpretado pela discricção do julgador, algo efetivamente impossível e correlacionado a decisionismos estamentais¹⁹.

A modificação que ocorre por intermédio de um novo direito privado *solidário* é que não importa conferir inúmeros predicados ao dano extrapatrimonial. Se os práticos falam em dano “presumido”, em dano “in re ipsa” ou em “aborrecimento significativo”, todas os qualificativos desencobrem uma experiência humana que é meramente instrumental a uma feição “cultural” do que se entende por danoso em determinada sociedade e em um certo lapso temporal. Com efeito, notável que certas atividades humanas passaram a serem consideradas eventos que desencadeiam a indenização por dano extrapatrimonial, porque foram cotejadas a um grau de ilicitude praticada, ou seja, existe uma reprovação social que decorre da compreensão do ordenamento jurídico²⁰.

¹⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981, p. 87.

¹⁹ A noção psicológica da culpabilidade em direito privado foi abandonada em privilégio da análise de um “modelo de conduta ideal”, um *standard* de abarca as expectativas sociais dos atores em suas diversas relações na sociedade de consumo. SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005, p. 51.

²⁰ Na década de 1980 não se cogitava do dano à imagem – não quer dizer que as pessoas não pudessem se sentir lesadas, em sua intimidade, em seu psicológico, quando publicada uma notícia perversa a seu respeito. Ocorre que a cultura daquela época, demasiadamente individualista, não se importava com a exposição das pessoas perante a sociedade. Consequentemente, o ordenamento jurídico não tinha a previsão sobre a proteção do nome, da imagem, dentre outras facetas da personalidade. Atualmente, a tutela da imagem respalda decisões conforme a seguinte: “Comprovado que a notícia veiculada pela demandada, muito embora não tenha distorcido os fatos, nem tecido comentários a respeito do assalto ocorrido, no qual o autor Paulo, policial à paisana, acabou atirando e matando um dos assaltantes, divulgou dados pessoais do apelado, violando a privacidade deste, expondo-o a um risco desnecessário, mormente porque um dos assaltantes logrou fugir do local dos fatos, resta caracterizado o abuso do direito de informação por parte da empresa jornalística e, por conseguinte, a obrigação de indenizar.” (TJRS, Apelação Cível Nº 70021761473, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo Roberto Lessa Franz, DJ 24/04/2008).

Por isto que se fala em dano extrapatrimonial “por desvio de capacidade produtiva”, dano extrapatrimonial “por abalo estético”, dano “existencial”, dentre outras inúmeras categorizações não taxativas. *Todas essas espécies de danos extrapatrimoniais não são decorrentes do tamanho do sofrimento da vítima* – algo que leva ao decisionismo. Elas retratam a força normativa ou o significado jurídico que a contrariedade ao direito representa para determinada cultura na perspectiva axiológica atualmente implicada pela Constituição²¹. Em decorrência, elas levam em conta circunstâncias objetivas do caso concreto para a precificação da indenização, que pode variar quantitativamente.

2.1. A Imbricação entre Ilícito e Dano Extrapatrimonial (Compromisso da Repartição Social Pelos Riscos do Mercado de Consumo)

A questão não é novidade nas ciências criminais²².

Notório que um acidente de trânsito é analisado por um juízo monocrático. Entretanto, a jurisprudência é tendente a considerar que um condutor de veículo *transcendeu a culpa consciente e avançou para o dolo eventual*, na hipótese de haver infração de diversas regras jurídicas para além do evento consumativo contra uma pessoa. Embora o resultado da tragédia seja somente um – o atropelamento ou a colisão de um veículo e o evento morte da pessoa –, os práticos consideram a contumaz violação do direito (ilícito) como algo que modifica a categorização do delito. A diferença entre os ilícitos é “de grau”, mas acaba levando o sujeito ao julgamento por um júri popular²³.

²¹ As estruturas jurídicas do direito privado retratam os valores culturais da sociedade contemporânea – o individualismo e o patrimonialismo de outrora cede espaços à dignidade do ser humano, o autêntico centro epistêmico do direito pós-moderno. HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr/jun de 2002, p. 221.

²² *Não se defende a unidade metodológica entre direito privado e direito criminal* – porém, chama a atenção sobre a valoração das circunstâncias “internas” a um indivíduo. O juiz não consegue adentrar metafisicamente na cabeça de um sujeito e dizer se ele agiu com culpa ou com dolo, assim como não consegue quantificar o sofrimento de uma pessoa. Em contrapartida, a cultura e seu reflexo no ordenamento jurídico permitem justificar hermeneuticamente o “grau” de contrariedade ao direito.

²³ Conforme respeitável doutrina, se um sujeito ingeriu bebida alcoólica e saiu dirigindo, já praticou o delito doloso previsto no art. 306 do CTB. Havendo uma colisão com evento morte, seria difícil pensar que o dolo de perigo anteriormente praticado não subentende a probabilidade de um resultado que também deve ser doloso – do contrário, somente poderia resultar um crime culposo em decorrência de decisionismo que teoricamente intui aspectos internos do agente. NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, n. 129, mar/2013, p. 186/188.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu sobre a pronúncia em situação análoga: “Caso em que o recorrente, sob o efeito de álcool e pilotando carro em alta velocidade, teria perdido o controle do veículo ao tentar vencer curva da estrada, vindo, com isso, a capotar diversas vezes e a causar a morte de um dos ocupantes do automotor por politraumastismo craniano. Somatório de elementos de prova que dão sustentação à tese acusatória de que o recorrente agiu com dolo eventual na produção do resultado, assumindo o risco de produzir a morte de alguém. Dúvida que, nesta fase do processo, resolve-se em prol da sociedade, devendo ser o acusado submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri” (Recurso em Sentido Estrito Nº 50010242020118210070, Terceira Câmara Criminal, Relator Desembargador Luciano Andre Losekann, DJ 23/06/2022).

O julgador não se vale de intuicionismos ou concepções voluntarísticas para tentar entender o que se passava na cabeça do condutor do veículo. O julgado fala em “somatório de elementos de prova” que, em realidade, refletem as tantas violações a diversas normas jurídicas praticadas pelo condutor do veículo. O magistrado coteja o fenômeno que provocou o evento em relação à inteireza dos ilícitos cometidos – conforme o exemplo, a embriaguez ao volante, a velocidade incompatível, dentre outros aspectos juridicamente reprováveis perante o ordenamento. Esses fatos são instrumentais a uma ressignificação “cultural” da diferença entre culpa consciente e o dolo eventual.

A “moral” do dano extrapatrimonial atende ao mesmo raciocínio. O fundamento da atual responsabilidade civil é a colocação do sujeito em risco (dispensando que seja um risco-proveito).

Giselda Hironaka²⁴ dialoga com respeitável doutrina europeia para assinalar a cláusula geral do “mise en danger”, que consiste em *colocar outrem em perigo de maneira qualificada*: isso depende de uma atividade arriscada com potencial capacidade de incorrer em dano, considerando a probabilidade da ocorrência do dano com base empírica ou científica. Adolfo di Majo²⁵ ressalta que, na sociedade do consumo, atividades socialmente úteis também podem ser perigosas em sua essência. Em especial, porque os produtos ou serviços

²⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007, p. 56.

²⁵ MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003, p. 191.

podem apresentar um defeito massificado, *acabando por fazer equivaler o defeito do produto ou serviço ao dano pelo fato do produto ou serviço*.

Novamente citando um julgado de natureza criminal, o Superior Tribunal de Justiça admite a exasperação da pena base, levando em conta o “grau” da ilicitude – como se houvesse patamares de contrariedade ao direito:

Em princípio, questões relativas à dosimetria da pena não são suscetíveis de apreciação em sede de habeas corpus, que depende da valoração de circunstâncias fáticas, o que é próprio de se fazer nas instâncias ordinárias. Apenas nos casos em que haja violação dos critérios legais ou flagrante desarrazoabilidade do critério adotado nas instâncias ordinárias para o estabelecimento da pena é possível corrigir-se a dosimetria por esta via especial. Segundo a legislação em vigor (art. 306, § 1º, do CTB), a quantidade de álcool por litro de sangue (6 dg) ou por litro de ar alveolar (0,3 mg) é um dos meios pelo qual é possível inferir a potencial redução da capacidade psicomotora do condutor do veículo automotor. Sendo assim, a quantidade de álcool ingerida pelo réu pode ser um modulador na fixação da pena-base, porquanto, como é de conhecimento comum, quanto maior o consumo de álcool, menor a capacidade motora e de entendimento do indivíduo, ou seja, o nível de embriaguez está proporcionalmente ligado ao potencial de perigo gerado pela conduta.

Na hipótese, constatado que o nível de álcool no organismo do réu (1,12 mg/L de ar alveolar) era três vezes superior ao limite previsto pela legislação (0,3 mg/L de ar alveolar) não há ilegalidade na exasperação da pena-base, pelas circunstâncias da ação delituosa (maior potencial de perigo).

A análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (HC 587.193/DF, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJ 18/08/2020)

A dogmática criminal é repleta de exemplos, justamente, porque trabalha com fatos humanos que causam resultados juridicamente reprováveis. Ou seja, o magistrado não mergulha na consciência do sujeito para saber se ele foi “mais ou menos” criminoso, mas analisa a significação dos casos

na perspectiva de um regime baseado na “ilicitude”²⁶ e na “culpabilidade” enquanto reprovação social.

O mesmo raciocínio levou o Superior Tribunal de Justiça a modificar o entendimento, no tocante às *espécies abarcadas pela Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços*. Anteriormente, havia uma cisão ortodoxa entre responsabilidade pelo defeito do produto ou serviço e responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Voltando aos exemplos da criança que fugiu da creche e do remédio que sequer foi retirado do invólucro, *não haveria dano indenizável*. Tudo ficaria restrito à verificação da individualidade do “consumidor que não consumiu o produto ou que não foi machucado pela falta de zelo da creche”. A maioria dos julgados certamente afirmaria que não “houve prova do dano”.

A jurisprudência evoluiu na perspectiva da própria implementação da ciência, em termos de industrialização e comercialização de produtos e serviços. Portanto, atualmente, naquelas hipóteses elencadas, existe uma zona de penumbra entre a ocorrência, ou não, do dano extrapatrimonial. A tendência é que os julgados admitam a responsabilização do fornecedor, quando o risco ou perigo identificado assuma um “grau de ilicitude” que transcende os limites do razoável para a cultura brasileira – ainda que a criança não tenha sofrido machucados físicos, ainda que a consumidora não tenha ingerido produto impróprio.

Chamando a atenção para a ilicitude e para o caráter dissuasório implicado pela indenização, *a fortiori*, pode ser lembrada a questão do dano social (art. 6, VI, do CDC). Esse prejuízo é decorrente de lesões à sociedade, quando abalado um estado de coisas comunitário, que acaba por rebaixar o patrimônio moral da coletividade. Antônio Junqueira de Azevedo²⁷ lembra que o valor da

²⁶ No direito privado ocorre uma aproximação entre ilícito e dano injusto, que, pontualmente, denomina-se como “dano conglobante”. O fenômeno não retira a percepção analítica entre as espécies, tampouco afasta o caráter concreto do sujeito que é vítima – apenas salienta os padrões de conduta que o ordenamento jurídico reputa esperados, porque são reputados justos ou eticamente privilegiados. Em decorrência, a tipicidade do ato ilícito acaba refutada, permitindo uma leitura mais aberta em termos de responsabilização. FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, n. 397, nov/2010, *passim*.

²⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul/set 2004, p. 215/6. A referência é somente para alertar o fundamento do dano com base no grau de ilicitude. Não é o caso

“segurança” foi desconstruído de diversos negócios jurídicos – contrato de transporte, de saúde, de ensino, de hospedagem –, viabilizando uma indenização “autônoma”, na hipótese em que verificada a contrariedade ao dever de garantir a confiança do sujeito (quebra da expectativa de segurança).

Ao conferir uma proteção autônoma à “segurança”, em determinados contratos ou estados de coisas jurídicas, fica muito evidente que a manutenção do mercado de consumo também depende disso. Tanto que o Superior Tribunal de Justiça levou em conta o dever de “segurança”, expressamente previsto no art. 8º do Código de Defesa do Consumidor, para aproximar a funcionalidade da responsabilização pelo vício do produto ou do serviço à responsabilização pelo fato do produto ou do serviço (uma leitura dialogal e coerencial dos dispositivos do CDC), conforme assinalado no item abaixo.

No REsp 1.221.756/RJ (3ª Turma, Relator Ministro Massani Uyeda, DJ 02/02/2012), o Superior Tribunal de Justiça decidiu:

A dicção do artigo 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie.

Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores.

A ilicitude desarrazoada foi considerada o epicentro do raciocínio jurídico. Em contrapartida, aspectos contingentes ao dano propriamente dito foram circunstâncias que serviram de parâmetro para o arbitramento da indenização, ratificando a figura do dano conglobante em direito do consumidor.

de discutir para quem será a indenização, tampouco a diferença entre dano social e outros danos coletivos – distinção importante, mas que extrapola os limites do presente estudo. Para essa última finalidade, verificar FLORENCE, Tatiana Magalhães. Danos morais coletivos (comentários à decisão do STJ no REsp n. 598.281/MG). *RTDC*, vol. 28, out/dez /2006.

2.2. O Recente Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Em um caso no qual foi encontrado objeto estranho dentro de uma garrafa de bebida, ainda que não tenha havido a ingestão do líquido, tampouco a retirada do lacre, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.801.593/RS (Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 15/08/2019) entendeu que é devida a condenação por dano extrapatrimonial, ressalvando os julgamentos em contrário. Na oportunidade, a Ministra assinalou que a leitura do Código de Defesa do Consumidor deve observar a tutela do sujeito em um sentido amplo, ou seja, ainda que não aconteça um dano material ou sensível a quem não ingeriu a bebida que sequer foi destampada, a identificação de um corpo estranho dentro do recipiente expõe a coletividade a um perigo contrário ao ordenamento. Assim, conforme o voto, “uma vez verificada a ocorrência de defeito no produto, a afastar a incidência exclusiva do art. 18 do CDC à espécie (o qual permite a reparação do prejuízo material experimentado), inafastável é o dever do fornecedor de reparar também o dano extrapatrimonial causado ao consumidor, fruto da exposição de sua saúde e segurança à risco concreto”.

O acórdão afasta a “incidência exclusiva do art. 18 do CDC” (responsabilidade pelo fato do produto). Muito além disso, o Tribunal elabora um raciocínio sistemático que abarca os artigos 8º e 12 do Código de Defesa do Consumidor, concluindo que os dispositivos devem ser coordenados para resultar na finalidade protetiva do vulnerável.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estava pacificada, quando havia o consumo de gênero alimentício em condições impróprias. Porém, a Terceira Turma passou a reconhecer o dano extrapatrimonial indenizável para a hipótese em que corpo estranho fosse encontrado no invólucro do produto alimentício, ainda que não houvesse a ingestão do produto – de outro lado, a Quarta Turma entendia que esse caso não ensejava o dever de indenizar por dano extrapatrimonial.

No julgamento do REsp 1.899.304/SP (Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 25/08/2021), as Turmas reunidas na Segunda Seção uniformizaram a jurisprudência. Na ocasião, havia corpos estranhos (fungos e ácaro) dentro de um pacote de arroz. Ainda que o consumidor não tivesse ingerido o alimento, o risco da atividade foi considerado suficiente para a condenação do fornecedor ao pagamento de indenização por dano extrapatrimonial. O Tribunal reputou necessária a proteção da segurança alimentar correlacionada à qualidade dos alimentos para a garantia de controle dos riscos para a saúde das pessoas. O Código de Defesa do Consumidor trata da “Qualidade de Produtos e Serviços,

da Prevenção e da Reparação dos Danos”, existindo uma zona de penumbra indissociável que teoricamente separa a responsabilidade pelo fato do consumo (art. 12 do CDC) e a responsabilidade pelo vício do consumo (art. 18). No voto condutor, alegou-se: “Não obstante, em que pese esses sentimentos negativos derivados da exposição ao alimento contaminado/violado realmente sejam aptos a causar abalo psicológico, é imperioso considerar que, nos últimos anos, a jurisprudência desta Corte, incorporando a doutrina desenvolvida acerca da natureza jurídica do dano moral, tem cada vez mais reconhecido a possibilidade de compensação independentemente da demonstração da dor ou sofrimento, concluindo que o dano moral se traduz em consequência *in re ipsa*, intrínseca à própria conduta que injustamente atinja alguns dos aspectos da dignidade do ser humano.”

Em voto-vista, o Ministro Marco Buzzi ressaltou alguns aspectos da fundamentação, alertando que o dano moral não poderia ser considerado independente de prova (“*in re ipsa*”), mas deveria ser aferido no caso concreto:

Nessa medida, estabelecem-se como parâmetros para a constatação do dano moral indenizável que: (i) o corpo estranho presente no alimento seja distinto da substância ou constituição natural do alimento; e (ii) capaz – por prova bastante – de causar risco à saúde ou incolumidade física do consumidor caso ingerido, manuseado ou utilizado.

Ressalta-se, portanto, que a ingestão do produto contaminado, embora constitua circunstância evidentemente agravante a influenciar nas dimensões do dano e, por conseguinte, de sua reparação, não pode servir como critério/requisito para a configuração do dano moral, pois tal imposição contraria a garantia de segurança alimentar e vem de encontro ao ordenamento jurídico normativo, voltado para a dignidade da pessoa humana e amparo ao consumidor.

Com esse norte hermenêutico, na hipótese ora em comento, a despeito de não ter havido o efetivo consumo do produto, ficou plenamente demonstrada a exposição do consumidor à efetiva e concreta lesão à sua saúde, consubstanciada na comprovação da existência de “(...) fungos filamentosos e esporos de fungos, insetos vivos e mortos e ácaros vivos e mortos” no produto alimentício adquirido.

Os respeitáveis argumentos lançados pelo Ministro devolvem à discussão a perspectiva por intermédio da qual se valora o dano extrapatrimonial: (a) trata-se de aferir o sofrimento da pessoa, tentando adentrar na esfera

metafísica do sujeito ou (b) se parte da análise da categorização e aferição do “grau” do ilícito perpetrado.

Se uma pessoa portadora de deficiência visual comprasse um pacote de arroz? Se uma pessoa portadora de deficiência mental adquirisse um refrigerante e não se importasse com uma pedra dentro da garrafa?

Possível alegar que a “condição da pessoa”, do caso concreto, pode implicar na caracterização do dano. O problema é que um mesmo fenômeno – nocivo, em termos de perspectiva cultural – será tratado de maneira diferente para uma classe de pessoas, ainda que o CDC seja aplicável em uma sociedade de consumo em massa.

A moral do dano extrapatrimonial é o grau de intensidade da desconformidade ao direito que potencialmente causa risco à qualidade do produto ou serviço. O ponto nodal é a “qualidade do produto ou do serviço”, não a condição da pessoa ou a intensidade do sofrimento que ela enfrenta. Essas circunstâncias podem meramente agravar em termos de precificação da indenização (com todo respeito ao voto-vista elaborado pelo Eminentíssimo Ministro).

No atual quadrante constitucional não ocorre uma utilização axiomática e excludente dos critérios da hierarquia, anterioridade ou especialidade das fontes jurídicas. “Pela força da Constituição (e dos Direitos Fundamentais), fontes plurais não mais se excluem – ao contrário, mantêm as suas diferenças e narram simultaneamente suas várias lógicas (*dia-logos*), cabendo ao aplicador da lei coordená-las (“escutando-as”), impondo soluções harmonizadoras e funcionais no sistema, assegurando efeitos úteis a essas fontes, ordenadas segundo a compreensão imposta pelo valor constitucional”²⁸.

No AREsp 1246550/SP, julgado em 26/03/2018, a Ministra Assusete Magalhaes pontuou:

Tem-se que as diferentes normas que tratam da mesma relação jurídica, ou de relações jurídicas convergentes, devem ser aplicadas simultaneamente ao caso concreto, de forma coordenada e dialógica, para que haja preservação da harmonia do sistema jurídico nacional.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes* – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, p. 23.

Da mesma forma que a Constituição não pode ser interpretada “em tiras”, por força do Princípio da Unidade Constitucional, o sistema jurídico, globalmente considerado, também não pode ser analisado de forma compartimentada, norma a norma.

Ao contrário, a análise deve ser absolutamente sistemática, para que todas as normas jurídicas capazes de incidir no caso concreto possam ser aplicadas aos fatos, com maior ou menor intensidade, de modo que a coerência do ordenamento seja mantida, afastando-se antinomias indesejadas.

Os artigos 4º, 7º e 8º do Código de Defesa do Consumidor valem como normas de orientação lógica e funcional para a Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço. Nos casos examinados em exemplos e em julgados, a “moral do dano extrapatrimonial” enseja um diálogo sistemático entre os dispositivos, sobretudo, ocasiona uma aproximação coerencial entre os arts. 12, 14, 18 20, todos do CDC. Um produto ou serviço pode apresentar um vício tão desarrazoado, que acaba por resultar no dever de indenizar por ocasião do “dano conglobante”, um dano resultante da grave violação dos deveres previstos no próprio sistema jurídico.

3. O DANO EXTRAPATRIMONIAL CONGLOBANTE NÃO PREJUDICA A TUTELA PREVENTIVA ESPECÍFICA NA PERSPECTIVA DO PROCESSO CIVIL

A interpretação sistemática e coerencial do artigo 4º e do artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor aproxima as espécies da Teoria da Qualidade do Produto e do Serviço – responsabilidade pelo “vício” e responsabilidade pelo “fato”. Respeitosamente, não é a prova de um sentimento “interno” do sujeito que emplaca o dano extrapatrimonial, porque se trata de categoria conglobante que abarca a ilicitude instrumentalizada para prevenir e compensar o prejuízo ocasionado ao consumidor.

Um objeto estranho dentro de um recipiente que sequer foi aberto implica o dever de reparação civil. Isso não arrefece a primazia da tutela específica prevista no art. 499 do CPC: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prática equivalente”. A tutela do direito continua podendo ser preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) e repressiva (ataca o dano propriamente dito). Em termos de dano extrapatrimonial, contudo, essas linhas de atuação do processo civil ficam limítrofes, sendo que a desarrazoada contrariedade ao direito já permite identificar o dever de indenizar.

“A tutela específica foi definida em contraposição à tutela pelo equivalente ao valor do dano ou da prestação inadimplida, a forma de tutela típica ao processo de conhecimento do século XX. Tutela específica é a preordenada à conservação ad integridade do direito material, enquanto tutela pelo equivalente é a que se resolve em pecúnia, ou seja, a que substitui o direito por uma medida monetária. Nessa linha, a primeira das tutelas específicas é a tutela inibitória. Trata-se da tutela que visa a inibir a violação do direito. Na sequência, surge a tutela posterior à violação do direito, mas anterior à preocupação com o eventual dano”.²⁹ Na hipótese de um sujeito ter comprado um veículo que apresentou vício de fabricação, o Ministério Público ou os órgãos de proteção do consumidor podem provocar a empresa para um “recall”, ou para a retirada do automóvel do mercado. Agora, isso não afasta que as pessoas que comprara o carro e enfrentaram esse vício de fabricação postulem a indenização por dano extrapatrimonial pautado por uma ilicitude desarrazoada. Tudo está no plano pré-processual, no plano da tutela das normas de proteção ao consumidor, que convergem para cumprir as finalidades que o sistema jurídico encarrega aos fornecedores de produtos e serviços.

A dogmática do processo civil, ainda que visualizando esse tipo de caso no plano pré-processual, não afasta a questão do dano conglobante em se tratando da Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços – um dano extrapatrimonial caracterizado pelo ilícito culturalmente desarrazoado. O sistema jurídico protege o consumidor por intermédio de todos os remédios e técnicas previstas pelo ordenamento, sem, contudo, afastar o dever de indenizar nos casos assinalados³⁰.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016, p. 66. Adolfo di Majo pontua o mesmo raciocínio, no sentido de que um remédio processual não é excluyente do outro.

³⁰ A jurisprudência chega a conferir um prazo decadencial de 30 dias para a concessionária resolver o vício de um automóvel que tenha apresentado problemas (art. 18, §1º, do CPC), sem afastar, contudo, a possibilidade da condenação do fornecedor ao pagamento do dano extrapatrimonial que se caracteriza pela ilicitude desarrazoada da própria conduta: “Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afirmou de forma categórica a existência de vício no produto, tendo sido o veículo encaminhado diversas vezes para conserto e não sanado o defeito no prazo de 30 (trinta) dias. Rever essa conclusão esbarra no óbice supramencionado. Configura dano moral, suscetível de indenização, quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. O valor fixado a título de danos morais, quando razoável e proporcional, não enseja a possibilidade de revisão, no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ” (REsp 1.632.762/AP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ 14/03/2017).

CONCLUSÃO

O Código de Defesa do Consumidor é um microsistema legislado para cumprir a prestação constitucional imposta ao Estado. A Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços se reporta expressamente à prevenção e reparação de danos, ou seja, consiste em um gênero do qual são espécies a responsabilidade pelo “vício” e pelo “fato” dos produtos e serviços.

O conjunto de dispositivos deve ser compreendido no enfoque de garantir o “atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo” (art. 4º do CDC). Por isso que o Superior Tribunal de Justiça se valeu do artigo 8º para ressaltar a tutela da segurança do consumidor e, na prática, aproximou a categoria do “vício” à categoria do “fato” do produto e serviço.

Em um mercado que consome de maneira massificada e que sinaliza a vulnerabilidade do consumidor, o dano extrapatrimonial conglobante suaviza a ortodoxa separação entre ilícito e dano. Afinal, o próprio sistema jurídico contempla o dever de responsabilização e também de prevenção em relação a todas as práticas que caracterizem um ilícito desarrazoado, independente da classificação que se imputar ao dano – dano “in re ipsa”, dano presumido, dano moral puro, dano estético, dano existencial, dano por perda de uma chance, dano por desvio de capacidade produtiva, dentre outros. Os predicados não se reportam estritamente ao dano, parecem enfatizar a necessidade da “prova do dano”. Em termos práticos, encerrados na Teoria da Qualidade de Produtos e Serviços, o dano extrapatrimonial possui uma correlação axiológica com o grau de ilicitude praticado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALPA, Guido. *I principi generali*. Seconda Edizione. Milano: Giuffrè, 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19, jul/set 2004.

CASTRO, Cássio Benvenuto de. *Tutela jurisdicional do consumidor: o convencimento judicial e o ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação. *Revista Jurídica*, n. 397, nov/2010.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta – evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 31, n. 1, ano 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 10, abr/jun de 2002.

JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. Discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia de Haia, 18/01/2007. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, edição comemorativa.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista dos Tribunais*, v. 759, jan/1999.

MAJO, Adolfo di. *La tutela civile dei diritti*. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. O novo processo civil. 2ª ed. São Paulo: 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do “diálogo das fontes” hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (coord.). *Diálogo das fontes – novos estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. MARQUES, Cláudia Lima. (coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima Marques; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro, 1981.

NETO, Orlando Faccini. Embriaguez na condução de veículo automotor e homicídio: estudo de um critério. *Revista da Ajuris*, n. 129, mar/2013.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 9, jan-mar/2002.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 22, abr/jun 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Trad. Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

Direito e Tecnologia: Possibilidades de Integração

LAW AND TECHNOLOGY: INTEGRATION POSSIBILITIES

Ravel Bonfim COSTA¹

- **RESUMO**

O corrente artigo objetiva realizar breve análise sobre o direito, a dogmática jurídica e a capacidade de reação dessas instituições em face das constantes transformações sociais, em específico as inovações tecnológicas – com destaque para a internet e a inteligência artificial. Para tanto, é fundamental avaliar o contexto em que se desenvolve o debate dogmático, constatando modelos teóricos que influenciam esse pensamento, para então propor uma abordagem que aproxime o debate teórico da realidade social, apoiando-se em concepções de sistema que se estruturam de modo heterárquico, como sistemas autopoieticos.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Direito. Tecnologia. Dogmática jurídica. Autopoiese.

- **ABSTRACT**

The current article aims to develop a brief analysis about the law, legal dogmatics and these institutions' capacity to react to constant social transformations, in particular the technological innovations – with emphasis on the internet and artificial intelligence. Therefore, it is essential to assess the context in which legal debate develops itself, verifying theoretical models that influence these ideas, to then propose an approach that brings these thoughts closer to social reality, based on system conceptions which are structured in a heterarchical way, as autopoietic systems.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

- **KEYWORDS**

Law. Technology. Legal dogmatics. Autopoiesis.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O fenômeno jurídico e o estabelecimento do direito como esfera responsável pela regulação do convívio social dependem da aceitação, por parte da população, de que esse instituto tem a função de harmonizar e decidir os conflitos desenvolvidos na sociedade. Essa concepção é compreendida até os dias atuais, mas, ao considerar que, atualmente, vive-se um cenário de inovação tecnológica – no qual se intensificam as trocas fugazes de informações, elevando exponencialmente a capacidade e as possibilidades de comunicação cada vez mais dinâmica e concentrada de informações e relações virtuais –, surge a questão sobre como o sistema jurídico e o direito como um todo irão se comportar diante desse cenário.

Nesse contexto, para debater a evolução do direito, diferente do que se acreditava na história do direito do século XIX – que organizava a evolução como progresso cronológico, “evolução linear e contínua para um nível superior” (VESTING, 2015, p. 263) –, deve-se anteriormente compreender que o conceito de evolução, na realidade, empreende transformações e modificações estruturais, em sua maioria, imprevisíveis. Forte exemplo disso são as inovações tecnológicas, que geram estímulos nas mais variadas vertentes, inclusive no direito, representando desafios no trato para com tais ferramentas disruptivas, sendo complexo, mas igualmente relevante, gerar interconexões, relações, entre a tecnologia e o direito. Para tanto, é importante que searas orientadas para a ação jurídica (como a ciência dogmática) demonstrem-se aptas a abarcar essas questões sem compreender o sistema jurídico – como se acreditava no positivismo jurídico do século XIX – como completo, coerente, dotado de uma unidade e lógica interna, totalmente estruturado em conceitos autorreferenciais. Uma alternativa para essas questões é o entendimento de sistema jurídico autopoietico de Luhmann, bem como da estrutura heterárquica, em forma de redes, proposta por Thomas Vesting, que compreende interações, interconexões entre diferentes sistemas sociais, conceitos heterorreferenciais, bem como, um sistema jurídico ainda pautado com autorreferência, mas não unicamente organizado sob tal formato.

Com efeito, é posta a necessidade de avaliar o contexto do direito diante das inovações tecnológicas atuais, e até as consolidadas – como internet, inteligência artificial, *machine learning* –, que já estão amplamente difundidas na sociedade, inclusive sendo utilizadas como ferramentas de apoio na prática

jurídica. Embora estas permaneçam avançando e sendo aplicadas na realidade social, ainda há searas jurídicas que reagem com resistência a tais ferramentas tanto no estudo acadêmico quanto no desempenho profissional, que, em certa medida, é refletido pela formação teórica. Portanto, objetiva-se avaliar como o pensamento hierárquico-sistemático, oriundo do positivismo jurídico, não cede espaço para que o direito empreenda novas situações e casos conflituosos por ele ainda não regulados, além de analisar como uma organização heterárquica do sistema jurídico pode fornecer alternativas valiosas no trato de casos inéditos, em uma sociedade em constante transformação.

Esse estudo é fundamental para evitar a obsolescência do direito e para garantir que este enfrente aspectos evolutivos sem tentar resistir a eles, ou seja, busca-se avaliar, com auxílio de conceitos teóricos – como coevolução ou *pre-adaptive advances* –, fenômenos disruptivos que apresentem potencial de transformação estrutural no direito. Observa-se ainda como, embora a teoria do direito abranja inovações no sistema, as matérias que se concretizam como direcionamentos ou manuais para a atuação e a aplicação jurídica ainda resistem a transformações, pois tendem a conservar e a estabilizar o sistema em que se encontram, evitando perturbações a este. Todavia, quando esse comportamento se organiza sob a crença de que a epistemologia jurídica já fora finalizada, corre-se o risco de que o direito perca a capacidade de cumprir sua função primordial – a de harmonizar os conflitos surgidos na sociedade por meio do seu poder de decisão.

Para concluir esse propósito, debater brevemente sobre tais inovações e desafios, analisando desde as primeiras grandes revoluções nesse ambiente até aspectos atuais, é uma tarefa imprescindível. Portanto, há que se compreender os meios de comunicação como plataforma de interação, na qual grandes mudanças representam revoluções tanto na sociedade quanto, consequentemente, no direito.

2. UMA BREVE ABORDAGEM DA HISTÓRIA DO DIREITO

O estudo da história do direito fornece informações fundamentais para que se compreenda efetivamente esse instituto e como ele se estabeleceu e estruturou com o passar do tempo. Destarte, ao se debater sobre evolução do direito, inclusive possibilidades de aspectos futuros da esfera jurídica, uma breve abordagem da sua história é imprescindível, uma vez que esta sugere como o direito, anteriormente, deparou-se com grandes transformações estruturais, revoluções e fenômenos disruptivos. Tal abordagem permite que se possa minimamente entender as possibilidades das quais o direito pode dispor para enfrentar novos cenários de modificação.

Porém, apenas depois do século XVIII é que o estudo histórico do direito e a análise evolutiva deste passaram a vislumbrar o conceito de evolução não como progresso linear e contínuo conforme o avanço do tempo, mas como uma série de avanços e regressões, transformações estruturais e digressões. Um dos fatores que permitiram essa aceção foi a temporalização do tempo fugaz do presente, isto é, a distinção entre passado, presente e futuro, pois até então o conceito temporal compreendia um período eterno, indistinto. Apenas com essa diferenciação é que fora possível empreender no estudo histórico do direito sucessões de eventos que se organizavam em momentos históricos diferentes (VESTING, 2015, p. 264).

Não à toa, o direito romano exerce forte influência no estudo acadêmico – e até na práxis jurídica ocidental – e é compreendido como referência em diversos sistemas jurídicos de nações do ocidente. Apenas com as codificações instituídas no final do século XIX as fontes do direito romano e os estudos científicos do direito nelas baseados foram perdendo relevância, permitindo então um interesse exclusivamente histórico por esse sistema jurídico, destituído de interesses práticos e construtivistas (VESTING, 2015, p. 265-266).

Portanto, o que se observa é que o estudo histórico do direito serve, simultaneamente, a diferentes propósitos, entre os quais os dois principais já foram destacados – o de arcabouço da dogmática jurídica, ao fornecer uma base ampla pautada no direito civil romano, e o de modelo exclusivamente histórico e teórico, sem compromisso de aplicação. Tal fator sugere que a adoção de uma teoria, de um modelo estrutural ou sistema jurídico como base única e exclusiva para fundamentar o direito é incapaz de suprir todos os propósitos e interesses aos quais este se destina e em quais a esfera jurídica se apresenta como necessária.

Nesse sentido, sendo os meios de comunicação a plataforma pela qual diferentes esferas e teorias sociais interagem e se interconectam, observar como revoluções nesse universo impactam na realidade do direito é fundamental. Ora, as trocas de dados, a concentração de informações e as novas tecnologias impulsionam cada vez mais o ato comunicativo, tornando essas ações mais dinâmicas e imediatas. Por outro lado, sendo o direito uma esfera normativa, que prescreve comandos sobre a convivência em sociedade, a observação crítica acerca dos seus objetos é imprescindível e deve ser realizada com cautela. A questão que surge então é como, em um cenário de transformações fugazes

– no qual as inovações em todos os segmentos são estabelecidas por empresas privadas e conforme demanda do mercado liberal –, o direito poderá tomar conhecimento efetivamente das novidades e dos elementos inéditos, evitando precipitações ou erros e conseguindo compreender de fato aquilo que ele próprio regula. Conforme sugerido anteriormente, uma via equivocada seria justamente evocar apenas uma teoria ou um modelo estrutural para processar informações, ou adotar um sistema que não permita a incorporação de novos elementos ao direito.

Por fim, faz-se necessário observar as possibilidades, pelo menos teóricas, de compreensão de novos fenômenos, buscando, na teoria do direito, dispor à práxis e também à dogmática jurídica um conjunto de conceitos e modelos teóricos que já considerem tais eventos disruptivos, transformações estruturais e a interconexão entre sistema jurídico e outros sistemas sociais. Assim como a história do direito dispõe de diferentes propósitos e a teoria do direito desta se utiliza para estabelecer seus conceitos, diferentes searas do direito, inclusive as da ciência dogmática – mais voltadas para a ação –, poderiam se beneficiar dessa intercomunicação.

3. DIREITO COMO TECNOLOGIA CIENTÍFICA

3.1. Norma jurídica como objeto da ciência do direito

Uma abordagem majoritariamente científica do direito é proposta por Kelsen na sua “Teoria Pura do Direito”; nesse sentido, destacam-se de início o objeto dessa ciência, tal qual a norma jurídica, e a distinção entre o ser e o dever-ser. Segundo Larenz, essa obra “constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje a conhecer” (LARENZ, 1997, p. 92).

Sendo as normas jurídicas objeto da ciência do direito, apenas se as condutas humanas – e demais fatores externos aos textos normativos – fossem conteúdo abordado nas regras do sistema jurídico, a ciência do direito se ocuparia de considerá-las relevantes ao direito (KELSEN, 1999, p. 50). Ora, para que fosse realizado um estudo científico – à moda da ciência natural do século XIX –, a “teoria pura do direito” deveria assumir pressupostos inquestionáveis. Perceber-se-á que as palavras “ciência” e “pura” não à toa são empregadas. Ao falar em ciência e em teoria pura do direito, Kelsen já distancia da atividade jurídica os fatores que desse ambiente não fazem parte:

Quando a si própria se designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos (KELSEN, 1999, p. 1).

Portanto, só seria ciência se estivesse destituída de quaisquer interesses particulares envolvidos em sua execução. E, sendo uma ciência, seria possível falar em uma teoria geral do direito (positivo), não se preocupando com o conteúdo – aspecto material –, mas somente com a estrutura lógica das normas jurídicas – aspecto formal (LARENZ, 1997, p. 94).

Tratando de ciência do direito, Kelsen destaca que suas funções estariam localizadas apenas no sentido descritivo, enquanto a atividade jurídica se concretizaria em sentido prescritivo. Portanto, ele enfatiza a distinção entre o produto e a função da atividade de autoridades jurídicas para com a função e o produto da ciência jurídica, ocupando-se a primeira com as normas jurídicas e a segunda trabalhando com proposições jurídicas. Nas palavras de Kelsen, “a ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento” (KELSEN, 1999, p. 51).

Fundamental é esclarecer que esse autor não desconhecia as influências externas ao direito – ao falar sobre teoria jurídica estática e dinâmica, estando a primeira concretizada em sistemas jurídicos nos quais prevalecem elementos materiais, de conteúdo, em questões normativas e a segunda em sistemas em que prevalecem unicamente aspectos formais, procedimentais no que diz respeito à produção e aplicação do direito (KELSEN, 1999, p. 50). Todavia, para que se concretizasse o estudo científico do direito, seria necessário extrair dele conteúdos que não integrassem seu universo. Então, Kelsen reconhece que o jurista pode “fazer reflexões de natureza psicológica e sociológica, mas não deve nunca se servir da sua consideração explicativa na sua construção conceptual normativa. Por outro lado, Kelsen opõe-se com o mesmo vigor à ligação da ciência do Direito com a ética” (LARENZ, 1997, p. 96). O interesse último da teoria pura do direito, como pensamento científico, é “a especificidade lógica e a autonomia metódica da ciência do Direito”, portanto objetiva-se extrair dessa ciência todos os elementos estranhos a esse universo (LARENZ, 1997, p. 95).

Para tanto, o sistema jurídico deveria se organizar, segundo Kelsen, em um modelo estrutural hierárquico, no qual cada norma presente na ordem

jurídica estivesse fundamentada em uma norma jurídica superior. Nesse sentido, influenciado pelo pensamento sistemático do positivismo, Kelsen dispõe sobre a unidade, coerência e completude do sistema jurídico, que tem como fundamento último a pressuposta norma fundamental (LARENZ, 1997, p. 98-99).

3.2. Norma fundamental e sistema hierárquico

A construção de um sistema jurídico hierarquicamente estruturado é resultado da influência da codificação do direito do século XIX. Essa aspiração sistemática interna, presente no método científico desse período, resulta na pretensão de produzir códigos e ordenamentos que estejam livres de lacunas e dotados de coerência. Origina-se aqui a construção distinta entre parte geral e específica – presente não apenas nos códigos jurídicos, mas também na doutrina e em escritos das ciências naturais (VESTING, 2015, p. 90-91).

Inerente à pretensão de construção hierarquicamente sistemática do direito, surge a ideia de autonomia, que, por sua vez, coaduna-se com os postulados de Kelsen no que tange à separação entre questões que integram o ambiente jurídico daquelas que são estranhas a este. Desse modo, um sistema jurídico hierarquicamente estruturado necessitaria de uma organização na qual as normas e os princípios inferiores fossem fundamentados em normas e princípios superiores, os quais teriam autonomia e, portanto, estariam dissociados de questões externas ao sistema jurídico – pelo menos no sentido formal e material (VESTING, 2015, p. 92).

Sob essa perspectiva, em sua “Teoria Pura do Direito”, Kelsen elenca uma estrutura escalonada da ordem jurídica, que é verticalmente fundamentada; no topo, localiza-se a Constituição, que fundamenta todas as outras normas jurídicas, e assim por diante – esta ainda atribui procedimentos para criação e aplicação das demais normas até chegar à base dessa estrutura. Porém, o fundamento de normas inferiores em normas superiores não pode significar uma retroação interminável. O fundamento do sistema jurídico se conclui em uma norma que é pressuposta como a última. “A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental” (KELSEN, 1999, p. 136).

Com efeito, a teoria pura do direito pretende distanciar questões materiais da validade das normas – pois aspectos conteudísticos são de

interesse extrajurídico –, portanto determinada norma jurídica “não vale porque tem um determinado conteúdo, mas sim porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe” (LARENZ, 1997, p. 97). Sendo a norma fundamental o ponto de partida do direito positivo, a constituição em sentido lógico-jurídico, o fundamento de validade do sistema jurídico se localiza em algo que é anterior e exterior ao próprio ordenamento, a norma fundamental não é posta, mas uma “norma pressuposta” (KELSEN, 1999, p. 139).

3.3. Limites de processamento da realidade social

O que sucede essa abordagem sistemática que se organiza em fundamentações de normas inferiores em aspectos formais prescritos por normas superiores é uma limitação tanto à interpretação jurídica quanto ao sistema jurídico – que já é concebido como completo e coerente (LARENZ, 1997, p. 108). “Kelsen reduzia teoria do direito a teoria das normas e teoria da validade, à possibilidade de reconduzir uma multiplicidade de normas, através de ‘uma única norma’, a um ‘fundamento último’ de sua validade” (VESTING, 2015, p. 121).

Ora, pontos de indeterminação seriam inevitavelmente suscitados em um sistema jurídico que se propõe completo, destituído de lacunas, pois situações inéditas, novas realidades e transformações sociais se concretizam a todo instante. Então, uma abordagem que se mostre resistente aos estímulos externos, em certa medida, começa a dar sinais de incapacidade de acompanhamento dessas transformações, podendo o direito não ter aptidão para cumprir a sua principal função, pondo em xeque a própria validade.

Questões jurídicas de natureza semelhante podem criar abertura para o surgimento de uma nova seara do direito. Casos inéditos e de difícil resolução poderiam colocar em dúvida a completude, a ausência de lacunas de uma ordem jurídica com estrutura escalonada. O surgimento de novos meios de comunicação, de relações jurídicas ainda não regulamentadas pelo ordenamento jurídico, todas essas, e diversas outras, situações elevam o grau de indeterminação presente em um sistema jurídico hierarquicamente estruturado, fundamentado em uma norma exterior a si.

Em sua Teoria do Direito, Vesting destaca, por exemplo, a influência dos meios de comunicação tanto no ambiente jurídico quanto na realidade social como um todo (VESTING, 2015, p. 293). Atualmente, com as novas tecnologias, a internet, a inteligência artificial e as demais inovações tecnológicas, o direito ainda se mostra resistente às súbitas inovações ocorridas no ambiente

tecnológico, as quais influenciam diretamente a realidade social (CHACON, 2018, p. 67-68).

4. TEORIA DA EVOLUÇÃO

4.1. Sistema heterárquico e autopoiese

Uma alternativa para essas limitações é empreendida ao tratar de uma concepção de sistema jurídico heterárquico, organizado em forma de rede, o qual se orienta não mais sob a ideia de unidade, mas sob a ideia de distinção (VESTING, 2015, p. 131-132). Nesse sentido, o fenômeno mais interessante para o sistema da teoria dos sistemas de Luhmann não será a norma jurídica, mas sim as ações comunicativas, “o ato da ação linguística relevante para o Direito, a comunicação jurídica, está em primeiro plano” (VESTING, 2015, p. 134).

Portanto, as ideias de universalidade da teoria do direito, de completude do sistema jurídico e de normas jurídicas permanentes não são mais objetivos primários do direito, pois “a teoria do Direito não mais observa normas (supostamente) estáveis, mas eventos jurídicos fugazes” dentre os quais as normas são utilizadas como estruturas para repetições, isto é, para serem reutilizadas em situações e eventos sempre diferentes (VESTING, 2015, p. 135).

Sob essa perspectiva, o sistema jurídico produz as próprias operações, isto é, “pressupõe a si mesmo e realiza com outras operações sua própria reprodução”. Mesmo aquilo que o sistema não consegue dele próprio desagregar, ainda que não faça, essencialmente, parte de seu conteúdo, é considerado operação ou elemento deste (VESTING, 2015, p. 135-136). Ou seja, mesmo conteúdos que originalmente não façam parte do sistema jurídico, mas que integrem operações elementares ou que o estimulem e influenciem, serão considerados elementos relevantes para este, por exemplo: surgimento de uma nova seara do direito, como direito ambiental e mais recentemente o direito digital, ou até aspectos de outras esferas, como elementos da ética e da moral se mostrando integrados à construção de bases e princípios do sistema jurídico.

A ideia de redes interconectadas se destaca, também, nas palavras de Gunther Teubner, ao falar em teorias sociais, sob uma perspectiva que é trasladada para o debate jurídico. Ressalta ele que o direito, ao compreender a intensa diferenciação presente na sociedade, não deve valer-se, fundamentar-se ou defender qualquer teoria social única e universal, mas atentar para a multiplicidade de teorias sociais que se equivalem no que diz respeito às suas origens. Então, o sistema jurídico defender-se-á de quaisquer pretensões de

totalidade de teorias; em sentido contrário, o direito deverá aceitar a realidade de teorias sociais coexistindo simultaneamente e destas podendo se utilizar (TEUBNER, 2015, p. 82).

Como os sistemas existentes na realidade social, e os subsistemas destes derivados, são interativos – elementos de um podem ser absorvidos por operações de outros, como sistema jurídico se utilizando de elementos da economia ou da política em suas operações –, a comunicação é o meio através do qual eles interagem. Portanto, esta recebe destaque no estudo da teoria da evolução do direito, uma vez que as revoluções que ocorrem nos meios de comunicação resultam em transformações drásticas tanto na sociedade quanto no direito.

4.2. Meios de comunicação e repercussões no direito

Thomas Vesting destaca o interesse e o modelo de operação do atual estudo teórico-evolutivo do direito na medida em que este tenta compreender e esclarecer como “a evolução do Direito é dependente da evolução da sociedade global ou sobre como a evolução do direito e os fatores extrajurídicos concatenam-se” (VESTING, 2015, p. 293). Ainda nesse contexto, dois conceitos surgem para balizar o debate, o primeiro deles denomina-se coevolução – “dependência evolutiva recíproca de sistemas autopoiéticos, *e.g.*, de sistema econômico e de sistema jurídico” – e o segundo é denominado *pre-adaptive advances* (pré-avanços) – trata-se de condições de possibilidade de mudanças não programadas na estrutura e organização do direito (VESTING, 2015, p. 294).

Portanto, o sentido teórico de *pre-adaptive advances* conecta o acaso, e situações de transformações eventuais, a “alterações estruturais de estruturas sociais ou sistemas autônomos”, integrando ao estudo científico possibilidades de catástrofes que representariam avanço evolutivo à realidade social. Nesse sentido, a teoria da evolução do direito iria de encontro à doutrina majoritária – incluindo a dogmática jurídica praticamente como um todo – de construções histórico-evolutivas “teleológicas ou causais”, isto é, de evolução linear, no sentido de progresso evolutivo com o decurso do tempo (VESTING, 2015, p. 294).

Ambos os conceitos supracitados se mostram úteis para uma fundamentação teórica na conexão entre teoria da evolução do direito e teoria da comunicação. Ao falar em coevolução recíproca de sistemas autônomos, considerar-se-á que o meio através do qual diferentes sistemas interagem – trocam informações, adotam elementos externos em operações próprias – é a comunicação, que pode ser linguagem oral, escrita manual, impressão, meios eletrônicos, computadores, internet, entre outros. Nesse

contexto, o surgimento de todos esses meios de comunicação representa saltos evolutivos na realidade jurídica, modificando estruturalmente, e de modo não programado, não apenas o sistema jurídico, mas diversos aspectos da ordem social, ou seja, mostra-se presente aqui o conceito de *pre-adaptive advances* (VESTING, 2015, p. 296).

Tal nexos evolutivo se configura no fato de que com a evolução dos meios de comunicação observam-se também evoluções no ambiente jurídico. Exemplo disso é a especialização, a diferenciação da *expertise* jurídica, do conhecimento específico do direito proporcionada com o surgimento da escrita, pois esta permitira que o conhecimento jurídico fosse “elaborado, lembrado e comunicado” – além de desenvolvido a cada novo caso. Nesse sentido, Vesting destaca que os meios de comunicação servem, simultaneamente, como meio e como memória da comunicação jurídica – como meio, fala-se na transcrição, difusão e aplicação de normas jurídicas; como memória, trata-se do arquivamento de reservas de saber, por exemplo, na literatura e academia jurídicas (VESTING, 2015, p. 297).

Até o surgimento e, principalmente, o refinamento da teoria do direito e da dogmática jurídica, “somente podem evoluir [...] com base no uso da escrita e na impressão”, tese que abarca a ideia de coevolução e sugere resultados práticos dos *pre-adaptive advances* (VESTING, 2015, p. 298). Ainda nesse sentido, o surgimento e a aplicação dos meios de comunicação “produzem o nexos entre evolução social, evolução cultural e evolução do Direito”, justamente por ser através deles que esses sistemas interagem, se comunicam e interconectam (VESTING, 2015, p. 300).

4.2.1. Linguagem oral e escrita alfabética

Nessa linha de raciocínio, a primeira grande revolução nos meios de comunicação que se constituiu como *pre-adaptive advance* foi a oralidade. Nas sociedades em que a comunicação era exclusivamente manejada através da linguagem oral, certas limitações no que diz respeito à evolução do direito se faziam presentes. A primeira delas é que as regras, as normas e os materiais regulatórios sociais – além de serem pouco autônomos, não apresentavam especificação de outras esferas sociais – eram inteiramente transmitidos por meio de conversação, portanto seu conteúdo estava limitado ao que os integrantes de determinada comunidade eram capazes de memorizar e difundir. Vesting fala de uma “retrocificação constante do saber comum no meio de comunicação da língua falada fugaz” (VESTING, 2015, p. 303). O resultado disso é que a linguagem e o conhecimento assumem caráter formal, isto é,

que toma por fundamento a repetição contínua das mesmas expressões e regras (VESTING, 2015, p. 303). Outra característica que se conclui em limitação é a ausência de reservas de saber específicas relacionadas ao direito – visto que, sob tais condições, um ambiente que desenvolva uma comunicação especificamente jurídica raramente emergiria.

Fora somente com a escrita alfabética que a possibilidade de fixação e especialização do direito tornou-se uma realidade. Com seu emprego nos materiais regulatórios, observou-se um amplo desenvolvimento da complexidade do direito, pois, com a escrita, as normas eram estabelecidas explicitamente na forma de enunciados completos, os quais eram compreendidos como irrefutáveis. Além disso, com o emergir da escrita alfabética, foi possível “uma explicação mais complexa de convenções sociais, a forma se/então, em que uma frase precedente referente a um caso (prótase) é ligada a uma frase subsequente ou a uma consequência (apódose) – programa condicional” (VESTING, 2015, p. 305).

O surgimento da escrita permitiu amplos avanços no que tange ao desenvolvimento do direito. Se com a linguagem oral o sentido emitido e o sentido captado possuíam poucas possibilidades de variação, com a escrita a questão da interpretação toma novos rumos, surgindo maiores possibilidades de variação no que o texto diz em sentido literal e no que é possível que seja interpretado por quem investiga determinada matéria. Nesse sentido, diferente da oralidade, a escrita alfabética permitira que a interpretação normativa, a compreensão e, posteriormente, o emprego das normas pudessem divergir do que era tradicionalmente imposto – apesar de que inicialmente a única interpretação aceitável para leis escritas era a literal, para que se preservasse o “sentido da lei”. Por tais motivos, textos e enunciados escritos elevaram exponencialmente a complexidade do direito, pois “aumentam a densidade semântica da língua e potencializam a imprecisão das expressões linguísticas” (VESTING, 2015, p. 307).

O que resulta desse empreendimento é a possibilidade de uma evolução que se fundamenta em textos escritos previamente, ou seja, o surgimento e o emprego de reservas de saber. A exemplo disso, Thomas Vesting sugere o uso, por juristas romanos no período republicano (tardio), da filosofia e dialética dos escritos de Platão para a “assimilação conceitual (independente de tipos claros) do material regulatório e decisório jurídico” (VESTING, 2015, p. 309). Tais avanços, balizados por meios de reservas de saber que cada vez mais se mostravam especiais para o conhecimento teórico do direito, resultaram em um “fortalecimento circular da função pretoriana e da *expertise* jurídica que

redundou em um refinamento até então totalmente desconhecido dos materiais regulatórios e convenções sociais” através do surgimento de enunciados e conceitos jurídicos cuja fundamentação se dava dentro do próprio direito, de modo autorreferencial. O impacto de tal surgimento foi o despertar da sistematização do direito casuístico civil. Com a criação de enunciados e conceitos inerentes ao direito, fora possível dar início a um campo de conhecimento especialmente jurídico (VESTING, 2015, p. 310).

4.2.2. Impressão

Se a escrita alfabética possibilitara o arquivo de reservas de saber que permitiam o acesso a conhecimentos, normas e conceitos prévios, fora com o advento da impressão que se deu início à pretensão universal, permanente, e estável no tempo, do fenômeno jurídico, concretizado estruturalmente em um modelo sistemático. Na medida em que os materiais manuscritos eram de difícil acesso e circulação limitada, a impressão possibilitara não apenas a difusão mais horizontal do conhecimento, mas também uma produção normativa e epistemológica mais rápida, cuja sistematização se pretendia universal e prospectiva, isto é, orientada para solução até mesmo de conflitos futuros.

Nas palavras de Vesting, “o repertório de codificação altamente padronizado da letra impressa, a formatação totalmente discreta do espaço impresso e a ampla vinculação a regras ortográficas ocasionaram um tratamento digital do sistema linguístico [...]” (VESTING, 2015, p. 311). Nesse sentido, a impressão como *pre-adaptive advance* alavanca a especialização do direito, desenvolvendo ainda mais a *expertise* jurídica, a produção de conhecimento especificamente jurídico-científico e as possibilidades de autorreferência no que diz respeito às produções da ciência do direito – fundamentadas na corrente juspositivista, cujos elementos basilares eram “abandono de todo raciocínio filosófico e político, ‘construction’ puramente jurídica, domínio do material jurídico a partir de um ponto, coerência interna e ‘logicidade’ de todo o material jurídico sob uma ‘ideia global’ que o dominasse completamente” (VESTING, 2015, p. 312-313).

4.3. Os computadores e as redes

Se o fenômeno da impressão e produção de livros em larga escala permitiu ao direito a pretensão de uma unidade interna, de uma estruturação completa, coerente, distinta e praticamente intangível – pelo menos em tese –, com o surgimento dos computadores e demais meios de comunicação eletrônicos, tais pretensões se mostraram impraticáveis.

Com o aumento e dinamismo dos novos meios de comunicação, sucede a alavancagem das possibilidades de comunicação jurídica, bem como o desenvolvimento de novas comunidades associadas ao direito. Então, a pretensa unidade sistemática do direito cede espaço para a divisão deste em grandes campos, ramificados em searas que proporcionam, de modo geral, o surgimento de disciplinas jurídicas inéditas, o que confronta a unidade interna, completude e coerência do sistema jurídico (VESTING, 2015, p. 313-314).

No mesmo sentido em que os computadores e, principalmente, a internet avançam e ocupam o espaço de meios de comunicação mais dinâmicos, em que não existem transmissões centrais de dados – mais uma vez trazendo o conceito de estruturas de organização heterárquicas –, a teoria do direito não deverá reagir com resistência a essa transição, portanto esta – e também as outras searas jurídicas – “deverá deslocar para primeiro plano a reprodução de sistemas contínua, dinâmica, não hierárquica e em forma de rede”. Segundo Vesting, o sistema jurídico já se encontra em um modelo de transição para uma estrutura operacional de estabilidade dinâmica, sendo este conceituado como autopoiese (VESTING, 2015, p. 314).

Sob essa perspectiva, é fundamental destacar que o direito atualmente opera e se organiza em dependência de sobreposições, formas híbridas e acoplamentos estruturais em face de outros sistemas sociais – mais uma vez se destaca a ineficácia do distanciamento total da esfera jurídica, desfigurada com o advento da internet, para com as demais esferas sociais. Essa acepção traz luz para a dificuldade de conceituar e diferenciar sistemas sociais diversos com base na distinção entre sistema e ambiente (VESTING, 2015, p. 314-315). Nesse prisma, Teubner assevera que “a forma jurídica da rede não deve reconhecer qualquer teoria social como detentora de um monopólio [...]. Em vez disso, essa forma legal deve procurar cobrir a multidimensionalidade das redes, explorando diferentes teorias sociais” (TEUBNER, 2015, p. 84).

Nesse sentido, surge o fato de que a teoria do direito – bem como outras de suas searas acadêmicas – carece ainda do esquema dos livros, apesar de este, cada vez mais, disputar espaço com diversos outros meios de comunicação. Porém, segundo Vesting, o estudo teórico do direito não deveria resistir a tal transformação, pois a estrutura do livro poderia se adaptar à cultura computacional, então a teoria do direito deveria adaptar-se a uma estrutura aberta, conexonista, apresentando-se como um “hipertexto horizontal de temas e distinções” que, conforme esteja organizado em um modelo de rede interconectada, possa guarnecer soluções para casos inéditos ao estudo científico-dogmático (VESTING, 2015, p. 316).

E, embora a teoria do direito ainda não demonstre o acompanhamento adjacente às fugazes transformações concretizadas atualmente na sociedade, mais resistentes se apresentam, respectivamente, a dogmática e a práxis jurídicas, as quais ainda se utilizam, em elevado grau, de conceitos e fundamentos autorreferenciais. Nas palavras de Thomas Vesting, “é mais comum que a dogmática do Direito não tome conhecimento nenhum de inovações da teoria do Direito ou que estas se infiltrem apenas muito lentamente. Isso se aplica em medida ainda maior à práxis jurídica [...] que, hoje, operam de modo amplamente autorreferencial” (VESTING, 2015, p. 317). Portanto, a teoria do direito não deveria responder a tal resistência com comportamento semelhante; a solução se dirige exatamente em sentido contrário:

É justamente sob as condições de uma transformação social acelerada que a teoria do Direito deve colocar à disposição da práxis jurídica uma gama variada de ideias, vias evolutivas alternativas já tão esmiuçadas na teoria que parecem suscetíveis de aplicação prática e dogmática (VESTING, 2015, p. 317).

5. NOVAS TECNOLOGIAS E A (R)EVOLUÇÃO DO DIREITO

As novidades tecnológicas cada vez mais penetram as diversas esferas sociais, não sendo diferente com a esfera jurídica. Atualmente, fenômenos como digitalização de operações jurídicas, aplicação de inteligência artificial em diversas diligências e litígios, análise e uso de *big data*, surgimento de *lawtechs*, portais virtuais de consulta a informações judiciais, entre outros, estão revolucionando as relações e operações jurídicas. Tais fenômenos são alguns exemplos de avanços tecnológicos que influenciam e transformam a realidade social. Com efeito, diversas áreas do sistema jurídico abrem espaço para questões que envolvem ambientes virtuais, ainda pouco esmiuçados e debatidos – e pouco difundidos. Nesse sentido, a multiplicidade e a dinamização dos meios de comunicação tornam mais complexas as trocas de informações e dados, na medida em que, cada vez mais, estas se desenvolvem em sentido ubíquo.

Máquinas e *softwares* já são capazes de formular sentenças judiciais simples, elaborar petições, inclusive desenvolver soluções jurídicas para casos concretos considerando legislação específica – caso tais ações estejam esquematizadas em sua programação (ESTRADA, 2015, p. 3) –, isso falando exclusivamente de questões jurídicas, pois em diversos campos do conhecimento e das atividades são aplicadas as novidades tecnológicas. Nesse contexto,

previsões científicas apontam que em alguns anos a inteligência desses instrumentos irá superar o conhecimento humano. Atualmente, já se considera a capacidade de pensamento e não se denomina *inteligência* artificial sem motivos. Máquinas e *softwares* já possuem uma espécie de raciocínio lógico, e o fenômeno do *machine learning* – aprendizado de máquina, isto é, processo de inferência realizado por máquinas com base em algoritmos fundamentados em exemplos preestabelecidos na programação do *software*—se apresenta como segmento tecnológico cujas possibilidades de desenvolvimento da racionalidade e do aprendizado das máquinas são promissoras.

A questão aqui emergida é que as novas tecnologias influenciam diretamente a estrutura social e, também, o ambiente jurídico, porém a análise jurídico-científica, e principalmente a dogmática jurídica, ainda é deficiente e pouco interativa para com esses fenômenos. Nesse sentido, o estudo e o debate acadêmico sobre esses aspectos ainda são pouco difundidos e se apresentam com irresoluta timidez, destacando-se o Brasil, que, além de pouco produzir as ferramentas tecnológicas supracitadas, apresenta um estudo escasso e debate limitado sobre temas tão relevantes atualmente. Isso resulta em um distanciamento dos agentes e operadores do direito da realidade na qual estão inseridos, dificultando ainda mais a fundamental relação entre o direito e os fatos sociais – pois, se o agente do direito, em sua formação, pouco se debruçou sobre temas como tecnologia, resultados das interações entre essas esferas e seu impacto na sociedade, mais distante e incapacitado ele estará para deliberar, argumentar, discorrer em casos que levem em consideração fenômenos dessa natureza. Além disso, em um cenário que se desenvolve na consolidação e amplificação do uso de tais ferramentas, distanciamentos tendem a dificultar que o direito realize sua função primordial.

5.1. Dogmática jurídica em face das novas tecnologias no Brasil

Via de regra, no Brasil especificamente, os juristas têm seus saberes conduzidos majoritariamente por modelos estabelecidos na ciência dogmática do direito. Esta, ainda hoje sob influência do positivismo jurídico, concebe o entendimento do direito como um conjunto normativo, um ordenamento jurídico, sendo o seu papel estudá-lo e conservá-lo. Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, o jurista, ainda hoje, “preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista que protege a todos indistintamente” (FERRAZ JR., 2017, p. 88-90).

Essa acepção, ao demonstrar a influência do pensamento sistemático juspositivista, sugere indícios dos motivos pelos quais algumas inovações ainda não foram abordadas ou amplamente difundidas no debate da dogmática jurídica. Ora, sendo uma das suas atribuições conservar, manter equilibrado e organizado o ordenamento, a dogmática jurídica irá avaliar com cautela e resistência fenômenos que tendam a abalar a estrutura organizacional do sistema jurídico. Nessa linha de raciocínio, os juristas, que se valem amplamente de estudo dogmático em sua formação, também têm pouco acesso às inovações tecnológicas na sua passagem acadêmica, o que influencia diretamente na realidade descrita da práxis jurídica no Brasil.

Atualmente, a dogmática se apresenta como tecnologia científica, a qual adquire *status* pedagógico – ao ser ministrada aos juristas durante a sua formação – e prático – na medida em que a doutrina atribui sentido e influencia na realidade social ao manipular e sugerir conceitos para o direito. Portanto, a ciência dogmática do direito objetiva repelir abalos aos seus pressupostos, para executar sua função de “criar condições para a decidibilidade de conflitos juridicamente definidos” (FERRAZ JR., 2017, p. 92).

O cerne da questão aqui é que o direito, para cumprir suas funções, não pode se distanciar da realidade, reagindo com resistência a aspectos concretizados nesta. Pelo contrário, o modelo heterárquico de sistema jurídico questiona a concepção dogmática oriunda do juspositivismo, pautada exclusivamente em autorreferência, ao verbalizar conceitos como heterorreferência, pluralidade jurídica, ao reconhecer os saberes comuns como fontes do direito e compreender a autopoiese do sistema jurídico – admitindo a inserção de conceitos e elementos que são externos ao sistema.

5.2. Riscos do distanciamento da realidade social

As inovações tecnológicas atuais se apresentam como *pre-adaptive advances* e têm potencial transformador da realidade jurídica. Compreendendo o sistema jurídico como autopoietico, seu fechamento operacional não pode alienar o direito do mundo extrajurídico. Nessa via, embora eventos externos ao sistema não sejam concebidos como fonte direta deste, “os processos evolutivos internos do Direito podem ser estimulados por aqueles em um procedimento que será, em última instância, determinado pela autopoiese específica do sistema” (CHACON, 2018, p. 75).

Outra limitação no que diz respeito ao tratamento de novas tecnologias trata do receio de que a automação proporcionada por essas ferramentas

substitua atividades realizadas por pessoas. Com a inserção de tecnologias, mais funções estão sendo desempenhadas por máquinas e *softwares*. Se anteriormente apenas as atividades mais mecânicas eram substituídas, com a possibilidade de raciocínio lógico e aprendizado de novas situações, os computadores e *softwares* tendem a ocupar funções cada vez mais complexas. É justamente nesse cenário que o direito precisa se desenvolver para acompanhar e debater sobre essa realidade. Em um ambiente de relações fugazes e transformações constantes, não apenas a teoria do direito precisa de uma nova abordagem, que considere a sua interdependência para com outros sistemas – incluindo o sistema tecnológico –, mas também a dogmática jurídica necessita, minimamente, reconhecer aspectos tão relevantes para a sociedade contemporânea.

Finalmente, quanto mais reativas forem as instituições, os profissionais e a ciência dogmática às inovações disruptivas, maiores dificuldades terão o direito e esses agentes que o integram de se estabelecer efetivamente e desempenhar suas funções. Com efeito, estudar o contexto sobre o qual se está em debate é fundamental; nesse caso, majoritariamente, tanto a sociedade ocidental quanto os ordenamentos jurídicos desses países – com enfoque para a realidade brasileira – recebem forte influência do pensamento liberal, e, portanto, ideais da análise econômica do direito e conceitos como o de custo-benefício estão peremptoriamente presentes também no pensamento jurídico. Tal análise é importante tendo em vista que a tendência para automação das funções alavanca menores custos de serviços e atividades no longo prazo e maior praticidade – e produtividade – para as mesmas funções em um menor período de tempo.

Então, o distanciamento e a resistência resultariam em uma maior obsolescência, visto que, caso houvesse incapacidade de interface, ocasionar-se-ia o afastamento dos profissionais que não estivessem dispostos a abarcar alterações ao sistema. Em face dessa realidade, em concordância com Thomas Vesting, mostra-se imprescindível que a teoria do direito disponha às searas da ciência dogmática e da práxis jurídica vias evolutivas, possibilidades de abordagem prática e tratamento de novas tecnologias.

Com base em Gunther Teubner, os conflitos existentes entre sistemas não precisam ser encarados com temor ou confusão, pelo contrário. Tais ocorrências podem servir como iniciativa de desenvolvimento ou acoplamento estrutural entre diferentes sistemas autopoieticos, adaptando uma realidade anteriormente desconhecida de um sistema à realidade do outro, fenômeno

identificado como mal-entendido produtivo. Se esses “mal-entendidos” são inevitáveis, podem se tornar produtivos quando a doutrina jurídica encara as teorias sociais como desafios externos, mas não as isolando ou descartando seus questionamentos para preservar os fundamentos pressupostos; na verdade, estes se tornam produtivos quando reconstruídos com base em seus próprios elementos, formando, portanto, seus próprios conceitos, podendo responder a esses mal-entendidos com a formação autônoma de normas efetivas (TEUBNER, 2015, p. 88).

Por fim, embora as duas principais abordagens apresentadas, quando o assunto abrange novas tecnologias, sejam resistência ou entusiasmo, o aspecto ideal para que se compreenda esse tema tão relevante no cenário atual é o de análise crítica (HARARI, 2018, p. 17). Se o distanciamento do direito para com as inovações tecnológicas pode resultar em sua obsolescência, o entusiasmo ante o mesmo tema pode concluir-se em violações aos seus princípios, como o de liberdade, igualdade, propriedade de dados, entre outros. Enquanto o direito ainda não regula esse universo, cabe às searas teóricas desenvolver uma avaliação crítica, vasta e abrangente sobre as possibilidades de integração entre o direito e a tecnologia para que, então, tanto a dogmática quanto a práxis jurídica disponham de um arcabouço teórico que possa orientar o direito para o trato eficiente com a esfera tecnológica em desenvolvimento.

6. CONCLUSÃO

A compreensão de evolução se configura como a concretização de eventos, a princípio, improváveis e transformações estruturais. Sob essa perspectiva, observa-se que os ideais juspositivistas de unidade interna do direito, isolamento do sistema jurídico, com estrutura sistemático-hierárquica, dotada de coerência e completude que se pretende universal, em relação ao espaço e ao tempo, são incapazes de compreender uma sociedade contemporânea em transformação constante. Considerando que o ordenamento se pretende completo e coerente, novas searas e campos jurídicos não seriam, pelo menos a princípio, reconhecidos, o que afastaria o direito do cumprimento de sua principal função.

Com base nesse pressuposto, amparando-se em Luhmann e em Vesting, para acompanhar a realidade da sociedade contemporânea são caros os conceitos de sistemas autopoieticos, que operam tanto com autorreferência quanto com heterorreferência, organizados em uma estrutura de redes interconectadas, isto é, de modo heterárquico. Um modelo de sistema jurídico

que esteja arquitetado sobre essa égide tende a dispor de maiores condições de processar a realidade social, de transformações constantes, de eventos fugazes e mudanças estruturais não planejadas.

Ademais, a inserção cada vez mais significativa de tecnologias disruptivas, com destaque para a inteligência artificial e para o *machine learning* – programas que tendem a apresentar, respectivamente, racionalidade e aprendizado –, revoluciona as relações de trabalho, informação, controle e troca de dados. Nesse sentido o sistema jurídico e o direito como um todo não podem se ausentar de compreender e processar a realidade social bem como seus elementos e operações. Portanto, as concepções de teoria dos sistemas de Luhmann, em conjunto com a noção de evolução, e a teoria da evolução do direito de Vesting, pelo menos aos poucos, deverão sobrepujar a noção de unidade interna do direito, sistema jurídico hierárquico e “intangibilidade” da racionalidade jurídica de outras esferas sociais, que ainda representam forte influência para o direito como um todo, mas em especial para a dogmática e a práxis jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHACON, Eduarda Moraes. **Resistência do direito à tecnologia: uma análise teubniana de comunicação e regulação.** Março de 2018. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/RDET/article/download/21494/19810>. Acesso em: 5 jul. 2021.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. Inteligência artificial e direito. **Revista Eletrônica Direito & TI**, nov. 2015. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/inteligencia-artificial-e-direito/>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 10.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **21 Lições Para o Século 21.** Tradução Paulo Geiger. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

KELSEN, Hans. **A teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução José Lamego. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

TEUBNER, Gunther. **Direito e teoria social**: três problemas. Tradução Patrícia da Silva Santos. Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ts/a/7N5ZrzBmSgF9qz9cqz9cqxZPYtM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 13 jul. 2021.

VESTING, Thomas. **Teoria do direito**: uma introdução. Tradução Gercélia Mendes. Edição Única. São Paulo: Saraiva, 2015.

Ministério Público e Curatela: Reconstruindo Dogma Interventivo

*PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND CURATORSHIP:
RECONSTRUCTING INTERVENTIONAL DOGMA*

Eloy Ojea GOMES¹

- **RESUMO**

No artigo, o autor inicialmente descreve o corrente dogma que rege a intervenção do Ministério Público nas demandas versando sobre definição de curatela. Em seguida, demonstra a desatualização desse dogma mediante identificação dele com o ultrapassado positivismo, inclusive com apontamentos filosóficos. Ao final, o autor não só reconstrói esse dogma à luz do pós-positivismo consagrado pela Constituição Federal de 1988, como propõe dogma para a intervenção em geral do Ministério Público no exercício da função de defesa dos incapazes em processos que retratem relação jurídica de natureza individual por meio de interpretação conforme da correspondente cláusula geral presente no Código de Processo Civil com a locução constitucional *interesses individuais indisponíveis*, sem redução de texto.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Dogma racional; dogma irracional; dogma ingênuo; dogma absoluto; intervenção do Ministério Público; curatela; interesses individuais indisponíveis; absolutismo; racionalismo; positivismo; pós-positivismo; perfil constitucional do Ministério Público; interesse patrimonial; interesse existencial; interesse de incapaz; dignidade humana; princípio da beneficência.

¹ 8º. promotor de Justiça de Guarujá/SP. 3º. colocado no prêmio CNMP, ano 2016. 1º. colocado no concurso para procurador do Município de Praia Grande/SP. 2º. colocado no concurso para advogado da CET-Santos/SP.

I - RESUMO

O Ministério Público deve intervir em todas as demandas² versando sobre definição de curatela³.

² CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO ensina que, em países adiantados na disciplina processual civil, como Itália e Alemanha, demanda é o termo empregado no sentido de materialização do direito de ação: *“Na linguagem peninsular há muito cuidado em usar adequadamente as palavras azione e domanda. A primeira é o poder, ou o direito de provocar o provimento jurisdicional; a segunda, o ato através do qual o provimento é postulado. Fala-se, portanto, em propositura da demanda, não da azione; em princípio da demanda (iniciativa da parte), não da azione; em cúmulo de domande, não de azioni; em identidade de domande, não de azioni”*. Mais adiante, conclui que *“se a língua é expressão de uma cultura e deve refletir o pensamento dos homens e os objetos do seu conhecimento, já é tempo de reconhecermos que existe um fenômeno que se distingue da ação, da lide e do petitum e que está a pedir uma designação própria, sem a promiscuidade de tratamento que lhe vem sendo atribuída. O refinamento de uma linguagem, mediante o uso de palavras distintas destinadas à designação sempre mais precisa de fenômenos afins, é sinal de maturidade cultural – que em direito processual já temos em grau mais que suficiente.”* (Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5ª edição, Tomo I, 2002, página 170/171)

³ Adotamos a locução *definição de curatela*, em substituição ao termo *interdição*, porque mais afeiçoada aos atuais paradigmas axiológicos constitucionais. Nesse sentido vem majoritariamente expressando a doutrina: *“Embora o Código Instrumental ainda denomine a ação de ‘interdição’, a superveniência do Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou sua nomenclatura. Por absoluta incompatibilidade, o vocábulo ‘interdição’ é afastado do sistema, por se mostrar preconceituoso, estigmatizante e por indicar uma ideia de medida restritiva de direitos. Enfim, não se concilia com a vocação promocional da curatela especialmente concebida para a proteção da pessoa humana. Entretanto, esse giro linguístico tem como finalidade evidenciar que uma pessoa não será interditada em seus direitos, mas curatela pelo fato de, objetivamente, não exprimir a sua vontade de forma ponderada (CC, artigo 1.767, I). Essa conciliação é a saída possível (e desejável) para harmonizar a proteção à pessoa deficiente com o princípio da segurança jurídica. Com efeito, o vocábulo ‘interdição’ revela-se incompatível com o pluralismo inerente ao Estado Democrático de Direito. Além de medida coercitiva e opressiva, que imprime uma marca indelével na pessoa, ela remete a uma sentença nulificante do exercício de situações existenciais e redutiva da complexidade e singularidade do ser humano a um quadro psíquico – o que, por si só, legitimaria a neutralização da subjetividade pelo alter ego do curador. Ao contrário, a eficácia positiva da dignidade humana requer a potencialização da autonomia, para que cada indivíduo seja autor de sua própria biografia e desenvolva o seu modus vivendi.”* (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 6, Famílias, 8ª edição, 2016, página 932). No mesmo sentido converge WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO: *“A partir da LBI, não falaremos mais em interdição, como Pablo Stolze cita, mas em curatela, em medida protetivas restritas a atos negociais e patrimoniais, resguardando-se demais direitos das pessoas com deficiência, como votar, trabalhar e casar.”* (Comentários ao Estatuto da

Intervenção indiscriminada, portanto.
Essa a norma⁴ vigente.
A verdade corrente.
Um dogma⁵.
Outrora adequado.
Hoje, ultrapassado.
Dogma atualmente absoluto, como será demonstrado.
Racionalismo⁶ é antídoto para absolutismo⁷.

Pessoa com Deficiência, Coordenadores FLÁVIA LIMA ALMEIDA LEITE, LAURO LUIZ GOMES RIBIEIROE WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO, 2ª. edição, 2019, página 425)

⁴ Aqui, o termo *norma* é expressado no sentido de *mandamento de conduta* ou *obrigatoriedade de um comportamento*, resultante da interpretação. Nesse sentido o ensinamento de LUÍS ROBERTO BARROSO: “...vem conquistando crescentes adesão na ciência jurídica a tese de que a norma não se confunde com o enunciado normativo – que corresponde ao texto de um ou mais dispositivos -, sendo, na verdade, o produto da interação texto-realidade. Nessa visão, não existe norma em abstrato, mas somente norma concretizada.” (Intepretação constitucional como interpretação específica. In Comentários à Constituição do Brasil, 2ª. edição, 2018, página 94)

⁵ Etimologicamente, dogma significa “aquilo que se pensa ser verdade”. (<https://www.dictionary.com/browse/dogma>, acesso em 17.10.22)

⁶ Racionalismo é a corrente pertencente ao campo da filosofia chamado de epistemologia ou teoria do conhecimento, que se caracteriza pelo alcance da verdade pelo raciocínio amparado apenas na razão e na racionalidade (Racionalismo: conceito, características, teóricos. In <https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/racionalismo.htm>, acesso em 19.10.22), corrente que comporta derivações, mais adiante mencionadas.

⁷ Como veremos adiante, os dogmas religiosos trabalham com verdades (dogmas) absolutas. Há aqui, também, uma implícita remissão ao racionalismo como um dos movimentos de contraposição ao absolutismo monárquico, forma de governo invariavelmente guiada pela medieval convicção de fé resultante da então reinante simbiose entre Estado e Religião. Relembrando, o racionalismo, corrente filosófica epistemológica, é fruto do Renascimento, movimento que pregou a prevalência da razão, da ciência e do humanismo sobre a fé, e que ensejou todo o ciclo revolucionário do século XVIII, chamado de *Século das Luzes*. Nesse sentido historiam, respectivamente, INGO WOLFANG SARLET, VINICIUS GASPAR GARCIA e MARIA APARECIDA GUGEL: “Embora integrante do ciclo revolucionário do século XVIII, não tendo, portanto, sido um evento isolado no contexto da época, a Revolução Francesa, eclodida em 1789, foi, sem dúvida, o mais profundo e impactante (consideradas as suas proporções e repercussão) entre os movimentos revolucionários. Além de ter sido uma revolução social de massa, mais radical do que as que a precederam e que a seguiram (exceção feita aos movimentos revolucionários ocorridos na Rússia e na China, no século XX), foi a única de caráter ecumênico, é dizer, seus ideais foram concebidos para revolucionar o mundo...” (Curso de Direito Constitucional, 10ª. edição, 2021, páginas 38/39); “Entre os séculos XV e XVII, no

O presente texto se presta à reflexão reconstrutiva da compreensão sobre esse tema.

II - INTRODUÇÃO

O termo dogma foi usado deliberadamente.

Explica-se.

Não raro⁸, dogma é entendido como algo inquestionável.

Esta, porém, é apenas uma das espécies de.

Vejamos.

Dogma absoluto, irracional ou religioso é a verdade extraída da crença ou opinião inquestionável⁹.

Dogma ingênuo é a verdade extraída exclusivamente do conhecimento empírico, isto é, sem base científica, do senso comum, aprendido apenas pelas vivências, observações e experiências pessoais¹⁰.

mundo europeu cristão, ocorreu uma paulatina e inquestionável mudança sócio-cultural, cujas marcas principais foram o reconhecimento do valor humano, o avanço da ciência e a libertação quanto a dogmas e credences típicas da Idade Média. De certa forma, o homem deixou de ser um escravo dos 'poderes naturais' ou da ira divina." (As pessoas com deficiência na história do mundo. In <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>, acesso em 25.09.22); "A Idade Moderna marcou a passagem de um período de extrema ignorância para o nascer de novas ideias. Ela ocorreu do ano de 1453 (Século XIV), quando da tomada de Constantinopla pelos Turcos otomanos, até 1789 (Século XVIII), com a Revolução Francesa. O período mais festejado é o que vai até o Século XVI, com o chamado Renascimento das artes, da música e das ciências, pois revelaram grandes transformações, marcada pelo humanismo." (A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. In http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php#:~:text=As%20leis%20romanas%20da%20Antiguidade,ou%20em%20outros%20lugares%20sagrados, acesso em 25.09.22). Mais do que isso, a frase se vale de uma licença para, simbolicamente, sintetizar que o dogma condenado está para aquele a se propor assim como o Absolutismo esteve para o Renascentismo.

⁸ Esse equívoco é apontado expressamente pelo professor MIGUEL REALE: "*Muitas confusões surgem pelo uso da palavra 'dogmática', por entenderem alguns estudantes, levados pela aparência verbal, que essa pesquisa implicaria a aceitação, sem discussão, das verdades jurídicas como se tratasse de regras absolutas e infalíveis.*" (*idem*, página 320)

⁹ Reputa-se inquestionável por ser expressão da vontade divina e fruto de uma revelação das divindades aos seres humanos, como foi típico no Absolutismo da Idade Média. Para tomar um exemplo atual, lembra-se que, para o espiritismo, a vida não termina após a morte do corpo (Exemplo e Tipos de Dogmatismo. In <https://descomplica.com.br/artigo/exemplos-e-tipos-de-dogmatismo/6zf/>, acesso em 17.10.22).

¹⁰ Por exemplo, os saberes populares dos agricultores, que podem saber quando a terra não está boa para o plantio só em olhar o cultivo. (*idem*).

Dogma racional é a verdade extraída do conhecimento científico¹¹.

Verdade alcançada por caminhos diferentes, portanto.

Prossegue-se.

Ciência trabalha com verdades¹².

Exige dogmas¹³.

Mas dogmas sob perspectiva racional, científica, kantiana¹⁴.

¹¹ O racionalismo, de uma maneira geral, é conceituado como uma doutrina que atribui à razão o poder de alcançar a verdade e, portanto, que se opõe de uma parte ao ceticismo, para o qual a verdade é inacessível, e de outra parte ao fideísmo, que reserva a certeza apenas à fé. Historicamente, o racionalismo caracteriza a filosofia de Descartes e seus sucessores, à medida que postulam a possibilidade de conhecer a estrutura da realidade a partir de princípios puros de pensamento e não partindo da experiência dos sentidos, como afirmam os empiristas ingleses da mesma época.” (In <https://www.philomag.com/lexique/rationalisme>, acesso em 04.11.22, conforme verbete Rationalisme: “*D’une manière générale, doctrine qui accorde à la raison le pouvoir d’atteindre la vérité et qui donc s’oppose d’une part au scepticisme, pour qui la vérité est inaccessible, et d’autre part au fideïsme, qui réserve la certitude seulement à la foi. Historiquement, le rationalisme caractérise la philosophie de Descartes et de ses successeurs, en tant qu’ils posent la possibilité de connaître la structure de la réalité à partir des purs principes de la pensée et non en partant de l’expérience des sens, comme l’affirment à la même époque les empiristes anglais.*”). “Somente o conhecimento racional, baseado nas ideias inatas e fruto das deduções, era suficientemente claro, distinto e absolutamente verdadeiro.” (René Descartes: biografia, filosofia e frases In <https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/rene-descartes.htm>, acesso em 19.10.22).

¹² Não se desconhece a teoria hipotético-dedutiva de KARL POPPER – prevacente nesta época de pós-modernidade e ilíquida -, segundo a qual ciência não produz verdade, mas apenas ciência e não-ciência, a primeira compreendida como evidência passível de demonstração como falsa, mas válida enquanto assim não demonstrada, e a segunda como a efetivamente demonstrada como falsa, cientificamente inaceitável por isso. (<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/filosofia/filosofia-da-ciencia-karl-popper-falseabilidade-e-limites-da-ciencia.htm>, acesso em 20.10.22). Mas isso será considerado e exposto ao final do tópico III deste articulado.

¹³ Segundo MAX WEBER, “*não existe ciência inteiramente isenta de pressupostos e ciência alguma tem condição de provar seu valor a quem lhe rejeite os pressupostos.*” (apud PAULO NADER. Introdução ao Estudo do Direito, 40ª. edição, 2018, página 373. No mesmo sentido converge JACQUES LECLERCQ: “*Sem admitir determinadas evidências, não é possível viver.*” (*idem*, página 373).

¹⁴ Isto é, uma verdade incontestável, ou, “*uma verdade resistente e que não fosse colocada em dúvida.*” (JOSÉ AMÉRICO MOTTA PESSANHA, apud JEAN CARLOS BUCKER DE JESUS. As regras do Método Cartesiano: Pretensão de Verdade, página 08, disponível em https://unisaes.br/wp-content/uploads/2021/12/UNISAES_TCC-FILOSOFIA-2021-jean.pdf, acesso em 17.10.22). Revela, ainda, a seguinte observação do autor: “*Para Descartes, só se pode tomar como evidência aquilo que resiste a dúvida.*” (*idem*, página 11). Importante lembrar

que o raciocínio dedutivo - base do método que recebeu o nome de seu autor (cartesiano) – é a única garantia para se ter um conhecimento unívoco, que em todos os seres humanos causaria os mesmos resultados, evitando o erro. (René Descartes: biografia, filosofia e frases. In <https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/rene-descartes.htm>, acesso em 19.10.22). Também não pode perder de vista que o cartesiano é apenas um dos métodos defendidos pelos filósofos racionalistas. Por exemplo, para IMMANUEL KANT, filósofo também racionalista, o conhecimento humano era fruto de um jogo entre intuições e conceitos, de modo que um depende do outro e sem um desses elementos não há conhecimento efetivo. (Racionalismo: conceito, características, teóricos. In <https://mundoeducacao.uol.com.br/filosofia/racionalismo.htm>, acesso em 19.10.22). A História *atualmente vem consagrando* o pensamento kantiano, como noticia DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: *“A visão evolutiva das sociedades humanas a partir do racionalismo cartesiano, que entendia o Conhecimento como o resultado de um processo lógico de reconstrução da realidade a partir de ideias inatas, aprofundada na linhagem de grandes pensadores, como Leibnitz, Pascal, Spinoza e, destacadamente, Hegel, havia pautado a orientação considerada segura para trilhar-se um caminho do progresso humano fundado na absoluta certeza de que a razão seria suficientemente capaz de explicar a faculdade cognitiva do pensamento de nele reproduzir todo o real. Todavia, a longa linha do desenvolvimento das sociedades ao cabo da Modernidade já reclamava a atenção para certas dimensões do real que teimavam em escapar à apreensão da pura razão. Neste sentido, Kant afirmaria que os dados da experiência deveriam ser conjugados aos da razão para produzirem o Conhecimento, embora esta observação ainda não tivesse sido suficiente para sensibilizar Hegel, que conservava o entendimento da História como resultado de uma processo racionalmente explicável, afirmando, convictamente, à luz dessa compreensão, que todo o real é racional e todo o racional é real, sintetizada em sua famosa weltanschauung, que, afinal, viria a emprestar sua tônica radicalizante ao pensamento moderno sobre o Poder e, nessa linha, passaria a orientar fortemente, a partir de então, as duas principais Ciências sociais catológicas: tanto a descritiva – a Política -, como a normativa – o Direito. Mas, como a humanidade – e logo no século seguinte – viria a constatar o preço de ‘sangue, suor e lágrimas’, essa matrizes racionalistas do pensamento moderno, que se haviam desdobrado em ideologias, jactanciosamente autointituladas de ‘progressistas’, não resistiram à prova que lhes reservou a própria História, no curso da qual, ironicamente, aquele que as forjaram haviam procurado encontrar sua lógica evolutiva captada em postulados cerebrinos e não nos dados da multissecular experiência humana, tal como apontara a lúcida abertura kantiana. Assim, como preço dessa amarga experiência, gerações se viram imersas em conflitos de proporções jamais experimentadas e suportaram o sacrifício de milhões de vidas humanas, chegando a ameaçar a própria sobrevivência da espécie, como trágicas consequências de fanatismos sem limites, inspirados por conceitos e teorias pretensamente deduzidos da razão. Essas catástrofes históricas se encarregariam de demonstrar, sob esse imenso e aterrorizante peso de sua desastrosa evidência, que a linha evolutiva das sociedades não se poderia explicar somente por postulados cerebrinos, pois que deveria, a razão, temperar-se com dados da experiência, gerados no processo dinâmico e permanente da convivência e na constante interação entre pessoas livres. Efetivamente, reside no aporte empírico da experiência, continuamente gerada em toda a trajetória da História, que se expressa nos sentimentos, nos juízos morais e, sobretudo, nos valores, estes a sua quintessência cultural, os elementos que infundem sentido e balizam o progresso humano. Ultrapassou-se, embora a alto preço, a mesquinha visão epistemológica, que partia da possibilidade de apreensão*

Não comporta absolutismos de fé.

Repele dogmas irracionais, enfim.

Por receber influxos de fatores jurídicos – naturais e culturais - em sua formulação, essencialmente variáveis, as verdades jurídicas são conformadas ao momento histórico em que se encontram¹⁵.

do real não mais que pelo pensamento e que havia sido responsável pela difusão de uma visão metafísica limitada e desvirtuada. Nesse círculo vicioso, voltado a produzir 'certezas' indiscutíveis, se havia alinhado comodamente a matriz dos radicalismos de todo gênero, que, principalmente na Política e no Direito, se revelaram historicamente catastróficos. Desse modo, às modernas matrizes racionalistas, que haviam medrado com tão pouco diálogo e com tanta intolerância, sucederam-se novos paradigmas trazidos pela Pós-Modernidade: uma primavera do bom senso brotando, aberta, à rica experiência comunicativa da fertilização do Conhecimento, já não apenas limitada à mera apreensão da realidade objetiva, mas generosamente ampliada à realidade subjetiva da consciência, para, assim, devolver a essa nova visão os relegados fundamentos abstratos, nem por isso menos reais, que dimanam dos sentimentos, dos juízos morais e, destacadamente, dos valores.” (O Direito Administrativo no Século XXI, 2018, página 59/60)

¹⁵ Nesse sentido a compreensão de PAULO NADER: “O Direito Positivo não é uma concepção metafísica de normas jurídicas. Compõe-se de modelos, que se referem aos acontecimentos sociais e à organização do Estado. São as relações de vida que indicam ao legislador as questões sociais que devem ser regulamentadas. As leis refletem, a um só tempo, valores permanentes de convivência, oriundos do Direito Natural, e elementos variáveis, contingentes, que decorrem tanto de motivações históricas, como de condições diversas, impostas pelo reino da natureza. A formação e a evolução do Direito não resultam da simples vontade do legislador, mas estão subordinadas à realidade social subjacente, à presença de determinados fatores que influenciam fortemente à própria sociedade, definindo as suas diversas estruturas. Para ser instrumento eficaz ao bem-estar e progresso social, o Direito deve estar sempre adequado à realidade, refletindo as instituições e a vontade coletiva. A sua evolução deve expressar sempre um esforço do legislador em realizar a adaptação de suas normas ao momento histórico. Os fatores que influenciam a vida social, provocando-lhe mutações, vão produzir igual efeito no setor jurídico, determinando alterações no Direito Positivo. Esses fatores, chamados sociais e também jurídicos, funcionam como motores da vida social e do Direito...A Sociologia do Direito estuda os fatores jurídicos responsáveis pela criação e aceleração dos institutos de Direito. Há dois grupos de fatores jurídicos: os naturais e os culturais.” (Introdução ao Estudo do Direito, 40ª. edição, 2018, página 51/52)

A contextualização histórica¹⁶ da intervenção do Ministério Público, assim, revela-se fundamental para a caracterização do dogma.

Apontará o atual absolutismo do dogma da intervenção indiscriminada.

Distinguirá o dogma racional.

É o que se passa a fazer.

III - DESCONSTRUÇÃO E RECONSTRUÇÃO

A causa interventiva indiscriminada nasceu em ambiente histórico-legislativo diverso do atual.

Vigorava o Código Civil de 1916.

Vigia o Código de Processo Civil de 1973.

Havia uma compreensão de mundo naquele momento¹⁷.

¹⁶ Ou seja, tanto para se entender como foi compreendido quanto é para ser enxergado. Nesse sentido a percepção de PAULO NADER: *“O certo é que o Direito vive impregnado de fatos históricos, que comandam o seu rumo, e a sua compreensão exige, muitas vezes, o conhecimento das condições sociais existentes à época em que foi elaborado...ao jurista caberá, com a aplicação de seu conhecimento científico e técnico, revelar a ordem jurídica subjacente. Em seu trabalho deverá submeter as regras à interpretação atualizadora, renovando a sua compreensão à luz das exigências contemporâneas.”* (idem, páginas 13 e 81/82). No mesmo sentido parecem convergir NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“...o direito – e particularmente o Direito Civil – forma-se a partir da influência sociocultural das civilizações, com os reflexos de cada momento histórico.”* (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS in página 31). MIGUEL REALE acredita que, *“apesar das incessantes mutações históricas operadas na vida do Direito, há todavia, um núcleo resistente, uma ‘constante axiológica do Direito’, a salvo de transformações políticas, técnicas ou econômicas”* (apud PAULO NADER, página 378/379); porém, o texto não comporta imersão no embate entre jusnaturalismo e juspositivismo, além de refugir completamente ao seu objeto.

¹⁷ Assim historia GUSTAVO TEPEDINO: *“O Código Civil, bem se sabe, é fruto das doutrinas individualista e voluntarista que, consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas codificações do século XIX, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso Código Civil de 1916. Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais; poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entaves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil.”* (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil, 2ª. edição, 2001, página 02)

Do Direito¹⁸ por igual, evidentemente.

Reinava o voluntarismo¹⁹, o liberalismo²⁰, o individualismo²¹, o patrimonialismo²².

¹⁸ A palavra Direito, plurívoca, é aqui utilizada no sentido de conjunto de regras que organizam e disciplinam a vida em sociedade, retratando as necessidades humanas em determinado momento histórico (conforme NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, *idem*, página 30).

¹⁹ “No liberalismo ínsito nos últimos duzentos anos, a ampla liberdade contratual pavimentava o acesso ao direito de propriedade.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 4, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 2016, página 220)

²⁰ “A Codificação de 1916 nasceu influenciada pelo liberalismo então vigente, possuindo cunho individualista.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 46)

²¹ “Nos dois últimos séculos, fortemente influenciados pelo positivismo jurídico e individualismo liberal, os juristas compreendiam que a satisfação de um interesse próprio significava a busca pelo bem individual, pois a soma de todos os bens individuais consagraria o bem comum da sociedade. Os homens seriam individualmente considerados como uma realidade em si mesma e a sociedade não passaria de uma ficção. Não se cogitava da solidariedade, pois, a partir da vontade livre de cada indivíduo, seria possível alcançar a felicidade coletiva...Ocupava-se o Direito Civil, forjado no paradigma do individualismo e do absolutismo da vontade, com a preservação patrimonial dos sujeitos de direito: o proprietário, o contratante, o marido e o testador.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, *idem*, página 50)

²² “Em seu perfil oitocentista, o direito civil possuía alicerces sólidos na proteção patrimonial. A propriedade e os contratos formavam os pilares de um regime dedicado à apropriação e à conservação de bens. Os direitos fundamentais se concretizavam com o livre estabelecimento de relações particulares, refletindo a clivagem entre o público e o privado, diante de um Estado ausente, espectador inerte do jogo do mercado, que só se manifestava, em última instância, para preservar as regras do jogo.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 4, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 2016, página 34). “Não se olvide que, outrora, quando estávamos sob a égide da Codificação de 1916 – resultante das concepções individualista e voluntarista oitocentistas, incorporadas pelas codificações dos séculos XIX e XX, sob a influência do Code de France (Código Napoleônico) e do BGB alemão -, o Direito Civil esteve liberto da incidência da norma constitucional. O Direito Constitucional se restringia a cuidar da organização política e administrativa do Estado, relegando para o Código Civil a tarefa de disciplinar as relações privadas. Naquela época, o Direito Civil aspirava o aniquilamento dos privilégios feudais, defendendo os valores preconizados pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade). Reconhecia-se, assim, a necessidade de afirmar valores individualistas, permitindo o acesso a bens de consumo, conferindo à legislação privada nítida feição patrimonialista.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 1, Parte Geral e LINDB, 14ª. edição, 2016, página 62)

Não havia preocupações éticas²³ ou metajurídicas em geral²⁴.

Era o ápice do positivismo²⁵.

Era da codificação²⁶.

O Código Civil de 1916 era compreendido como a Constituição do Direito Privado²⁷.

²³ É o que nos revelam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“O Código de 1916 abdicou de questionamentos éticos, pois fora fortemente influenciado pelo formalismo jurídico da Europa do século XIX. Todas as correntes formalistas (positivismo e criticismo) estudavam o Direito com base em suas manifestações, exteriorizações, mas se negavam a perquirir o seu conteúdo. Em outras palavras, a ciência do Direito era limitada à sua forma (aparência), sem que se indagasse a respeito de um fundamento axiológico que a consubstanciasse.”* (Curso de Direito Civil, volume 1, Parte Geral e LINDB, 2016, página 53)

²⁴ Ainda discorrendo sobre os fatores influenciadores do direito naquele momento, NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS prosseguem: *“O Código Civil de 1916 forjou um sistema fechado, que não admitia o ingresso do metajurídico, através da valores sociológicos ou filosóficos, capazes de oxigenar o ordenamento jurídico.”* (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 53)

²⁵ Assim historiam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“Essa postura formalista do Direito atingiu o máximo de rigor na Teoria Pura do Direito, de Kelsen. A pureza do método consiste em restringir o Direito àquilo que for prescrito pelo legislador, isolando-o de influxos valorativos ou éticos, que seriam estranhos à ciência. Em outras palavras, os códigos positivistas não permitem a determinação do que é justo ou injusto, sendo suficiente a técnica legislativa e a emanção da norma por iniciativa de uma autoridade competente.”* (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 53)

²⁶ *“...o Estado Liberal moldou o direito civil patrimonial centrado em três protagonistas: proprietário – contratante – pai (marido), este último conduzindo a família como uma unidade produtiva e reprodutiva, de forma que o patrimônio amealhado em vida fosse transferido aos filhos oriundos do matrimônio. Eis aí a ‘era dos códigos’, na qual a segurança jurídica figurava como valor precípua. Afinal, importava assegurar o status quo. Nas nações que seguiram a tradição romano-germânica, o Código Civil se afirmou como a própria constituição da sociedade. A codificação do século XIX e o nosso tardio Código Bevilacqua exaltavam o monismo das fontes (para saber, o direito civil era sinônimo de Código Civil). O Estado monopolizava a produção das normas de direito privado, o formalismo jurídico prestigiava a rigidez da hermenêutica, desenvolvendo-se assim um sistema em que a legislação era impermeável às necessidades e urgência sociais. Os magistrados, propositalmente neutros, laboravam a base do silogismo da subsunção, tal como autômatos, reproduzindo na concretude de suas decisões o receituário legislativo. Na linha da exegese, sequer se exigiria conhecimento especializado, bastaria aos juízes a alfabetização.”* (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, Curso de Direito Civil, volume 4, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 2016, página 35)

²⁷ Nesse sentido historiam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS ao discorrerem sobre a evolução do Direito Civil: *“Com o advento do Estado Liberal, a convivência foi marcada*

Nessa quadra é que se situava o entendimento acerca da intervenção do Ministério Público nos processos versando sobre *interdição*²⁸.

Aceitava-se, sem questionamento, a irrestrita substituição da vontade do incapaz²⁹.

pela total indiferença. A começar pela edificação quase simultânea de um constitucionalismo liberal e do Código Civil Francês de 1804, alastrou-se pela Europa e, posteriormente pelo Brasil, a epidemia da clivagem entre Estado e sociedade. A dicotomia público-privado se insere em um contexto em que a Constituição era a ordem jurídica fundamental do Estado, enquanto o Código Civil traduziria a ordem jurídica fundamental da sociedade. Indivíduos formalmente iguais perante a lei buscavam a satisfação de seus interesses sem a interferência do poder público. O Estado era o inimigo a ser combatido, pois a classe social emergente desejava um espaço de autonomia para desenvolver suas atividades econômicas, infensas a controles externos.” (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 34). E prosseguem: *“Ao Código, pois, conferia-se a missão de garantir a estabilidade das atividades privadas..Nessa trilha, preocupava-se em regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito (o contratante, o proprietário, o marido e o testador) em todas as suas dimensões. O Código almejava a completude, pretendia reger todas as situações jurídicas de interesse da pessoa humana. Ou seja, a Codificação Civil de 1916 pretendia se consagrar como verdadeira ‘Constituição do direito privado’.”* (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 62). Nesse sentido converge GUSTAVO TEPEDINO: *“Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil.”* (idem, página 03)

²⁸ O termo *interdição* foi deliberadamente escolhido porque, sob o anterior dicotômico regime de incapacidades, a medida significava a morte civil do incapaz (MARIA BERENICE DIAS. Manual de Direito das Famílias, 2015, páginas 687/688).

²⁹ ANTONIO LAGO JUNIOR e AMANDA SOUZA BARBOSA assim historiam: *“Deve se ter em mente que o CC/1916 era marcadamente individualmente e voluntarista. O Direito Privado tinha como valor fundamental o indivíduo, núcleo do Estado liberal de Direito, dedicando-se a regular a atuação do sujeito de direito, notadamente o contratante e o proprietário. A sistemática das incapacidades no CC/1916 foi cunhada sob essas influências, de modo que a interdição era instituto que servia à proteção do patrimônio privado via adoção de mecanismos de substituição de vontades. O curador regia as relações jurídicas de natureza patrimonial e existencial do curatelado sem, muitas vezes, considerar os interesses fundamentais deste”* (Primeiras Análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. In Revista de Direito Civil Contemporâneo, volume 8, 2016). PAULO LÔBO parece convergir nesse sentido ao discorrer sobre crítica terminológica, apontando que a *“interdição, em nosso direito, sempre teve por finalidade vedar o exercício, pela pessoa com deficiência mental ou intelectual, de todos os atos da vida civil, impondo-se a mediação por seu curador”* (apud ANTONIO LAGO JUNIOR e AMANDA SOUZA BARBOSA, *idem*).

E, como aponta a literatura, nem *“podia ser diferente, em razão do momento histórico em que foram talhados os conceitos e ideias que permearam o Estatuto Civil de 1916.”*³⁰

Nesse cenário diretivo de eliminação da personalidade, assim, a intervenção indiscriminada do Ministério Público nas demandas versando sobre curatela era plenamente justificável.

Continua-se.

O adquirido *status*³¹ pelo Código Civil de 1916 permeou o ordenamento.

Firmou dogmas.

Sua longevidade, certamente, fê-los petrificar no íntimo³².

³⁰ NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 1, Parte Geral e LINDB, 2016, página 62. A afirmação foi feita dentro do contexto demonstrativo da evolução do Direito Civil como um todo ao longo do tempo, que reputamos aplicável à espécie justamente porque a teoria geral das incapacidades nele se encontra obviamente inserida.

³¹ *“Afirmava-se, significativamente – e afirma-se ainda hoje nos cursos jurídicos –, que o Código Civil brasileiro, como os outros códigos de sua época, era a Constituição do direito privado. De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-se contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferiria na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular. Essa espécie de papel constitucional do Código Civil e a crença do individualismo como verdadeira religião marcam as codificações do século XIX e, portanto, o nosso Código Civil.”* (GUSTAVO TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil, 2ª. edição, 2001, página 03)

³² Essa circunstância não passou despercebida por GUSTAVO TEPEDINO: *“Já é o terceiro aniversário da Constituição da República e os civilistas permanecem com o dever inadiável de compatibilizar o Código Civil e a legislação especial ao texto constitucional. Embora proclame-se de maneira quase unânime a supremacia constitucional na atividade hermenêutica, o certo é que o direito civil brasileiro não soube ainda incorporar o texto maior à sua práxis. Basta conferir os tímidos resultados alcançados pela jurisprudência após 5 de outubro de 1988 – ao menos no que concerne às decisões que pudessem ser consideradas diretamente informadas pela Carta constitucional – ou o estado contemplativo da maior parte de nossos civilistas, cuja contribuições vêm sendo editadas e reeditadas, após a nova Constituição, sem revisão profunda, limitando-se às indicações de dispositivos constitucionais pertinentes, uma ou outra maquiagem, alguns retoques aqui e acolá.”* (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In Temas de Direito Civil, 2ª. edição, 2001, página 01). No mesmo sentido parecem convergir NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“Apesar de a Constituição ter há pouco completado a maioria civil, houve a necessidade*

Invariavelmente vem nublando o imprescindível criticismo³³.

Hoje o contexto é outro.

O momento histórico é evidentemente outro³⁴.

Os valores são outros³⁵.

A mudança foi significativa³⁶.

da edição de um Código Civil para que a comunidade civilista brasileira despertasse de uma letargia profunda ou de uma espécie de 'mal-estar constitucional' como tão bem sugere Lenio Streck. Pouco a pouco os amantes do direito privado se comovem com a arte do 'desapego'. Repensam a condição de indivíduos segregados e abandonam as suas ilhas e pequenas posses. Migram para o continente e se submetem a filtragem da axiologia constitucional. Convertem-se em seres humanos – valor, fundamento e fim da ordem jurídica.” (Curso de Direito Civil, volume 4, Contratos – Teoria Geral e Contratos em Espécie, 2016, página 148)

³³ Dúvida hiperbólica a que se refere RENÉ DESCARTES.

³⁴ *“Vivenciamos o pós-positivismo. Celebramos a supremacia axiológica da Constituição Federal e o fim do legalismo estrito. A normatividade dos princípios é uma realidade inescapável ao civilista, assim como a reabilitação da argumentação jurídica e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada na dignidade da pessoa humana. O direito romano pereceu. Da mesma forma, ruiu a clássica dicotomia liberal entre direito público e o privado, eis que o Estado é edificado pela sociedade e deve mirar os valores que ela aponta. A hermenêutica constitucional exige uma aproximação entre a ética e o direito, bem como o sepultamento de qualquer concepção hermética e segregacionista do direito privado.”* (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. Curso de Direito Civil, volume 2, Obrigações, 2016, página 26)

³⁵ Assim noticia FLÁVIA PIOVESAN: *“A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional. Introduce a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias individuais.”* (Comentários à Constituição do Brasil, 2018, página 157).

³⁶ Nesse sentido historiam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“A partir da segunda metade do Século XX, e no Brasil particularmente com o advento da Constituição de 1988, surge o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, com a sujeição de suas normas e institutos aos princípios e regras constitucionais. De fato, valores constitucionais como dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial marcam decisivamente a mudança do Direito Civil contemporâneo.”* (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 64). E prosseguem: *“Esse fenômeno é resultado do avanço da sociedade, com relações complexas e plurais e, principalmente, da constitucionalização do Direito Civil, com a previsão, em sede constitucional, de matérias até então relegadas à legislação civil ordinária. Ora, ao disciplinar diversos institutos nitidamente civilistas (como a família, a propriedade, o contrato, dentre outros), o legislador constituinte redimensionou a norma privada, fixando os parâmetros fundamentais interpretativos.”* (Curso

O Positivismo estrito cedeu ao pós-positivismo³⁷.

Preceitos estritos deram lugar a vetores axiológicos³⁸.

A Constituição retomou o ápice da pirâmide do ordenamento jurídico³⁹.

de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14^a. edição, 2016, página 43)

³⁷ Assim historiam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“Com a incorporação de novos valores sociais e culturais, o positivismo jurídico sofreu uma natural erosão. Curiosamente, a derrocada do positivismo correspondeu à decadência dos regimes fascista na Itália e nazista na Alemanha e, entre nós, correspondeu ao movimento de redemocratização do país. Com uma necessidade de afirmação democrática, o seu declínio era, pois, inexorável... Vivencia-se, contemporaneamente, uma fase pós-positivista. Sem embargo de reconhecer a necessidade de um mínimo de segurança propiciada pelo positivismo, assume-se uma visão crítica e de preocupação social no campo jurídico. Busca-se o Direito como agente de transformação e de participação na sociedade, abandonando a neutralidade e indiferença... É o que vem se denominando de pós-positivismo... Dito de outro modo, o pós-positivismo é a proposta de ultrapassagem de um sistema de legalismo estrito (positivista normativa), sem recorrer ao amplo (perigoso e autoritário) subjetivismo do jusnaturalismo. Sua âncora e a ascensão de valores, maior força de princípios e de direitos fundamentais.”* (Idem, página 38)

³⁸ *“O pós-positivismo coloca o constitucionalismo em substituição ao positivismo legalista, com profundas mudanças em alguns parâmetros, entre elas convém destacar: valores constitucionais no lugar da concepção meramente formal em torno da norma jurídica”* (EDUARDO ASSAGRA DE ALMEIDA. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social in Temas Atuais do Ministério Público, organizadores NELSON ROSENVALD, LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, 6^a. edição, 2016, página 59).

³⁹ A (re)inserção da Constituição no papel de ápice legislativo deveu-se à fragmentação do direito civil em função de fatores sociais, econômicos e geopolíticos crescentes no século XIX, que culminou com a perda, pelo Código Civil, do *status* de Constituição do direito privado, assim sintetizada por GUSTAVO TEPEDINO: *“Os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro... Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito... A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais atingidos pelas dificuldades econômicas, que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens... O Código Civil perde, assim, definitivamente, o seu papel de Constituição do direito privado. Os textos constitucionais,*

Por expressa encampação constitucional⁴⁰, dignidade humana,

paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional...A Teoria Geral dos Contratos já não tende mais às necessidades próprias da sociedade de consumo, da contratação de massa, da contratação coletiva. A Teoria Geral da Propriedade já não responde à pluralidade de situações jurídicas em que se dá o exercício do domínio que, por isso mesmo, se fragmenta. No âmbito do direito comercial, o direito de propriedade, unitariamente concebido, não é suficiente para abranger a cisão operada entre o controle da empresa e a titularidade das ações. Em matéria de responsabilidade, o mesmo se percebe, tornando-se evidente a insuficiência da responsabilidade aquiliana para explicar e solucionar os problemas há muito emergentes, e que se intensificam com o passar dos anos, com o desenvolvimento industrial e tecnológico. Diante de tais circunstâncias, que se reproduzem em diversos países europeus, o Professor Natalino Irti, da Universidade de Roma, anunciou a chamada ‘era da descodificação’, com a substituição do monossistema, representado pelo Código Civil, pelo polissistema, formado pelos estatutos, verdadeiros microssistemas do direito privado...Nesse estado de coisas, segundo a mesma corrente doutrinária, está-se diante de um direito civil fragmentado. Em face dos microssistemas, o Código Civil perde mais e mais a sua posição hegemônica, em nada servindo, por consequência, as propostas de nova codificação, desesperada e vã tentativa de unificar interesses jurídicos múltiplos, díspares, insuscetíveis de recondução a núcleo normativo monolítico...Tal cenário, além de politicamente indesejável, não parece possa ser admitido diante da realidade constitucional, tendo em conta o cuidado do constituinte em definir princípios e valores bastante específicos no que concerne às relações de direito civil, particularmente quando trata da propriedade, dos direitos da personalidade, da política nacional das relações de consumo, da atividade econômica privada, da empresa e da família. Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. De modo que, reconhecendo embora a existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil. Se o Código Civil mostra-se incapaz – até mesmo por sua posição hierárquica – de informar, com princípios estáveis, as regras contidas nos diversos estatutos, não parece haver dúvida que o texto constitucional poderá fazê-lo, já que o constituinte, deliberadamente, através de princípios e normas, interveio nas relações de direito privado, determinando, conseqüentemente, os critérios interpretativos de cada uma das leis especiais. Recupera-se, assim, o universo desfeito, reunificando-se o sistema.” (Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil, 2ª. edição, Editora Renovar, 2001, páginas 04/13). Reduzindo-se à magistral síntese de PAULO BONAVIDES: “Ontem os códigos; hoje as Constituições.” (apud MARCELO NOVELINO. Curso de Direito Constitucional, 16ª. edição, 2021, página 62)

⁴⁰ “...ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III), a solidariedade social (artigo 3º.) e a igualdade substancial (artigo 3º. e 5º.),

solidariedade social, isonomia substancial e efetividade⁴¹ atualmente direcionam funcionalmente o sistema jurídico e os elementos constitutivos do Estado⁴².

Passam a constituir fatores jurídicos.

Modificam as normas inferiores.

Conduzem a exegese⁴³.

In casu, desatualizam dogmas.

Tornam-os ultrapassados.

Urge a reconstrução⁴⁴, portanto.

além da erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos (artigo 3º., III e IV), a Lex Fundamentaliss de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana.” (NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 43)

⁴¹ Na definição de LUÍS ROBERTO BARROSO: *“Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.”* (Interpretação Constitucional como interpretação específica. In Comentários à Constituição do Brasil, 2018, página 52)

⁴² *“Ao vincular a expressão democrática do Estado, para qualificá-lo, todos os valores da democracia (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana) se propagam sobre os elementos constitutivos do Estado e também sobre a ordem jurídica”* (CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY. 20 anos de Constituição: O Novo Ministério Público e Suas Perspectivas no Estado Democrático de Direito. In Temas Atuais de Ministério Público, 6ª. edição, 2016, página 40). *“Como adverte BOBBIO, o século XX foi a ‘era dos direitos’, e o século XXI pretende-se como a ‘era da efetividade dos direitos.’* (apud NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 57).

⁴³ No mesmo sentido parecer perfilhar GUSTAVO TEPEDINO: *“Se o direito é realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado...As normas do Código Civil que disciplinam a titularidade e o exercício de direitos devem ser interpretadas tendo em conta a centralidade dos valores constitucionais, em especial a dignidade humana e a primazia das situações existenciais.”* (idem, página 294/295).

⁴⁴ Na lição de PAULO NADER, não é concebível que o Direito fique estratificado na forma e no conteúdo, em velhas fórmulas, úteis no passado, ou, textualmente, *“ao intérprete cumpre fazer uma interpretação atualizadora. Não significa alterar o espírito da lei, mas transportar o critério da época para o presente...O trabalho é apenas de atualização...O Direito, por definição, deve ser um reflexo da realidade social. Ora, se a realidade evolui e a lei se mantém estática, o Direito perde a sua força”* (idem, página 283)

O foco deste articulado é o dogma interventivo indiscriminado.

Mas há outro dogma, *prejudicial*⁴⁵.

Diz respeito à compreensão da teoria geral das incapacidades.

Também deve ser reconstruído.

Vejamos novamente.

Dicotomia entre incapacidade absoluta e relativa.

Esse o dogma vigente sob a égide do Código Civil de 1916.

Com a promulgação da atual Constituição, passou a ser condenado por expressiva parcela da literatura⁴⁶.

⁴⁵ O termo *prejudicial* é aqui utilizado em sua acepção processual, isto é, uma questão que deve ser examinada antes, por influenciar o teor da solução para a questão subordinada (conforme FREDIE DIDIER JUNIOR. Curso de Direito Processual Civil, volume 1, Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, 20ª. edição, 2018, página 514/515)

⁴⁶ Nesse sentido se posicionaram, por exemplo, CÉLIA BARBOSA ABREU: “...do Judiciário brasileiro pode e deve ser cobrada uma nova postura diante dos pleitos de interdição para uma maior atenção quanto aos direitos humanos fundamentais dos requeridos” (A Curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de Joyceane Bezerra de Menezes, 2ª. edição, 2020, página 611), GUSTAVO TEPEDINO e MILENA DONATO OLIVA: “A consolidação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, III, CRFB) e vértice do ordenamento jurídico impõe a (re)leitura das normas e institutos de direito civil, que passam a ser funcionalizados à tutela e promoção da pessoa. Para que tal objetivo possa ser alcançado, faz-se necessário reconhecer a pessoa em concreto, superando-se, assim, o paradigma formal e abstrato do sujeito de direito para adentrar na tutela da personalidade nas suas mais variadas configurações. Tal hermenêutica emancipatória, subsidiada pelos princípios da isonomia substancial e da solidariedade social, propõe-se a revisitar, em boa hora, o regime das incapacidades, cuja ratio, voltada à proteção do incapaz, não deve encontrar limitação no modelo abstrato e formal que categoriza, sem temperamentos, incapacidades absolutas e relativas. Nessa direção, deve-se privilegiar a modulação dos efeitos da incapacidade no caso concreto, repudiando-se a restrição indevida à autonomia, notadamente no exercício das situações existenciais.” (Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas, 2ª. edição, 2020, página 309/310), PIETRO PERLINGIERI: “A falta de aptidão para saber entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de modo que a incapacita naturale construída, do ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata pode se traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não responde à efetiva não-idade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para se orientar em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, de um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos, nos quais

pretender armazenar a variedade do fenômeno do déficit psíquico; por outro lado, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do portador de deficiência de maneira abstrata e, por isso, rígida, propondo estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.” (apud GUSTAVO TEPEDINO e MILENA DONATO OLIVA. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional. In Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas, 2ª. edição, 2020, página 303), NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: “Conclua-se esse ponto com uma oportuna crítica centrada na justificativa do legislador-codificador de que a proteção ao incapaz é fruto de sua falta de discernimento para administrar pessoalmente os seus ‘interesses’, tomando o conceito de forma simplória, em sentido patrimonial. Veja-se que os exemplos emprestados pela doutrina clássica sempre gravitaram em torno da proteção patrimonial, olvidando outras perspectivas. Enclausura-se, por conseguinte, o incapaz no seu aspecto patrimonial, como se fosse esse o seu valor preponderante. ‘O Código Civil ainda mantém essa visão patrimonialista para justificar a restrição de poder para algumas pessoas poderem atuar na vida jurídica, manifestando ou exteriorizando, pessoalmente, a sua própria vontade’, como ressalta Daniel Eduardo Carnaccioni. Por isso, apresenta-se imperioso repensar o regime das incapacidades, ‘especialmente quando estiverem em jogo situações jurídicas existenciais envolvendo o próprio desenvolvimento humano do indivíduo’, na pertinente observação de Rafael Garcia Rodrigues. É que se detecta uma disparidade injustificável, um verdadeiro despautério jurídico. Afastar um sujeito da titularidade de seus direitos, obstando-lhe a prática de quaisquer atos da vida civil e dos próprios direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, concedendo-lhe tutela tão-somente aos interesses patrimoniais, a ser efetivada por intermédio de terceiros (o representante legal ou assistente), relegando a um segundo plano os seus interesses existenciais. Daí a necessidade premente de dedicar-se proteção jurídica à pessoa humana sob a perspectiva do que ela é, e não pela ótica do que ela tem. O advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência é alvissareiro, a descortinar um novo tempo que, apesar dos perigos, decorrentes dos equívocos e imperfeições técnicas (como no tratamento da fluência da prescrição contra o relativamente incapaz, por exemplo), revela um tempo de proteção à dignidade de todos os humanos. Com isso, é preciso que a norma estatutária sirva de balizamento para um compromisso do jurista do novo tempo com o instituto da curatela, de modo a compreendê-lo como vocacionado à proteção da pessoa incapacitada, promocional de sua dignidade, e não reducionista de sua vontade. Não se pode pensar que a simples decretação da curatela, por si só, já é suficiente para proteger um incapaz. Ao revés, deve o juiz reconhecer a possibilidade do exercício de determinadas situações, fundamentalmente existenciais, pelo incapaz, garantindo os seus direitos e a sua cidadania. Tanto é verdadeiro que o artigo 758 do Código de Processo Civil de 2015 é alvejante ao disparar que o ‘curador deverá buscar tratamento e apoio apropriados à conquista da autonomia pelo interdito’, deixando antever uma preocupação com a situação existencial da pessoa, ao estimular, a toda evidência, a sua recuperação da plena capacidade e autodeterminação de sua vontade.” (Curso de Direito Civil, Famílias, volume 6, 8ª. edição, 2016, página 949/950), GLAUBER SALOMÃO LEITE: “O regime jurídico da capacidade civil da pessoa com deficiência mental ou intelectual, nos moldes concebidos atualmente, permanece atrelado a um anacrônico viés patrimonialista, resultado de uma visão distorcida da matéria, divorciada dos valores e princípios constitucionais. A Constituição Federal de 1988 alçou a pessoa humana ao centro do ordenamento jurídico, por ter estabelecido clara prioridade na tutela jurídica dos valores existenciais, sobrepondo-se aos

Exigia a doutrina a definição da curatela na extensão da específica necessidade do incapaz⁴⁷.

interesses patrimoniais...Decorre daí o que a doutrina convencionou chamar de fenômeno da repersonalização do direito, em que todos os institutos jurídicos devem ser funcionalizados de modo a promover a máxima proteção da dignidade humana....Em que pesem os novos paradigmas constitucionais, o regime da capacidade do exercício, no âmbito do Código Civil, mantém-se calcado na tutela do patrimônio do incapaz...Em outras palavras, as restrições ao exercício da capacidade civil para fins negociais acabam por restringir igualmente o exercício de direitos não econômicos, relativos ao nome, à saúde, à integridade física, ao credo religioso, à intimidade, à educação, a questões afetivas e familiares...“É flagrante que o regime jurídico da capacidade civil está em descompasso com a nova tábua de valores da Constituição Federal. Por isso mesmo, é indispensável uma releitura do instituto, que condicione a interdição civil e a curatela à máxima proteção das situações existenciais que envolvem o incapaz, sob pena de inconstitucionalidade.” (O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência. In Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 1ª. edição, 2ª. tiragem, 2013, páginas 313, 314 e 320) e WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO: *“Verifica-se, assim, que, após o advento da Constituição de 1988, com os novos princípios e as regras fundamentais encartados nesta, começou a ser discutido doutrinariamente a necessidade de uma revisão da teoria das incapacidades. Essa discussão ficou mais intensa principalmente com a decepção das mudanças esperadas e não contempladas, como alguns equívocos trazidos, pelo Código Civil de 2002, que não se adequou a ideologia constitucionalmente adotada, principalmente com relação ao atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade material, da liberdade e dos respectivos direitos da personalidade.”* (Comentários do Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2ª. edição, 2019, página 422)

⁴⁷ “É necessário que, no processo de interdição, a referência seja não apenas a pessoa na qualidade de sujeito da relação jurídica, movida apenas pela necessidade de praticar negócios jurídicos, mas que tome por base a pessoa como ser humano, rica em detalhes, multidimensional e dotada de indissociável dignidade.” (GLAUBER SALOMÃO LEITE, idem, página 317). Há quem sustente que a crítica persiste mesmo após a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, como noticiam ANTONIO LAGO JUNIOR e AMANDA SOUZA BARBOSA: *“(José Fernando) Simão mapeou uma série de impactos do EPCD no regime de incapacidades que demandarão respostas da doutrina. Refere que, em determinadas situações, há um descompasso entre a realidade e a lei civil. Pessoas com deficiência mental profunda, que seriam consideradas absolutamente incapazes conforme o regime anterior, passam a ser consideradas capazes. Ainda que seja nomeado curador, somente poderá assistir o curatelado, o que ocasiona um descompasso já comentado. O autor sugere que, em casos como esse, o magistrado deverá declarar a incapacidade absoluta, para que a representação seja possível. Conclui que o EPCD gera danos àqueles que precisariam de representação, e não de assistência...Diante do regime inaugurado pelo EPCD, Basile questiona: Como uma pessoa inconsciente, que sobreviva em estado vegetativo, poderá agir na sua nova condição de relativamente capaz? Se ela não se comunica de modo algum, como saber qual é a sua intenção e como ela praticará um ato formal?”* (Primeiras Análises sobre o sistema

A jurisprudência não soube reagir a essa consistente crítica.

Com raras exceções⁴⁸, predomina, ao menos regionalmente⁴⁹, o entendimento segundo o qual a curatela deve tutelar questões patrimoniais, exclusivamente.

de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015. In Revista de Direito Civil Contemporâneo, volume 8, 2016) e expressamente sustenta WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO: *“Era premente e necessário, na seara civil e dos direitos da personalidade, que se revisasse a teoria das incapacidades concebida no Brasil ainda com base no vetusto Código Civil de 1916 e que se repetiu no de 2002.”* (Comentários do Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2ª. edição, 2019, página 422)

⁴⁸ Agravo de instrumento nº 2073009-05.2016.8.26.0000, relatora desembargadora ANGELA LOPES, 9ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, julgado em 23.05.17.

⁴⁹ 6ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1007966-58.2017.8.26.0223, relator desembargador MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES, julgado em 25.10.21; 3ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1004808-19.2020.8.26.0223, relator desembargador JOÃO PAZINE NETO, julgado em 13.07.22; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1000449-02.2017.8.26.0223, relator desembargador J.B. PAULA LIMA, julgado em 21.01.21; 4ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1002722-75.2020.8.26.0223, relatora desembargadora MARCIA DALLA DÉA BARONE, julgado em 25.05.22; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 0005665-50.2012.8.26.0223, relator desembargador ELCIO TRUJILLO, julgado em 21.10.19; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1006539-82.2017.8.26.0223, relator desembargador PENNA MACHADO, julgado em 23.09.19; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1001506- 98.2017.8.26.0486, relator desembargador ELCIO TRUJILLO, julgado em 30.10.20; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelação nº 1005936-93.2017.8.26.0292, relator desembargador COELHO MENDES, julgado em 14.08.18; 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Apelação Cível nº 1007355-30.2018.8.26.0223, relatora desembargadora SILVIA MARTINEZ, julgado em 20.08.20.

Essa *exclusividade*, em síntese, em nossa inteligência, fez substituir uma regra - absoluta, abstrata⁵⁰ ou engessada⁵¹ - por idêntica, igualmente engessada.

Antes, a curatela abarcava todos os atos da vida civil.

Agora, alcança somente os atos de contornos patrimoniais.

O espírito nunca foi esse⁵².

⁵⁰ A terminologia é usada por GUSTAVO TEPEDINO e MILENA DONATO OLIVA: “É de se destacar, nesse contexto, a recente promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), elaborado em consonância com a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD), que possui status constitucional no direito brasileiro. A norma tem por objetivo revistar o modelo abstrato das incapacidades no que concerne aos portadores de deficiência, devendo-se verificar, no caso concreto, em que medida estes necessitam de especial amparo, de maneira a tutelar adequadamente sua condição de vulnerabilidade sem alijá-los do controle de sua vida.” (Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, 2ª. edição, 2020, página 294/295)

⁵¹ O termo é usado por GLAUBER SALOMÃO LEITE ao justamente propor uma “releitura constitucionalizada da curatela da pessoa com deficiência mental ou intelectual, que tenha como cerne a valorização da dignidade humana” em que “a curatela passa a ser realmente individualizada, de modo que a interdição limite apenas os atos que a pessoa com deficiência efetivamente esteja inabilitada de praticar, mediante avaliação pormenorizada de cada caso”, fugindo-se, assim, “da sistemática formalista adotada atualmente, que, fruto de uma normativa ‘engessada’ e distante da realidade, traduz-se em um regime mecânico, baseado na dicotomia ‘incapacidade absoluta = curatela total’ e ‘incapacidade relativa = curatela parcial’.” (Idem, página 317/318). A crítica foi feita sobre o texto codificado anteriormente ao início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, porém a crítica se mantém pertinente e atual dentro do contexto retratado neste artigo.

⁵² A crítica a esse engessamento, revelador de uma dualidade, parece ser advogada por PIETRO PERLINGIERI: “É necessário superar a rígida separação, que se traduz em uma fórmula alternativa jurídica, entre minoridade e maioridade, entre incapacidade e capacidade (...) A contraposição entre capacidade e incapacidade de exercício e entre capacidade e incapacidade de entender e de querer, principalmente nas relações não patrimoniais, não corresponde à realidade: as capacidades de entender, de escolher, de querer são expressões da gradual evolução da pessoa que, como titular de direitos fundamentais, por definição são transferíveis a terceiros, deve ser colocada na condição de exercê-los paralelamente à sua efetiva idoneidade, não se justificando a presença de obstáculos de direito e de fato que impedem o seu exercício...” (apud GLAUBER SALOMÃO LEITE, idem, página 315). No mesmo sentido professam ANA CAROLINA BROCHADO TEIXEIRA e RENATA DA LIMA RODRIGUES: “A incapacidade deve ser sempre construída e delimitada apenas diante do caso concreto, fator que obriga a reestruturação do regime das incapacidades que, em uma profunda mudança de perspectiva, impõe o fim de categorias apriorísticas. Ou seja, não podemos preceituar que certas pessoas, porque enfermas ou deficientes, são absolutamente ou relativamente incapazes de maneira abstrata. Essas restrições à capacidade de exercício e à autonomia dos indivíduos só podem ser realizadas a partir de questões devidamente problematizadas

Justifica-se.

Em primeiro lugar, essa posição não encontra esteio no direito civil constitucional⁵³, muito ao revés disso.

e legitimamente reconstruídas no caso concreto.” (A renovação do instituto da curatela e a autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: uma reflexão a partir da esterilização de pessoa maior e incapaz. In O Direito de Família entre a norma e a realidade, 2010)

⁵³ Nesse sentido parece-nos a contundente crítica de GLAUBER SALOMÃO LEITE, inclusive para alcançar a vigente codificação civil: *“Esperava-se que com a revogação do Código Civil de 1916, o regime jurídico da capacidade civil sofresse bem-vinda atualização. Entretanto, adveio em 2022 o Código Civil atual, mas a matéria continuou assentada em elementos ultrapassados e, mais grave, em claro descompasso com a sistemática personalista contida na Constituição Federal de 1988. Para o Código Civil vigente, pessoa é tão somente aquele que participa da relação jurídica, o sujeito de direitos. A definição de pessoa, portanto, é marcadamente formal, distante da realidade...Essa definição artificial de pessoa levou a um tratamento jurídico também distante e formal da capacidade civil. Com isso, a proteção da capacidade deixa de ser um instrumento de tutela da personalidade, aqui compreendida como valor jurídico, para figurar como meio de resguardo de interesses estritamente patrimoniais. Significa, portanto, um tratamento jurídico inadequado e anacrônico da capacidade civil.”* (O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência in Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 1ª. edição, 2ª. tiragem, 2013, Editora Saraiva, página 302/303). No mesmo sentido a posição de WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO: *“Cabe também refletirmos que, no caso das incapacidades absolutas, existirá casos excepcionalíssimos de aplicação a pessoas com deficiência efetiva e comprovadamente impedidas em todos os seus sentidos e nos atos de exercício da cidadania. Nesses casos excepcionais, não podemos simplesmente fazer uma interpretação literal da lei, não cabendo a aplicação da norma a uma leitura pura e simples do dispositivo legal, pois o direito, por ser mutável e flexível no tempo e no espaço, irá se adequar às necessidades da sociedade de seu tempo e ao ambiente em que vigora, caso contrário não terá sentido nem aplicação. Diante disso, teremos que nos utilizar dos vários métodos de interpretação jurídica, desde o semântico, passando pelo sistemático, o histórico, o teleológico, o integrativo e o progressivo, para achar a melhor forma de aplicar a norma ao caso concreto, seja para garantir a autonomia e/ou proteção da pessoa com deficiência.”* (Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2ª. edição, 2019, página 426). Oportuno esclarecer que se rotula *direito civil constitucional* a corrente de pensamento que promoveu a releitura do direito civil a partir da perspectiva constitucional inaugurada pela Carta Magna de 1988. Nesse sentido a lição de NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: *“A expressão Direito Civil Constitucional quer apenas realçar a necessária releitura do Direito Civil, redefinindo as categorias jurídicas civilistas a partir dos fundamentos principiológicos constitucionais, da nova tábua axiológica fundada na dignidade da pessoa humana (artigo 1º., III), solidariedade social (artigo 3º. III) e na igualdade substancial (artigos 3º. e 5º.). Ou seja, a Constituição promoveu uma alteração interna, modificando a estrutura, o conteúdo, das categorias jurídicas civis, e não apenas impondo limites externos.”* (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 67).

Em segundo lugar, a tese majoritária parece adotar a sabidamente insegura⁵⁴ interpretação literal.

⁵⁴ Não se nega a literalidade e a clareza do §4º do artigo 85 da Lei Brasileira de Inclusão. Incide, aqui, no entanto, a contundente crítica de CARLOS MAXIMILIANO sobre o adágio *in claris cessat interpretatio*: “Disposições claras não comportam interpretação – Lei clara não carece de interpretação – Em sendo claro o texto, não se admite pesquisa da vontade – famoso dogma axiomático, dominador absoluto dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as ideias triunfantes na atualidade...O mal de argumentar somente com adágios redundando nisto: tomam-nos a esmo, isolados do repositório em que regiam muitas vezes casos particulares, e, descuidadamente, generalizam disposição especial. Quem abra o Digesto, logo observa que a máxima de Paulo só se refere a testamentos, revela um respeito, talvez exagerado, pela última vontade; evita que lhe modifiquem a essência, a pretexto de descobrir o verdadeiro sentido da fórmula verbal...No campo legislativo, embora perfeita a forma, cumpre descer ao fundo, à ideia. Prevalece ali o ensinamento de Celso: *scire legis non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – ‘saber as leis não é conhecer-lhes as palavras, porém a sua força e poder, isto é, o sentido e o alcance respectivos...Entretanto, com o transcorrer do tempo, um processo útil quando empregado com o necessário critério redundou em danoso abuso...Os domínios da Hermenêutica se não estendem só aos textos defeituosos; jamais se limitam ao invólucro verbal: o objetivo daquela disciplina é descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação...A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se conchegam e escondem várias ideias, valores mais amplos e profundos de que os resultantes da simples apreciação literal do texto. Não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermenêuta precisamente adaptar o texto rígido aos fatos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevistos. Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elasticidade, alcance, utilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém contínuas, da evolução. O conceito de clareza é relativo: o que a um parece evidente, antolha-se obscuro e dúbio a outro, por ser este menos atilado e culto, ou por examinar o texto sob um prisma diferente ou diversa orientação...Que lei é clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma intenção efetiva desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo. Demais, se às vezes à primeira vista se acha translúcido um dispositivo, é pura impressão pessoal, contingente, sem base sólida. Basta recordar que o texto da regra geral quase nunca deixa de pressentir a existência de exceções; logo o alcance de um artigo de lei se avalia

A Hermenêutica claramente recomenda a preferência pela interpretação sistemática⁵⁵, sobretudo porque prestigiadora dos valores constitucionais.

*confrontando-o com outros, isto é, com aplicar o processo sistemático de interpretação...É sobretudo com as regra positivas bem-feitas que o intérprete desempenha o seu grande papel de renovador consciente, adaptador das fórmulas vetustas às contingências da hora presente, com apreçar e utilizar todos os valores jurídico-sociais – verdadeiro sociólogo do Direito.” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 20ª. edição, 2011, páginas 27, 29/32). Sobre interpretação gramatical ou filológica, prossegue o mestre na crítica: “A interpretação verbal fica ao alcance de todos, seduz e convence os indoutos, impressiona favoravelmente os homens de letras, maravilhados com a riqueza de conhecimentos filológicos e primores de linguagem ostentados por quem é, apenas, um profissional do Direito. Como toda meia ciência, deslumbra, encanta e atrai; porém, fica longe da verdade as mais das vezes, por envolver um só elemento de certeza, e precisamente o menos seguro. Não se desdenhe, em absoluto, um tal processo; cumpre empregá-lo, porém, com a mais discreta cautela, para evitar o que os alemães denominam Silbenstecherei – logomaquia, esmerilhação pedantesca, disputa palavrosa e oca. Quem só atende à letra da lei, não merece o nome de juriconsulto; é simples pragmático (dizia Vico)...Nada de exclusivo apego aos vocábulos. O dever do juiz não é aplicar os parágrafos isolados, e, sim, os princípios jurídicos em boa hora cristalizados em normas positivas. Também a equidade se contrapõe ao processo meramente literal, que é ‘maliciosa perversão da lei’. Como o Direito evolve e a finalidade varia, altera-se o sentido das normas sem se modificar o texto respectivo; portanto a interpretação exclusivamente filológica é incompatível com o progresso. Conduz a um formalismo retrógrado; não tem a menor consideração pela desigualdade das relações da vida, à qual deve o exegeta adaptar o sentido da norma positiva...O processo gramatical será o primeiro na ordem metódica, em a gradação tradicional; porém não em valor, importância: interpretação, por excelência, é a que se baseia no elementos ideológico...Em conclusão: nunca será demais insistir sobre a crescente desvalia do processo filológico, incomparavelmente inferior ao sistemático e ao que invoca os fatores sociais, ou o Direito Comparado...Só os ignaros poderiam, ainda, orientar-se pelo suspeito brocardo – verbis legis tenaciter inhaerendum – ‘apeguemo-nos firmemente às palavras da lei. Ninguém ousa invocá-lo; nem mesmo quem de fato o pratica... Retrógrada e indefensável é a supremacia da interpretação judaica.” (idem, páginas 92, 97, 98 e 100). Assim também se postam NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: “é o mais pobre dos métodos interpretativos, sendo, não raro, repellido até mesmo pela lei”, esclarecendo, em nota de rodapé: “Dispara, com propriedade, o artigo 112 do Código Civil que, nas declarações de vontade, mais se atenderá à real intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.” (Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, página 121). Também rejeitando o princípio *in claris cessat interpretatio*, preleciona MIGUEL REALE: “Ao lado desses adágios, de inegável alcance prático, outros há que são a fossilização do erro, como, por exemplo: *intepretatio cessat in claris* (dispensa-se a interpretação quando o texto é claro); *testis unus, testis nullus* (uma testemunha não faz prova). O que demonstra com quanto cuidado devem ser acolhidas as lições das máximas jurídicas antigas ou modernas.” (idem, página 315)*

⁵⁵ Embora o comentário de GLAUBER SALOMÃO LEITE tenha sido feito sobre o texto codificado

A curatela deve ser definida na exata extensão da específica necessidade do incapaz, podendo contemplar situações existenciais quando excepcional situação de fato assim ensejar, sempre guiado pelo princípio da beneficência⁵⁶.

Esse o dogma adequado à atual quadra histórico-normativa.

É defendido por expressiva parcela da doutrina⁵⁷.

anteriormente ao início da vigência da Lei Brasileira de Inclusão, ele permanece pertinente e atual: *“Isso se deve, basicamente, a uma leitura assistemática desses institutos, insistentemente submetidos apenas aos ditames consagrados no Código Civil vigente, que, nessa seara, continuam os mesmos que inspiraram os Códigos do século XIX, que priorizavam a tutela jurídica patrimonial em detrimento da proteção da dignidade humana.”*

⁵⁶ Isto é, *“segundo os padrões respeitáveis à dignidade da pessoa humana e os direitos do curatelado, na tentativa de atender, sempre que possível, às suas inclinações e relações afetivas.”* (JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição da vontade ao modelo de apoios. In Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas, 2ª. edição, 2020, página 598)

⁵⁷ Nesse sentido compreendem HELOISA HELENA BARBOZA e VITOR ALMEIDA: *“É importante observar que deve ser deferida de modo ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso’, de acordo com o mesmo dispositivo. Por conseguinte, não serão razoáveis decisões genéricas, que confiram amplos poderes de disposição ou comprometimento de bens para pessoa de patrimônio diminuto. O mesmo deve-se dizer em relação às pessoas que se encontrem impedidas de exprimir sua vontade, em situações sabidamente temporárias, como as que decorrem de tratamento médico ou cirúrgico. É de todo indispensável observar com minúcia as circunstâncias e necessidades de cada caso, para que se encontre a proporção que atenda o melhor interesse do curatelado. Igualmente nessa linha, a afirmativa de que os direitos existenciais da pessoa curatelada são intangíveis, há de ser entendida nos limites da razoabilidade. O respeito a esses direitos não significa abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las, por causas físicas ou mentais. Não seria razoável permitir que pessoa com deficiência mental se auto amputasse, a pretexto de lhe assegurar o direito sobre o próprio corpo. Certamente, porém, haverá situações em que o curador deverá tomar providências que impliquem interferência no corpo do curatelado, por exemplo, para cuidar de sua saúde. O curador não tem (e nem terá) poder sobre o corpo do curatelado. Em geral, interferências severas sobre o corpo da pessoa sob curatela eram realizadas com autorização judicial, como a esterilização de mulheres com deficiência mental. A manutenção deste tipo de procedimento se admite, contudo, sob novos princípios, dentre os quais se destaca o respeito à vontade do curatelado o quanto possível. Medidas irreversíveis de qualquer natureza, especialmente as físicas, como amputações ou esterilizações, somente se justificam diante da falta de alternativa e quando de todo indispensáveis à preservação da vida e da saúde do curatelado. O juiz, o Ministério Público e o curador serão os responsáveis diretos pelo respeito aos direitos do curatelado. Neste sentido, foi aprovado o Enunciado n° 637, da VIII Jornada de Direito Civil, que estabelece “[...] a possibilidade de outorga ao curador de poderes de representação*

para alguns atos da vida civil, inclusive de natureza existencial, a serem especificados na sentença, desde que comprovadamente necessários para proteção do curatelado em sua dignidade. O exercício de outros direitos existenciais, como a sexualidade-reprodução e o casamento, também não afetados pela incapacidade, não exige autorização judicial, como indica a redação do §2º acrescido ao artigo 1.550 do Código Civil, pelo Estatuto, segundo o qual ‘a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia (sic) poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador’. Permita-se repetir aqui as ressalvas anteriormente feitas no sentido de que o respeito a esses direitos não significa o abandono da pessoa a suas próprias decisões, quando se sabe não haver evidentemente condições de tomá-las, por causas físicas ou mentais. Embora as situações existenciais em pauta devam ser analisadas com bastante cautela para que não haja cerceamento de direitos, o eventual recurso ao Judiciário é admissível em nome da proteção da pessoa com deficiência.” (A Capacidade Civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, 2ª. edição, 2020, páginas 332/333), GILBERTO FACHETTI SILVESTRE, GABRIELA AZEREDO GUSSELLA e GUILHERME VALLI DE MORAES NEVES: “Ademais, o legislador nivelou todos os tipos de deficiência mental, ignorando o fato de que ‘existem diferentes níveis de incapacidade intelectual, sendo alguns casos extremamente graves, estando o indivíduo absolutamente inabilitado para compreender e discernir qualquer ato da vida civil” (O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015 in Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017, página 39), HELOISA HELENA BARBOZA e VITOR ALMEIDA: “Um ordenamento jurídico que tem como princípio fundante a dignidade humana não pode admitir tais situações de constrangimento, salvo em casos excepcionalíssimos e sempre e exclusivamente quando for o único procedimento capaz de melhorar efetivamente as condições de vida ou de saúde da pessoa com deficiência ou não, ou ao menos evitar ou diminuir seu sofrimento...O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a sua consequente submissão à curatela é medida extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção. É importante observar que deve ser deferida de modo ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso’ e ‘no menor tempo possível’. Neste cenário, a curatela assume um novo perfil em nosso ordenamento, na medida em que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não sendo alcançados o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. No entanto, há de se ressaltar que em situações extremas e irreversíveis pode o curador recorrer ao juiz para a solução de eventual conflito de interesse entre a decisão de cunho existencial da pessoa curatelada e o curador, sempre em busca do melhor interesse da pessoa com deficiência.” (A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. In Direito das Pessoas com Deficiência e Intelectual nas Relações Privadas, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, 2ª. edição, 2020, página 329 e 340/341), CÉLIA BARBOSA ABREU: “Ainda sobre a curatela, urge comentar o artigo 85, quando o legislador, no caput, estatui que a curatela afetará somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. Esta determinação, entretanto, parece seguir a linha lógica do artigo 1.780, Código Civil/2002, porém é questionável no plano prático. Afinal, nada impede que uma pessoa com deficiência necessite de cuidados de ordem existencial...Em decorrência, tem se afirmado que não mais

Dirimida a questão prejudicial, tornamos à análise ao dogma interventivo indiscriminado.

A vigente Constituição Federal trouxe nova tábua axiológica⁵⁸.

A inerente supremacia dela fez irradiar esses valores por todo o sistema⁵⁹.

existe interdição total, o que se teria, em realidade, seria uma ‘curatela de maior extensão’ para os casos mais graves, tais como o de uma pessoa idosa ou jovem em estágio avançado de Alzheimer ou o de alguém em coma. Isto parece um eufemismo, eis que em situações estes indivíduos terão que ser representados, sem mencionar que a Lei n° 13.146/2015 não revogou o artigo 9° do Código Civil, o qual no seu inciso III faz menção ao registro da interdição ‘absoluta’ ou relativa.” (A curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o estatuto da pessoa com deficiência e o novo CPC. In Direito das Pessoas com Deficiência e Intelectual nas Relações Privadas, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, 2ª. edição, 2020, página 624/625), GLAUBER SALOMÃO LEITE: *“Para estar em conformidade com a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, portanto, a curatela tem de ser individualizada, proporcional ao transtorno mental do interdito, restrita exatamente aos atos que, em razão da deficiência, a pessoa se encontre impossibilitada de praticar com segurança, mas sempre levando em consideração a vontade e os anseios do incapaz, sob pena de violação de seus direitos fundamentais.”* (idem, página 319) e WALDIR MACIEIRA DA COSTA FILHO: *“Obviamente, tratando-se a interdição de medida protetiva, em casos excepcionais, de pessoas com deficiência grave, desprovidas totalmente de discernimento e possibilidades de exercício de todos os seus direitos, por exemplo, uma pessoa em estado vegetativo prostrado em uma cama hospitalar, sem condições de exprimir nenhuma vontade, teremos um processo de interdição de modo a considerá-la como absolutamente incapaz, mas sempre a partir de uma interpretação sistemática e integrativa e levando em conta os direitos humanos e os princípios constitucionais.”* (Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, 2ª. edição, 2019, página 429)

⁵⁸ Assim noticiam LÊNIO LUIZ STRECK e JOSÉ LUIS BOLZAN DE MORAIS: *“...A Constituição, enquanto explicitação do pacto de (re)fundação da sociedade ocorrido a partir de um legítimo processo constituinte, define um novo modelo de nação, impondo perceber o artigo 3º. da Constituição do Brasil como estabelecedor dos parâmetros constitucionais para a verificação da compatibilidade da atividade estatal em face dos desígnios teleológicos que define. Mais do que procedimentos, a Constituição instituidora do Estado Democrático de Direito apresenta, a partir de uma revolução copernicana do direito constitucional, a determinação da realização substantiva dos direitos sociais, de cidadania e aqueles relacionados diretamente à terceira dimensão dos direitos. Para tanto, o Direito assume uma nova feição: a de transformação das estruturas da sociedade.”* (Comentários à Constituição do Brasil, 2ª. edição, 2018, página 154)

⁵⁹ *“...a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a*

Delinearam-no e informaram-no.

Sobretudo por expressamente integrar esse refundado sistema, o Ministério Público não pode – nem deve – ficar imune à tábua axiológica inaugurada⁶⁰.

Os contemporâneos valores constitucionais foram elevados à condição de vetores de atuação institucional, por isso⁶¹.

Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.” (LUÍS ROBERTO BARROSO apud EDUARDO ASSAGRA DE ALMEIDA, idem, página 61). No mesmo sentido o entendimento de EDUARDO ASSAGRA DE ALMEIDA: “Em tempos atuais, está sedimentado o entendimento de que a Constituição possui força normativa irradiante sobre toda ordem jurídica a ela vinculada.” (Idem, página 56)

⁶⁰ Assim nos parece a orientação de EDUARDO ASSAGRA DE ALMEIDA: “A CR/1988 valorizou o Ministério Público, seus princípios, atribuições e garantias constitucionais, da mesma forma que valorizou os direitos constitucionais fundamentais arrolados no seu Título II. Ela consignou expressamente, em rol exemplificativo, várias atribuições ao Ministério Público no artigo 129. A leitura do artigo 129 deve estar unida à do artigo 127, que é a cláusula-mãe do Ministério Público, sendo que a leitura do artigo 127, por sua vez, está associada à do artigo 1º. da Constituição Federal, que estatui o Estado Democrático de Direito”. (Idem, página 78). Nesse sentido parece convergir CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY: “O artigo 127, caput, da Constituição, ao (re)definir a Instituição (velha conhecida da sociedade, especialmente em virtude da acusação penal), modificou-lhe a essência. Numa mudança conceitual e paradigmática nunca antes vista...Face a tal modificação conceitual, instituída pelo novo regime constitucional, determinadas concepções (voltadas ao passado), acerca de suas tradicionais atribuições não se coadunam com o novo paradigma democrático, devendo-se compreender as funções ministeriais em consonância com as transformações operadas pelo sistema constitucionais vigente..Tal mister confere ao Ministério Público a função de guardião da Constituição, de seus princípios, dos valores, dos deveres e direitos fundamentais que consagra, configurando, assim, a própria tradução e síntese da função de garante da legalidade democrática.” (Idem, páginas 44/45)

⁶¹ Nesse sentido parece se orientar EDUARDO ASSAGRA DE ALMEIDA: “A multifuncionalidade dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais é hoje o caminho necessário para a compreensão e a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados expressamente no artigo 3º. da CF1988, os quais, em síntese, formam o princípio constitucional da transformação positiva do social, eixo que deverá conduzir a atuação de todas as Instituições de defesa dos direitos fundamentais, especialmente do Ministério Público, que é constitucionalmente fiscal da própria ordem jurídica (artigo 127, caput, da CR/1988)...O Estado Democrático de Direito, diferentemente das outras formas de Estado, tem um compromisso nuclear: transformar a realidade social na busca da igualdade material quanto ao acesso efetivo a bens e outros valores. Essa transformação da realidade social com justiça é também compromisso do Ministério Público como defensor do regime democrático...Entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estão a

O Ministério Público assume a função de defesa desses valores.

A literatura aponta claramente nesse sentido⁶².

Prosegue-se.

Em seu viés interventivo, outorgou-se ao Ministério Público a defesa de interesse.

Mas não qualquer interesse.

Interesses indisponíveis⁶³.

Eis o critério interventivo.

O termo *indisponíveis* não é mencionado em nenhum outro dispositivo constitucional, tampouco definido⁶⁴.

criação de uma sociedade livre, justa, solidária, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais. Tendo em vista que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e que o Ministério Público é defensor do regime democrático, todos esses objetivos, elencados expressamente no artigo 3º. da CF/88, também vinculam o Ministério Público...A base da especificação funcional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Qualquer espécie de atuação institucional deve estar atrelada a essas diretrizes constitucionais. As atribuições arroladas no artigo 129 da CF estão em perfeita correlação com o artigo 127, caput, da CR/1988.” (Idem, páginas 72, 86, 96 e 102)

⁶² Nas oportunas palavras de CLÊMERTON MERLIN CLÈVE: “É preciso sintonizar a legislação com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as consequências da filtragem constitucional, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e o futuro” (apud CARLOS ROBERTO DE CASTRO JATAHY, idem, página 45). Nesse sentido parece convergir HERMES ZANETI JUNIOR: “Por sua específica matriz constitucional, o Ministério Público é uma instituição independente, autônoma e especializada de garantia dos direitos fundamentais, com a função de controlar os poderes do mercado (privados) e do Estado (públicos), quando estes ultrapassarem a barreira dos limites (direitos de liberdade, proibição de excesso – esfera do ‘não decidível’) e vínculos (direitos sociais, proibição de proteção deficiente ou insuficiente – esfera do ‘não decidível que não’). Este é o sentido correto a ser dado ao texto do artigo 127, caput, combinado com o artigo 129, II, III, IV e IX, CRFB/88, ao definirem os deveres-poderes e as funções do Ministério Público, este é o sentido que deve ser dado como vetor interpretativo deste capítulo do CPC/2015.” (Idem, página 410)

⁶³ Artigo 127, caput, da Constituição Federal.

⁶⁴ A indisponibilidade constitui, em verdade, conceito jurídico indeterminado, assim conceituado por LUIS ROBERTO BARROSO: “Os denominados conceitos jurídicos indeterminados, por vezes referidos como cláusulas gerais, constituem manifestação de uma técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. É o caso de locuções como interesse social, calamidade pública, urgência e relevância. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação.

Atendeu ao atual momento pós-positivista⁶⁵.

Considerado seu *status*, e a evidente coexistência de outros interesses constitucionalmente amparados, o sentido desse critério deve ser encontrado dentro do próprio sistema constitucional.

Não pode ficar a cargo da legislação inferior⁶⁶.

Assim orienta o princípio da unidade da Constituição⁶⁷.

O intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá se limitar à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.” (Interpretação Constitucional como interpretação específica. In Comentários à Constituição do Brasil, 2ª. edição, 2018, página 95)

⁶⁵ Nesse sentido a lição de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO: *“O positivismo neoconstitucionalista afastava-se decididamente dos ‘apriorismos conceptuais’ e dos formalismos positivistas sempre presentes na ciência jurídica brasileira. A programática constitucional vazada no texto de 1988 pressupunha a centralidade da ‘constituição como norma’ e a necessidade de descobrir as pistas da sua efetivação, concretização e implementação.”* (Os métodos de achamento político. In Comentários à Constituição do Brasil, 2018, página 52)

⁶⁶ Até porque o dogma da determinação da intervenção somente por uma específica característica de um dos integrantes da relação jurídica processual – *‘evidenciado pela qualidade da parte’*- foi eliminado pelo novo Código de Processo Civil (artigo 178, III, em comparação com a redação revogada do artigo 82, III, do Código de Processo Civil/1973), o que também evidencia que o sentido do termo *indisponível* é assunto a ser tratado mesmo somente dentro do sistema constitucional.

⁶⁷ Sobre o princípio da unidade da Constituição, discorre LUÍS ROBERTO BARROSO: *“A Constituição é o documento que dá unidade ao sistema jurídico, pela irradiação de seus princípios aos diferentes domínios infraconstitucionais. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática, impondo ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação do sentido de todas as normas do sistema. O problema maior associado ao princípio da unidade não diz respeito aos conflitos que surgem entre as normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim às tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição. De fato, a Constituição é um documento dialético, fruto de debate e da composição política. Como consequência, abriga no seu corpo valores e interesses contrapostos. Nesses casos, como intuitivo, a solução das colisões entre normas não pode se beneficiar, de maneira significativa, dos critérios tradicionais. Portanto, na harmonização de sentido entre normas contrapostas, o intérprete deverá promover a concordância prática entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um. Em algumas situações, precisará recorrer a categorias como a teoria dos limites imanentes: os direitos de uns têm de ser compatíveis com os direitos dos outros. E em muitas situações, inexoravelmente, terá de fazer ponderações, com concessões recíprocas e escolhas.”* (Interpretação Constitucional como interpretação específica. In Comentários à

O termo *indisponíveis* remete ao sentido de *direitos fundamentais*.

Assim entende expressiva parcela da literatura⁶⁸.

Esse sentido, porém, não deve compreender os direitos fundamentais em sua expressão econômica⁶⁹, pena de se legitimar a tutela, pelo Ministério Público, dos demais interesses de expressão patrimonial⁷⁰.

Constituição do Brasil, 2018, página 93)

⁶⁸ De recomendável leitura, nesse sentido aponta a tese de doutorado de LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL: *“Em geral, a indisponibilidade é apresentada como inerente ao conceito de direito fundamental.”* (Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas). Em especial, cabe a citação de HERMES ZANETTI JUNIOR: *“A razão para a racionalização da atuação do Ministério Público é privilegiar a utilidade e efetividade de sua atuação civil, com clara opção pela atuação como agente na defesa dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis (intervenção protetiva dos direitos fundamentais). Cabe, ao Ministério Público, a exclusividade na identificação do interesse que justifique a intervenção da instituição na causa”* (Ministério Público na Intervenção Protetiva dos Direitos Fundamentais e a ‘Disponibilidade Motivada’: Para Além dos Pareceres – Notas sobre a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais como órgão interveniente no novo Processo Civil – Lei nº 13.105/2015. In *Temas Atuais do Ministério Público*, organizadores NELSON ROSENVALD, LEONARDO BARRETO MOREIRA ALVES e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS, 6ª. edição, 2016, página 415)

⁶⁹ No ponto, destaca-se a distinção feita pelo ministro LUIS ROBERTO BARROSO: *“Sobre o assunto, Luís Roberto Barroso habilmente percebeu que há direitos fundamentais conhecidos pelo seu cunho existencial que são dotados de uma ‘esfera econômica’, inexistindo contradição em admitir simultaneamente as duas esferas em um mesmo direito fundamental.”* (apud LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas)

⁷⁰ Irresponsável, reproduz-se o argumento de LETÍCIA DE CAMPOS VELHO MARTEL: *“Se todos os direitos fundamentais forem indisponíveis, ou se todos os direitos da personalidade forem, haveria de se reconhecer o caos na jurisprudência dos tribunais brasileiros. Tome-se por ilustração a matéria tributária. Sabe-se que as limitações ao poder de tributar são instituídas para garantir pelo menos dois direitos fundamentais: a propriedade e certas manifestações da liberdade. Todavia, os tribunais não reconhecem a legitimidade do parquet para propor ações na defesa dos contribuintes, por entenderem, de modo geral, que a tributação indevida não atinge direitos individuais indisponíveis, nem que os contribuintes são consumidores. É forte na doutrina e mesmo nos Tribunais o entendimento de que o direito à previdência social é fundamental, aí incluídos os benefícios a quem deles faz jus. Entrementes, é cediça na jurisprudência a orientação de que os benefícios previdenciários são direitos disponíveis, sobre os quais pode o beneficiário transacionar e renunciar e ao Ministério Público falta legitimidade processual para pleiteá-los em nome de terceiros. Na mesma trilha, é disseminada na literatura a noção de que os direitos dos trabalhadores, por fundamentais, são indisponíveis, porém, não está aberta a legitimidade do MPT para propor ações por toda e qualquer lesão aos direitos dos trabalhadores.”* (idem)

Essa a perspectiva constitucional da legitimidade interventiva.

Exposto de outra forma, propõe-se uma releitura do artigo 178, II, do Código de Processo Civil, para, mediante *interpretação constitucional conforme, sem redução de texto*⁷¹, reputar-se imprescindível a intervenção do Ministério

⁷¹ Na lição de LUIS ROBERTO BARROSO, a interpretação conforme a Constituição destina-se “à preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, da forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais. Como se depreende da assertiva precedente, o princípio abriga, simultaneamente, uma técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade. Como técnica de interpretação, o princípio impõe a juízes e tribunais que interpretem a legislação ordinária de modo a realizar, da maneira mais adequada, os valores e fins constitucionais. Vale dizer: entre interpretações possíveis, deve-se escolher a que tem mais afinidade com a Constituição.” (Interpretação Constitucional como Interpretação Específica. In Comentários à Constituição do Brasil, coordenação científica de JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, GILMAR FERREIRA MENDES, INGO WOLFGANG SARLET e LÊNIO LUIZ STRECK, 2ª. edição, 2018, 2ª. página 93). Sobre o assunto, pontifica JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA: “Interpretação conforme a Constituição (verfassungskonforme Auslegung): diante da polissemia do texto infraconstitucional, permite a prolação de decisão adequando tal disposição ao significado constitucional, para afastar um sentido inconstitucional.” (Constituição Federal Comentada, 7ª. edição, 2022, página 570). Apesar de restrita ao campo do Direito Civil, parece-nos inegavelmente aplicável o seguinte ensinamento de NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS: “A Constituição Federal de 1988 impôs uma releitura dos institutos fundamentais do Direito Civil, em razão de tê-los reformulado internamente, em seu conteúdo...Trata-se, pois, de uma alteração na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais do Direito Civil, reoxigenando-os e determinando a necessidade de uma redefinição de seus contornos, à luz da nova tábua valorativa determinada pela Constituição cidadã...é mister compreender a estrutura interna da norma civil (o seu conteúdo) a partir da legalidade constitucional, modificando, se o caso, seus contornos e consequências para que estejam atentos com a perspectiva constitucional.” (idem, página 65). O posicionamento defendido segue a orientação da literatura especializada: “Lembre-se que a lei deve ser interpretada em conformidade com a Constituição e, para tanto, as normas atuais têm previsto a intimação do Ministério Público sem exigir a sua necessária intervenção, quer dizer, o Ministério Público é intimado para intervir se entender presentes as causas de sua intervenção, constituindo-se em espécie de disponibilidade motivada, ou seja, é obrigatória a intervenção, desde que presentes os direitos e interesses tutelados pelo Ministério Público... A instituição precisa, portanto, deixar para trás o modelo interpretativo-formalista, ligado ao princípio da mera legalidade, no qual a sua atuação era vinculada pela simples previsão legal, e passar a adotar uma postura interpretativa responsável de acordo com a legalidade constitucional, mais adequada à dissociação universalmente aceita pela filosofia jurídica atual entre texto e norma, que exige o compromisso do intérprete na atuação das normas infraconstitucionais em conformidade com a Constituição.” (HERMES ZANETI JUNIOR. Idem, páginas 414/415). Nesse sentido parece convergir EDUARDO ASSAGRA DE

ALMEIDA: *“Lei infraconstitucional não poderá conferir ao Ministério Público atribuição que não esteja seguindo essas diretrizes principiológicas. Leis anteriores à Constituição de 1988, que se divorciarem do novo modelo constitucional, não foram recepcionadas. Tudo isso decorre da força normativa e irradiante da Constituição, nos termos apresentados pelo neoconstitucionalismo.”* (Idem, página 102) e ROBSON RENAULT GODINHO: *“E aqui está a unidade hermenêutica que didaticamente o novo CPC impõe para a análise de qualquer tema relacionado ao Ministério Público no processo civil: sua atuação somente se justifica a partir do que está estabelecido no art. 127 da Constituição da República. Toda análise da atuação e da participação do Ministério Público no processo civil, seja como agente, seja como interveniente, necessariamente deverá partir dessa ideia básica de ser constitucionalmente autorizada. Essa obviedade é necessária e deve ser repetida à exaustão, sob pena de o hábito atávico – que enseja a inércia da reflexão e a repetição automática de comportamentos – obnubilar qualquer avanço institucional, permanecendo o Ministério Público em sua “relativa quietude” no processo civil, afastando-se inexoravelmente dos balizamentos constitucionais. Isso significa que mesmo algumas funções tradicionais do Ministério Público, que há décadas são exercidas irrefletidamente, devem ser revistas sob essa perspectiva, não cabendo mais a mera repetição de atuações burocráticas que são normalmente atribuídas a uma tradição inventada e se perpetuam como se fossem situações ontológicas. Um exemplo: a intervenção do Ministério Público em atos de disposição de última vontade. É difícil encontrar um exemplo mais afastado do perfil constitucional do Ministério Público do que sua atuação em razão de um ato de vontade individual, patrimonial e disponível. Nada justifica a atuação do Ministério Público nessas situações, mas o fetiche legal e a obediência cega a hábitos arraigados fazem com que existam Promotorias especializadas em se manifestar no cumprimento de testamentos, sem que haja qualquer outra justificativa para essa atuação. Com o novo Código, fica evidente o que já era patente desde a promulgação da Constituição, mas que não era sequer cogitado – e não será surpreendente se houver resistências a essa “modificação” – por não haver intermediação legislativa. Essa adaptação processual do Ministério Público à Constituição, portanto, é ao mesmo tempo óbvia e necessária, consistindo em traçar o parâmetro fundamental de atuação: o artigo 127 da Constituição e seu espelho processual, o artigo 176 do novo Código.....Não só as hipóteses que ensejam a intervenção do Ministério Público e o número de órgãos que possuam atribuição exclusivamente interveniente devem ser objeto de profunda reflexão, mas também o modo como se deve dar essa participação no processo. Também a aceitação irrefletida da fixação legal de hipóteses de intervenção não é compatível com o perfil constitucional do Ministério Público, devendo haver uma filtragem constitucional das normas legais que criam causas de intervenção...Parece-me que a questão deve ser resolvida com base no artigo 127 da Constituição da República, isto é, o Ministério Público só intervirá em processos individuais pela qualidade da parte se houver direitos indisponíveis em disputa, o que é reforçado pelo novo CPC nos artigos*

Público “nos processos que envolvam interesse existencial⁷² de incapaz em sua dissociável esfera não econômica⁷³, esses, sim, essencialmente indisponíveis⁷⁴.

Esse o atual⁷⁵ dogma, em nossa visão.

Em resumo, somente por crença exclusivamente metafísica se justifica a intervenção do Ministério Público nas demandas versando sobre definição de curatela que se restrinjam à tutela de interesses patrimoniais dos incapazes, imprescindível, porém, quando alcançar interesses existenciais de esfera não-econômica⁷⁶.

178 e 698.” (O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: Alguns Tópicos, disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1278014/Robson_Renault_Godinho.pdf, acesso em 14.10.22)

⁷² Adota-se aqui o termo *interesse existencial* como sinônimo de *direitos fundamentais*. Nesse sentido: NELSON ROSENVALD e CRISTIANO CHAVES DE FARIAS. *In* Curso de Direito Civil, volume 6, Famílias, 2016, páginas 46/47.

⁷³ Aqui cabe o registro da imprescindibilidade da intervenção do Ministério Público nas demandas versando sobre alimentos em razão da indissociabilidade da questão pecuniária à subsistência digna do incapaz, interesse flagrantemente existencial.

⁷⁴ Esse parece ser o sentido defendido pela procuradoria-geral de Justiça do Estado de São Paulo, em recente decisão sobre recusa de intervenção: “(...)A indisponibilidade do interesse não se confunde com incapacidade de seu detentor, de modo que o incapaz (ex: menor) poderá ser titular tanto de interesses indisponíveis (ex: alimentos) como disponíveis (ex: patrimoniais).” (Recusa de intervenção nos autos do Processo nº 1000215-43.2021.8.26.01415), que parece contar com a adesão de HERMES ZANETI JUNIOR: “Uma coisa é a indisponibilidade dos direitos, outra a disponibilidade de seu exercício” (*Idem*, página 417)

⁷⁵ Uma vez evidente que o dogma reconstruído sempre poderá ser refeito mediante alteração dos valores que o direcionam, parece-me clara a falseabilidade popperiana da hipótese, e dentro de uma lógica reconstrutiva proposta pelo pós-positivismo, sem destruição dos avanços conquistados, o que, muito ao revés de não desamparar do dogma reconstruído, suporta-o. Nesse sentido parece-nos o pensamento de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “O ordenamento jurídico, aqui entendido como um sistema, passa por transformações que podem ser deduzidas de uma análise das diferenças entre a configuração que havia sido alcançada no positivismo jurídico e a sua caracterização contemporânea, tal como se renova no jurismo positivista. Todavia, essa evolução, popperianamente considerada, não se produz destruindo as conquistas doutrinárias alcançadas, se não as harmonizando com os valores em surgimento, as novas referências etiológicas, bem como com os respectivos instrumentos introduzidos, de modo que o pós-positivismo, partindo da secular estabilidade do conceito de legalidade, vem para enriquecer o Direito com as adquiridas dimensões éticas da legitimidade e da licitude, que passaram a ser exigidas para configurar a síntese doutrinária da juridicidade, pela irresistível pressão dos fatos, refletindo-se no próprio progresso ético-jurídico das sociedades humanas.” (O Direito Administrativo no Século XXI, 2018, página 270/271)

⁷⁶ Ou seja, sob perspectiva popperiana, bem evidenciada está a falsidade do dogma desconstruído.

CONCLUSÕES

a) Há várias espécies de dogma.

b) O Direito alberga apenas dogmas científicos.

c) A norma que orienta a intervenção do Ministério Público em todas as demandas versando sobre definição constitui dogma absoluto ou religioso.

d) Em atenção aos vigentes valores constitucionais, urge releitura do regime jurídico da incapacidade civil para conferir à curatela alcance proporcional às específicas necessidades do incapaz, que somente o caso concreto pode revelar.

e) Em atenção aos vigentes valores constitucionais, a demanda versando sobre curatela deve se revelar instrumento guiado sempre pelo princípio da beneficência, de modo a promover a dignidade do incapaz⁷⁷.

f) A tutela de questões existenciais nas demandas versando definição de curatela é possível apenas quando excepcional situação de fato promocional da dignidade assim ensejar⁷⁸.

⁷⁷ A perspectiva deve ser, sempre, de evitar os extremos, assim inteligentemente delimitados por JOCYANE BEZERRA DE MENEZES: *“..a fixação dos limites da curatela deve evitar dois extremos: de um lado, a proteção excessiva que aniquila toda a autonomia da pessoa, lançando-a em um estado semelhante ao da morte civil. De outro lado, a limitação da curatela apenas à administração do patrimônio, excluindo, em abstrato e a priori, eventual necessária proteção no plano das questões existenciais.”* (O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição da vontade ao modelo de apoios. In *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas*, 2ª. edição, 2020, página 598/599)

⁷⁸ A ideia parece-nos apoiada por HELOISA HELENA BARBOZA e VITOR ALMEIDA: *“Um ordenamento jurídico que tem como princípio fundante a dignidade humana não pode admitir tais situações de constrangimento, salvo em casos excepcionálissimos e sempre e exclusivamente quando for o único procedimento capaz de melhorar efetivamente as condições de vida ou de saúde da pessoa com deficiência ou não, ou ao menos evitar ou diminuir seu sofrimento...O reconhecimento da incapacidade relativa de uma pessoa e a sua conseqüente submissão à curatela é medida extraordinária e se legitima apenas como instrumento de proteção. É importante observar que deve ser deferida de modo ‘proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso’ e ‘no menor tempo possível’. Neste cenário, a curatela assume um novo perfil em nosso ordenamento, na medida em que afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, não sendo alcançados o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. No entanto, há de se ressaltar que em situações extremas e irreversíveis pode o curador recorrer ao juiz para a solução de eventual conflito de interesse entre a decisão de cunho existencial da pessoa curatelada e o curador, sempre em*

g) O atual perfil constitucional do Ministério Público compreende, em âmbito atomizado, apenas a tutela de questões existenciais dos incapazes em seu dissociável aspecto não econômico.

h) Constitui dogma jurídico atual a não intervenção do Ministério Público nas demandas versando sobre definição de curatela que afetem apenas a capacidade de disposição patrimonial.

i) Constitui dogma jurídico atual a imprescindibilidade de intervenção do Ministério Público nas demandas versando sobre definição de curatela que afetem interesses existenciais de aspecto não econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa. A Curatela sob medida: notas interdisciplinares sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo CPC, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de Joyceane Bezerra de Menezes, 2ª. edição, 2020, Editora Processo.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social *in* Temas Atuais de Ministério Público, 6ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

BARBOSA, Amanda Souza; LAGO JUNIOR, Antonio. Primeiras Análises sobre o sistema de (in)capacidades, interdição e curatela pós estatuto da pessoa com deficiência e Código de Processo Civil de 2015 *In* Revista de Direito Civil Contemporâneo, volume 8, 2016.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In* Direito das Pessoas com Deficiência e Intelectual nas Relações Privadas, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de Joyceane Bezerra de Menezes, 2ª. edição, 2020, Editora Processo.

busca do melhor interesse da pessoa com deficiência.” (A capacidade civil à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *In* Direito das Pessoas com Deficiência e Intelectual nas Relações Privadas, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de JOYCEANE BEZERRA DE MENEZES, 2ª. edição, 2020, página 329 e 340/341)

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz. Comentários à Constituição do Brasil, 2ª. edição, Editora Saraivajur.

COSTA FILHO, Waldir Macieira da. Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, Coordenadores Flávia Lima Almeida Leite, Lauro Luiz Gomes Ribeiro e Waldir Macieira da Costa Filho, 2ª. edição, 2019, Editora Saraivajur.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie, Curso de Direito Processual Civil, volume 1, Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, 20ª. edição, 2018, Editora Juspodium.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do Processo Civil Moderno, 5ª edição, Tomo I, 2002, Malheiros Editores.

GARCIA, Vinicius Gaspar. As pessoas com deficiência na história do mundo. *In* <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>, acesso em 25.09.22.

GODINHO, Robson Renault. O Ministério Público no Novo Código de Processo Civil: Alguns Tópicos, disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1278014/Robson_Renault_Godinho.pdf, acesso em 14.10.22.

GUGEL, Maria Aparecida. A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade. *In* http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php#:~:text=As%20leis%20romanas%20da%20Antiguidade,ou%20em%20outros%20lugares%20sagrados, acesso em 25.09.22.

GUSELA, Gabriela Azeredo; NEVES, Guilherme Valli de Moraes; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015 *in* Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 20 anos de Constituição: O Novo Ministério Público e Suas Perspectivas no Estado Democrático de Direito *in* Temas Atuais de Ministério Público, 6ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

LEITE, Glauber Salomão. O regime jurídico da capacidade civil e a pessoa com deficiência *in* Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 1ª. edição, 2ª. tiragem, 2013, Editora Saraiva.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas, disponível *in* https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2554325/Leticia_de_Campos_Velho_Martel.pdf , acesso em 23.10.22.

MAXILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, 20ª. edição, 2011, Editora Forense.

MEDINA, José Miguel Garcia. Constituição Federal Comentada, 7ª. edição, 2022, Editora Revista dos Tribunais.

_____. Curso de Direito Processual Civil Moderno, 6ª edição, Editora Revista dos Tribunais.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito protetivo após a Convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência, o novo Código de Processo Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência: da substituição da vontade ao modelo de apoios. *In* Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas, 2ª. edição, 2020, Editora Processo.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo no Século XXI, 2018, Editora Fórum.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional, 16ª edição, 2021, Editora Juspodium.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 15ª edição, 1987, Editora Saraiva.

ROSENVALD, Nelson; CHAVES DE FARIAS, Cristiano. Curso de Direito Civil, Famílias, volume 6, 8ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

_____. Curso de Direito Civil, Parte Geral de LINDB, volume 1, 14ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

_____. Curso de Direito Civil, Obrigações volume 2, 10ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

_____. Curso de Direito Civil, Contratos – Teoria Geral e Contratos em espécie, volume 4, 6ª. edição, 2016, Editora Juspodium

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 10ª. edição, 2021, Editora Saraiva.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GUSELLA, Gabriela Azeredo e NEVES, Guilherme Valli de Moraes. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015 in Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional, Vitória, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. A renovação do instituto da curatela e a autonomia privada do incapaz no âmbito existencial: uma reflexão a partir da esterilização de pessoa maior e incapaz, in O Direito de Família entre a norma e a realidade, Editora Atlas, 2010

TEPEDINO, Gustavo. Personalidade e capacidade na legalidade constitucional, Direito das Pessoas com Deficiência e Intelectual nas Relações Privadas, Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão, organização de Joyceane Bezerra de Menezes, 2ª. edição, 2020, Editora Processo.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil, 2ª. edição, Editora Renovar, 2001.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Ministério Público na Intervenção Protetiva dos Direitos Fundamentais e a 'Disponibilidade Motivada': Para Além dos Pareceres – Notas sobre a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais como órgão interveniente no novo Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – Temas Atuais do Ministério Público, organizadores Nelson Rosenvald, Leonardo Barreto Moreira Alves e Cristiano Chaves de Farias, 6ª. edição, 2016, Editora Juspodium.

O Trabalho Escravizado no Brasil: A Exploração da Mão de Obra dos Grupos Vulneráveis no País e a Ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

OVER PATRIMONIAL DAMAGE POOL FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF QUALITY IN CONSUMER LAW (SYSTEMATIZING THE EVOLUTION OF THE STJ'S UNDERSTANDING)

Catiane STEFFEN¹

• RESUMO

O presente artigo aborda o trabalho escravizado no Brasil a partir da análise de como a pobreza potencializa ofensas ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como aquelas produzidas pelo trabalho escravizado. Esse princípio é núcleo essencial dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. O trabalho mostra o quanto é necessária e premente a adoção de medidas para a concretização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, nas diversas relações na sociedade e nas atuações do Poder Público, para se evitar o trabalho escravizado.

• PALAVRAS-CHAVE

trabalho escravizado, pobreza, princípio da dignidade da pessoa humana

• SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A Relação entre a Pobreza, o Trabalho Escravizado no Brasil e a Ofensa ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho. 2.2 O Conceito de Trabalho Escravizado após a Portaria 1.129/17 do Ministério do Trabalho. 2.3 Ações de Combate ao Trabalho Escravizado Contemporâneo no Brasil. 3. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil rompeu oficialmente com a prática escravagista há mais de 130 anos. De lá para cá, o Estado comprometeu-se com o respeito e a promoção à

¹ Bacharelada em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Porto Alegre. E-mail: catianesteffen@gmail.com

diversidade, incorporou a dignidade da pessoa humana ao ordenamento jurídico pátrio e tipificou a exploração do ser humano em condições de escravizado.

Apesar das ações para garantir a concretização dos ideais republicanos, decorrido mais de um século, o país ainda encontra marcas do passado impregnadas na sociedade: do discurso discriminatório propagado por alguns dos representantes do povo às políticas de Estado segregadoras que direcionam a atenção do Poder Público a uns, mantêm à margem outros e que dividem a população em estratos dos quais se libertar parece um calvário pela carta de alforria. Nesse contexto de sociedade moldada pela prática escravagista, as relações sociais foram estabelecidas ao longo do tempo pautadas numa divisão entre senhores e escravizados.

Os escravizados não tinham autonomia sobre o corpo tampouco sobre o espírito, que eram submetidos às imposições dos senhores da Casa Grande. A relação era de possuidor e de possuído. Seres humanos escravizados, precificados e tratados como mercadoria.

O passado do país marcado pela escravização reverbera nas relações de trabalho até hoje. Nesse sentido, o artigo discorre sobre como a camada pobre fica exposta à realidade do trabalho escravizado no país, que ainda consegue se fazer presente na sociedade brasileira pela a) ineficiência do Estado em concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana; b) resistência do Estado em implantar políticas públicas que atenuem e corrijam séculos de desigualdades sociais e c) pela dificuldade de aplicação de sanções civis, trabalhistas e penais sobre os que praticam tais atos criminosos.

Além disso, no presente trabalho se discorre sobre como o trabalho escravizado ofende o princípio da dignidade da pessoa. Em seguida, analisa-se brevemente a alteração do conceito de trabalho análogo à escravização, promovida pela Portaria 1.129/17, posteriormente editada, a fim de corrigir a definição, insuficiente em si mesma, para contemplar a escravização contemporânea.

2. A RELAÇÃO ENTRE A POBREZA, O TRABALHO ESCRAVIZADO NO BRASIL E A OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Historicamente, a Lei Áurea aboliu a escravidão no Brasil. Passado mais de um século desde o sancionamento da Lei, em 13 de maio de 1888, ainda existem pessoas sendo escravizadas no país através do trabalho exaustivo e degradante que compromete a integridade física e mental.

O trabalho escravizado contemporâneo não compromete mais um perfil específico de pessoas, mas atinge com força uma camada da população desassistida pelo Poder Público. Essa camada é formada por pessoas provenientes de grupos mais vulneráveis na sociedade composto por analfabetos, desempregados e pessoas hipossuficientes economicamente que ao buscarem melhores condições de vida e de trabalho são atraídas para relações nas quais perdem a autodeterminação.

No entanto, historicamente, pessoas de determinadas etnias, estratos sociais, e pelas mais diversas políticas discriminatórias, foram mantidas à margem da atuação social do Estado. Uma das heranças lastimáveis do passado é a perpetuação da miséria e do estigma sobre uma parcela da população que encontra raízes ancestrais naqueles que por séculos foram reduzidos, invisibilizados e que tiveram suas necessidades sociais ignoradas pelo Poder Público.

Sobre isso, faz-se interessante revisitar a obra do contratualista John Locke, que se insurgiu na idade média contra o modelo de aquisição de propriedade derivada da hereditariedade. Para ele, além da liberdade, a propriedade também seria um direito natural. O autor foi o primeiro a formular uma teoria, entendida por muitos como moderna, na qual a aquisição da propriedade privada aconteceria pela transformação que o homem faz das coisas em estado de indeterminação - encontradas assim na natureza - através do trabalho das suas mãos. Essa transformação pelo próprio trabalho é que tornaria o homem proprietário de bens.

Num modelo de sociedade que concebia a propriedade como herdada - por meio da descendência, dos títulos, como se via com os aristocratas - a concepção de John Locke, de propriedade criada, construída com o trabalho no tempo - na qual a pessoa nasce sem nenhum patrimônio e pelo trabalho o vai conquistando - é tipicamente uma concepção moderna, burguesa. Essa concepção possibilitaria também uma ascensão social da burguesia, que confrontaria as classes dominantes da época. Ainda hoje, existe um tensionamento entre estratos sociais, de modo que a manutenção de camadas pobres se torna essencial para a efetivação dos interesses de outros estratos.

É a massa pobre que faz o Brasil “acontecer” e a massa pobre precisa ser manipulada para o país “acontecer” dentro de um contexto específico. Como peças, os pobres são movimentados para pensar, contribuir e agir a fim de satisfazer interesses de outros. Uns são mantidos numa posição tão desfavorável quanto possível em relação a outros, para que os primeiros sirvam aos interesses de alguns núcleos hegemônicos. Estes tentam internalizar na

sociedade e naturalizar as desigualdades sociais através dos discursos, das ações e da atuação do Estado, inclusive pelo direcionamento de políticas públicas, a fim de satisfazer interesses de determinados setores e pessoas.

Um exemplo disso é a introdução do conceito de meritocracia, tão divulgado na mídia na última década. Para se pensar em meritocracia, há de se conceber que todos estejam em igualdade de condições na disputa, o que não acontece numa sociedade tão desigual como a brasileira. Esse é um discurso especialmente feito para encobrir as mazelas sociais e responsabilizar a massa pobre pelo próprio estado em que se encontra, pois se tudo advém do mérito, os milhões de famintos e de pobres que movimentam a sociedade brasileira assim se encontrariam por culpa deles mesmos. O Estado retira de si mesmo a responsabilidade pela formulação de políticas públicas e aqueles que ascendem socialmente numa lógica de exploração e de dominação social, acumulando cada vez mais enquanto menos contribuem na sociedade, podem desfrutar menos constrangidos do que ostentam.

Num Brasil em que mães pobres gestam bebês sem nem mesmo ter alimentos em quantidade suficiente para nutrir os seus corpos e o dos seus filhos em formação, uma criança pobre não tem nem mesmo como concorrer em condições de igualdade com filhos de pessoas de classes ricas, desde o momento em que é concebida. As células, tecidos, ossos, a estrutura física e mental de crianças gestadas por mães bem alimentadas é desenvolvida e formada em seus detalhes com nutrientes que sequer chegam aos bebês pobres quando da sua formação no ventre materno.

Uma criança que puxa carrinho debaixo de sol tórrido para juntar alguns reais para comprar arroz e feijão ao final do dia - que nem dorme devido às dores decorrentes da acidez de uma barriga vazia - não terá a mesma condição para memorizar, pensar e internalizar conteúdo que terá aquela criança que ouve Mozart, realiza quantas refeições quiser no dia, descansa e dorme num quarto com ar-condicionado. Nesse contexto, exceções são alçadas ao clamor popular de entrevistas e de reportagens, a fim de falsamente comprovar o conceito de meritocracia, numa tentativa de se esconder aquilo que de fato é a regra na sociedade brasileira atual.

O ciclo da miséria vai sendo ampliado pelas dificuldades e pela segregação social a que os filhos da pobreza vão sendo cada vez mais expostos ao longo do crescimento. Tornam-se adultos que lutam pelo prato diário, que investem enorme esforço para tentar sobreviver com a menor indignidade possível.

No campo da relação entre desigualdade de renda e tributação, vemos que o modelo de sistema tributário aplicado numa sociedade - embora não seja capaz exclusivamente por si mesmo de determinar a desigualdade de renda, tampouco de ser um instrumento capaz de sozinho construir sociedades com menos desigualdades - é um dos fatores que atuam fortemente no aumento das lacunas sociais. Essas lacunas colocam os estratos da população mais desassistidos pelo Poder Público cada vez mais à margem dos ideais de sociedade livre, justa e igualitária a que o Estado brasileiro se comprometeu a promover no texto da Constituição Federal de 1988.

Percebe-se essa triste realidade no modelo econômico brasileiro no qual quem recebe mais paga menos tributo. Há pouca tributação da renda e do patrimônio, e excessiva tributação sobre bens e serviços - o que penaliza a camada mais pobre da população. Há isenção total de imposto de renda sobre lucros e dividendos distribuídos a acionistas das empresas. E, ainda, há a possibilidade de se deduzir do lucro tributável uma despesa fictícia relativa aos chamados “juros sobre capital próprio”, além das poucas faixas tributárias².

Os pobres são atingidos duramente pelo Estado, que retira parte do salário na folha de pagamento e que dissipa o restante em impostos diversos sobre o mais elementar à manutenção da vida. No entanto, tudo isso está inserido num sistema legalizado pelo ordenamento jurídico, de encontro à proteção da dignidade da pessoa humana. A pouca renda que a base da pirâmide auferir no país esvai-se de suas mãos, enquanto isso o Estado não tributa a renda proveniente do capital.

Não se nega que as ações estatais dependem de arrecadação para serem implementadas e que os tributos são um dos pilares do Estado para a concretização dos direitos e das garantias asseguradas na Constituição. Essas entregas materiais dos indivíduos ao Estado deveriam ser utilizadas para a concretização do que está previsto na Constituição Federal: a promoção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual as pessoas possam viver com dignidade.

Os ideais de justiça social da Constituição são viabilizados pelo pagamento de tributos. No entanto, o Estado investe na promoção dos interesses particulares de uma camada pequena e abastada que multiplica a fortuna, garantindo o

² BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas**: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba, Brazil Publishing, 2019.

futuro de gerações que continuarão o ciclo de viver dos lucros do capital que continuará a crescer.

Quando o Estado tributa o mínimo existencial, o Estado retira das famílias carentes a autodeterminação, impossibilita que elas invistam a renda naquilo que lhes é mais necessário dentre todas as urgências diárias. Quando os tributos chegam (e se chegam) diluídos em serviços para apoiar as camadas pobres da população e tutelar a efetividade dos direitos fundamentais, as mais urgentes necessidades dessas famílias muitas vezes sequer são satisfeitas seja porque o Estado entrega não atende a mais premente de suas necessidades seja porque algum critério instituído pelo próprio Estado exclui essas pessoas de serem amparadas por ele – as mesmas pessoas miseráveis das quais o Estado tomou parte da renda.

Conforme explica o professor e advogado tributarista Marciano Buffon, com sensibilidade e propriedade em sua primorosa obra³, o Estado *“existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”*. Desse modo, toda a atuação do Estado - inclusive a tributação - deve se pautar pelo respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja concretizando nas políticas estatais seja limitando o arbítrio em função dele. Ainda, conforme o autor, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser elemento fundante de toda disposição normativa, assim como deve emergir de qualquer disposição do ordenamento jurídico.

Uma sociedade que não se preocupa com a redução das desigualdades sociais, que se utiliza das camadas pobres para sustentar benefícios aos que deles não necessitam, cria alguns poucos detentores de muito poder e de dinheiro numa sociedade disfuncional, com multidões de miseráveis, que ficam expostos a todo tipo de barbárie, como o trabalho escravizado. Conforme bem salientado por Buffon⁴, as sociedades com economias disfuncionais não alcançam crescimento e apresentam elevados níveis de violência e de criminalidade.

Quanto mais miseráveis forem as condições de vida numa determinada região, mais propensas as pessoas ficam de serem escravizadas, atraídas por

³ BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas**: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba, Brazil Publishing, 2019.

⁴ Ibidem.

criminosos para, na maior parte das vezes, irem - de aparente voluntariedade - ao encontro do trabalho escravizado. Mesmo quando as pessoas buscam um trabalho e deparam-se com o trabalho escravizado, estas nem mesmo conseguem reconhecer a gravidade do que as espera, pois a necessidade é tamanha que se agarram a acreditar em qualquer oportunidade que lhes é oferecida.

Diante da fome, da miséria, da falta de oportunidade e de políticas públicas sociais, que espaço de escolha livre, consciente e informado há para essas pessoas? No mínimo, um espaço de escolha viciado. Não é à toa que as estatísticas mostram que a maior parte dos trabalhadores em situação análoga a de escravização no Brasil provêm das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste⁵. As duas primeiras regiões são as mais pobres do país.

Aliciadores deslocam-se pelo Brasil, iludem jovens, homens e mulheres com propostas que encobrem a dura realidade a que essas pessoas serão expostas. Estas são levadas a lugares de difícil acesso, privadas da comunicação com familiares, ameaçadas, castigadas fisicamente, muitas vezes sem água potável, necessitando dormir em alojamentos degradantes, e sem receber alimentação adequada – indivíduos que, comumente, endividam-se com os próprios aliciadores para ter o que comer enquanto são explorados por eles.

O trabalho escravizado está diretamente associado a outros crimes, como ao tráfico de pessoas, que costumam ser retiradas das áreas rurais das regiões mais pobres do país para serem escravizadas em atividades como o plantio e a colheita de maçãs, de café, de fumo, na extração de carvão e na fabricação de roupas e de calçados. Alguns desses trabalhadores, quando libertos, nem mesmo conseguem retornar para a cidade onde moravam pela ausência de recursos.

Não raro, pessoas libertadas são aliciadas para trabalhar no mesmo local onde foram escravizadas. O medo, a vergonha, a humilhação e a necessidade fazem com que seja muito difícil de se obter o depoimento das vítimas de trabalho escravizado no inquérito penal. Isso, somado a outras dificuldades encontradas pelos órgãos de fiscalização, torna difícil a colheita das provas da consumação do crime de trabalho escravizado para a responsabilização dos que praticam a conduta contra as vítimas.

⁵ MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. **O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana**. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

2.1. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito do Trabalho

Conforme a Constituição Federal de 1988, o Brasil é um Estado Democrático de Direito que tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, a Carta Maior garante o direito de o indivíduo ter a vida respeitada em suas diferentes dimensões, fruindo de âmbito existencial próprio⁶. Isso se aplica também em relação à sua força de trabalho.

Esse princípio, que não tem um conteúdo meramente ético, deve ser a fonte primeira das Leis e delas deve emergir. Nesse sentido, atende o Direito do Trabalho, pois este objetiva regulamentar as relações de trabalho, e, ao fazer assim, ele permite implementar o princípio da dignidade da pessoa humana na concretude das relações sociais⁷.

Ao longo do texto da Constituição Federal há diversos artigos que reconhecem a hipossuficiência do empregado e preveem a defesa dos direitos dele, especialmente o direito ao trabalho digno⁸. Assim, qualquer forma de trabalho que explore o ser humano, coagindo-o a prestar a força de seu trabalho em condições degradantes, constitui-se em trabalho escravizado e é uma grave violação aos direitos humanos, pois o direito de não ser escravizado é absoluto⁹.

2.2. O Conceito de Trabalho Escravizado após a Portaria 1.129/17 do Ministério do Trabalho

A Constituição Federal expressa que o fundamento da ordem econômica se encontra na “valorização do trabalho e na iniciativa privada”, mas essa prioridade se dá no sentido de servir de norte à intervenção Estatal na economia, não autorizando que se priorize o capital em detrimento do ser

⁶ MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. **O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana**. Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁷ SCHÄFER, José. **A dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho**. Disponível em: <<https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/7704>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁸ AZEREDO, Amanda; RENAULT, Luiz. **O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego**. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_azeredo_luiz_otavio_Renault.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

⁹ TREVISAM, Elisaide. **Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

humano. Através da Portaria 1.129/17, o Ministério do Trabalho estabeleceu novas regras para a caracterização de trabalho análogo ao da escravidão.

Nos termos da Portaria, para caracterizar trabalho escravizado seria necessário demonstrar o cerceamento de liberdade de locomoção do trabalhador. No entanto, como bem salientou a Ministra Rosa Weber no voto que suspendeu a Portaria, a escravidão moderna é bem mais sutil e o cerceamento da liberdade pode ocorrer por meio de constrangimentos de natureza diferentes da física, como os constrangimentos econômicos, que impactem na capacidade da vítima de fazer escolhas segundo a sua livre determinação:

“O ato de privar alguém de sua liberdade e de sua dignidade, tratando-o como coisa e não como pessoa humana, é repudiado pela ordem constitucional, quer se faça mediante coação, quer pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno”.

Devido à pressão de duas ADIs que tramitaram na mais alta Corte do país e após uma série de debates, críticas de organizações de representação do trabalho, inclusive da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Portaria foi substituída pela Portaria MTB 1.293, de 28 dezembro de 2017.¹⁰ Nos termos da nova Portaria, não é necessária a coação direta contra a liberdade de ir e vir para que fique configurado o trabalho escravizado.

2.3. Ações de Combate ao Trabalho Escravizado Contemporâneo no Brasil

O Brasil criou em 1995 o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM, que faz parte do Ministério do Trabalho. Esse grupo atua na fiscalização e repressão ao trabalho escravizado no país. Composto por auditores do trabalho, delegados, agentes federais e procuradores do Ministério Público do Trabalho, concretizam ações para contribuir na erradicação dessa mazela.

As ações do GEFM são realizadas a partir de denúncias e as equipes trabalham para a libertação dos trabalhadores dos locais onde são explorados¹¹.

¹⁰ RODRIGUES, Rafael; DUARTE, Francielle. **A flexibilização do direito do trabalho à luz da reforma trabalhista e seus reflexos perante a escravidão contemporânea**. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3109>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

¹¹ TREVISAM, Elisaide. **Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo**. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

Em 2003, o governo federal com o apoio da Organização Internacional do Trabalho lançou o Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, que propôs 76 ações para aperfeiçoar o combate ao trabalho escravizado, entre elas a melhoria administrativa do Ministério Público Federal e do Trabalho, ações específicas de conscientização da sociedade civil, e investimento na capacitação dos agentes.

Em 2008, foi proposto o 2º plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, com a inserção dos trabalhadores resgatados em programas assistenciais do governo, seguro-desemprego especial para o trabalhador resgatado, assistência jurídica e elaboração de documentos entre outras ações para proteger o trabalhador em condição análoga a de escravização. O país conta também com a Portaria 540, de 15 de outubro de 2004, que criou o Cadastro de Empregadores Infratores, também conhecida como Lista Suja.

Essa lista é atualizada semestralmente e identifica pessoas físicas e jurídicas autuadas pela fiscalização por manterem trabalhadores submetidos à situação análoga à de escravização. A lista com a relação dos empregadores autuados é publicada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, e a inclusão do nome do infrator acontece após decisão administrativa final relativa ao auto de infração, lavrado em decorrência de ação fiscal, na qual tenha se identificado o trabalho escravizado.

Os infratores são impedidos de ter acesso a linhas de crédito ou incentivos fiscais promovidos por bancos e agências de desenvolvimento signatárias do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo, que se comprometeram a não realizar transações econômicas com aqueles que estão incluídos no Cadastro.

No entanto, essas medidas não são suficientes para garantir a erradicação do trabalho escravizado, até porque a lista suja é uma ação administrativa que não se confunde com a esfera criminal. Hoje, a maior parte da demanda de enfrentamento ao trabalho escravizado está com o Ministério Público do Trabalho, que atua no combate ao trabalho escravizado não apenas pela implementação de ações concretas como também pelo comprometimento do Estado na adoção de medidas eficazes pela sociedade no combate ao trabalho escravizado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho regula o trabalho humano de qualquer natureza e concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho. O trabalho escravizado contraria os fundamentos da Constituição que garantem o trabalho livre, viola os direitos humanos e irradia consequências

na esfera penal, trabalhista e administrativa. A Portaria 1.129/17 do Ministério do trabalho mostrou-se um retrocesso à erradicação do trabalho escravizado quando impôs a necessidade de se comprovar o cerceamento da liberdade de ir e vir para que fosse configurado o trabalho escravizado.

Ainda há a utilização de pistoleiros e homens armados para impedir o ir e vir dos trabalhadores escravizados, como acontecia no passado recente da nação brasileira, que se fez a partir de uma cultura escravagista. No entanto, a Portaria não estava alinhada à realidade moderna da escravização, que alterou seus contornos ao longo do tempo, mas manteve o fim: a coisificação do ser humano. Após intensa pressão da comunidade nacional e internacional, a Portaria foi editada e retirou-se dela a restrição.

A escravização moderna não ataca apenas a liberdade física, mas, principalmente, a autodeterminação dos trabalhadores, isto é, a capacidade de fazerem escolhas, o que se mostra determinante para a manutenção da situação de exploração das vítimas. Os constrangimentos psicológicos, a violência física e as dívidas impagáveis que os trabalhadores escravizados são obrigados a contrair junto aos que os exploram são alguns dos exemplos de ações praticadas sobre as vítimas que visam à retirada da autonomia dessas sobre elas mesmas.

O Estado brasileiro vem adotando medidas de repressão ao trabalho escravizado, mas essas ainda são insuficientes para erradicá-lo. A falta de recursos para os órgãos que atuam no combate do trabalho escravizado e a economia em queda impulsionam a ação de aliciadores, que encontram campo fértil para fazerem vítimas principalmente nas regiões mais pobres do país, onde a miséria também retira das pessoas a autodeterminação. Ainda assim, ações do Ministério Público do Trabalho e a criação da lista nacional de empresas autuadas por manterem trabalhadores em situação de escravização mostram que o país está em um movimento de enfrentamento do trabalho escravizado contemporâneo, ainda que a passos lentos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEREDO, Amanda; RENAULT, Luiz. **O princípio da dignidade da pessoa humana como base para a diminuição do assédio moral nas relações de emprego.** Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/amanda_azeredo_luiz_otavio_renault.pdf>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas: como o capitalismo evitará seu colapso.** Curitiba, Brazil Publishing, 2019.

MENDOZA, Melanie; ASFORA, Raphaella. **O trabalho escravo no Estado da Paraíba e as perspectivas atuais do princípio constitucional da dignidade humana.** Disponível em: <<http://dspace.bc.uepb.edu.br/jspui/handle/123456789/16605>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

RODRIGUES, Rafael; DUARTE, Francielle. **A flexibilização do direito do trabalho à luz da reforma trabalhista e seus reflexos perante a escravidão contemporânea.** Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/3109>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

SCHÄFER, José. **A dignidade da pessoa humana e o direito ao trabalho.** Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7704>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

TREVISAM, Elisaide. **Ações e medidas visando a erradicação do trabalho escravo no Brasil contemporâneo.** Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1833>>. Acesso em: 17 de set. de 2021.

O Sistema de *Accountability* e o Controle de Corrupção

ACCOUNTABILITY SYSTEM AND CORRUPTION CONTROL

André Pascoal da SILVA¹

• RESUMO

O presente artigo cuida do tratamento geral das modalidades e instrumentos de *accountability*, a partir da depuração do seu conceito, sua abrangência, espécies (vertical e horizontal), agências e atores envolvidos: Ministério Público, Poder Judiciário, CPIs, Imprensa e Sociedade Civil. Assim, serão analisadas as concepções restritivas e ampliativas de *accountability* e a distinção entre *accountability* horizontal e vertical. Também serão abordadas questões como o princípio da desconfiança, a relação da *accountability* com os *checks and balances* e sua inserção no princípio federalista e nas formas de governo. Por fim, serão consideradas as relações entre as diversas agências de *accountability*, no exercício do controle de corrupção.

• PALAVRAS-CHAVE

Improbidade administrativa. *Accountability*. Agências. Controle de corrupção. Sistema político-jurídico.

• ABSTRACT

This is an article that deals with the concept, modalities and instruments of *accountability*, pointing out the existing tension the principles in relation to administrative improbity and the agents and actor involved : Prosecutors, Judiciary, parliamentary committes, Press and civil society. In addition, will be considered as restrictive and broad conceptions of *accountability* and the difference between horizontal and vertical *accountability*. Issues such as the principle of distrust, the relationship between *accountability* and the *checks and balances* and the insertion in the federalista principle and forms

¹ Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito/USP.

Promotor de Justiça do Patrimônio Público e Social da Capital – MP/SP

of government will also be addressed. Finally, the relationship between the various accountability agencies will be considered in the exercise of corruption control.

• **KEYWORDS**

Administrative improbity. Agencies. Corruption control. Accountability. Political and legal system.

INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é o tratamento geral das modalidades e instrumentos de *accountability*, a partir da análise de seu conceito sua abrangência, espécies (vertical e horizontal), agências e atores envolvidos: Ministério Público, Poder Judiciário, CPIs, Imprensa e Sociedade Civil.

Em seguida serão analisadas as concepções restritivas e ampliativas de *accountability*, segundo os agentes legitimados para o seu exercício e a partir da possibilidade de aplicação de sanções por estes.

Com isso, cuidar-se-á da distinção entre *accountability* horizontal e vertical. A primeira, relacionando-se intimamente com a ideia de controle intraestatal entre os diversos poderes, decorrente das democracias representativas. A segunda, como exercício da cidadania e do livre exercício dos direitos políticos ativos por parte dos eleitores, imprensa e sociedades organizadas, como corolário da própria liberdade de expressão, manifestação e associação.

Importante traçar o conceito de agência que está intimamente ligado à ideia de cargos não eletivos que são criados nas malhas burocráticas dos poderes, com legitimidade para exercer uma atividade de responsabilidade e controle perante órgãos de outros poderes.

Ainda, o artigo tem como objetivo o esclarecimento de questões como o princípio da desconfiança que inspira a própria ideia de *accountability*, na medida em que o controle e a fiscalização são propulsionados por um certo descrédito na atuação dos órgãos estatais. Além do mais, busca esclarecer a relação da *accountability* com os *checks and balances* e sua inserção no princípio federalista e nas formas de governo.

Por fim, sempre que possível, são consideradas as relações entre as diversas agências de *accountability*, principalmente a partir do momento em que são deflagrados os casos de repercussão política nacional de corrupção.

1. CONCEITO E MODALIDADES DE *ACCOUNTABILITY*

A nova ordem constitucional e a retomada do processo de democratização conduziram à evolução do sistema de *accountability*, operando sensíveis alterações no paradigma de controle institucional da atividade dos agentes políticos, acentuando a importância e o fortalecimento de instituições que passaram a ter como escopo, o controle externo das atividades da gestão pública, agindo como verdadeiras “agências de *accountability*”.

Accountability pode ser definida como conjunto de instrumentos de controle, fiscalização, responsabilização dos agentes públicos, associada à ideia de prestação de contas e transparência. Isso porque, “uma das mais importantes condições que conduzem à corrupção e muitas outras formas de comportamento antiético é a atividade conduzida em segredo”². Implica controle social (vertical) pelos próprios cidadãos e pela sociedade civil como um todo, como critério de aceitação política; no controle (horizontal) pelas instituições vocacionadas ao papel fiscalizatório da gestão pública.

Como ensina Charles D. Kenney:

De acordo com o Dicionário de Inglês Oxford, o “termo ‘*accountability*’ foi primeiramente usado por Samuel Williams em 1794, quando descreu o governo dos Americanos Nativos que moravam em Vermont. De acordo com Williams, este governo não tinha ‘constituição escrita ou carta magna; não tinha mútuos checks and balances, *accountability* e responsabilidade.’ (1794:140) ‘Responsabilidade’ e ‘*Accountability*’ aparecem para ser sinônimo aproximado do uso de Williams, e hoje, há quem afirme – como Jon Elster – que ‘*accountability*’, ‘responsabilidade’ e ‘responsividade’ são termos sinônimos’ (1999, p. 255)³.

² MILLER, Seumas. **Corrupção institucional**: estudo em filosofia aplicada. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Petrópolis: Vozes, 2021, p. 235.

³ No original: «*According to the Oxford Dictionary, the term ‘accountability’ was first used by Samuel Williams in 1794 when describing the government of the Native Americans living in Vermont. According to Williams, this government had ‘no written constitution, or bill of rights, no mutual checks, and balances, accountability and responsibility...’ (1794:140). ‘Responsability’ and ‘accountability’ appear to be roughly synonymous in Williams’ usage, and today one may say – as Jon Elster does – that ‘accountability’, ‘responsability’, and ‘answerability’ are ‘near synonymous terms’ (1999:255)*». KENNEY, Charles D. *Accountability horizontal: concepts and conflicts*. In: **Democratic Accountability**

Mas a própria definição de *accountability* não deixa de ser problemática, na medida em que encontra divergência entre os próprios comentadores que variam de uma concepção mais restritiva para um conceito mais amplo.

Para a concepção restritiva, a *accountability* apenas poderia ser exercida pelas agências em que haja não apenas um dever legal de fiscalização de outras agências ou instituições, mas também de impor sanções diretamente, aos agentes faltosos ou que cometam desvios de conduta. “Para este tipo de *accountability* ser efetiva deve existir agências estatais que são autorizadas e concebidas para supervisionar, controlar, reparar e/ou sancionar ações ilegais de outras agências estatais”⁴. Nesse conceito, estaria apartada a possibilidade de se inserir entre as agências do sistema de transparência e responsividade, o próprio Ministério Público, porque não teria possibilidade de impor diretamente sanções a outros órgãos ou agentes, a não ser com a provocação do Poder Judiciário.

Tal concepção pode ser amenizada por uma concepção intermediária que permite que órgãos públicos que tenham a função legal de fiscalizar a gestão de governança pública, como o Ministério Público, possam ser inseridos na tábua dos agentes de *accountability*. “Em um viés semelhante, ao Ministério Público no Brasil, falta a possibilidade de poder sancionamento direto, mas é esperado que mova processos em casos de delitos por agentes e agências públicas”⁵.

Frise-se que, ainda que com a concordância dos agentes faltosos, há a possibilidade de aplicação de sanções de caráter administrativo por parte do Ministério Público, por via dos acordos em legislações extraordinárias – como na Nova Lei de Improbidade Administrativa e na Lei Anticorrupção –, desde que devidamente homologados pela cúpula institucional. Contudo, tais acordos dependem da concordância expressa do próprio agente investigado.

in Latin America. MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. New York: 2003, Oxford University Press, p. 56-57.

⁴ No original : «(F)or this kind of accountability to be effective ther must exist state agencies that are authorized and willing to oversee, control, redress, and/or sanction unlawful actions of other state agencies». MAINWARING, Scott. **Democratic Accountability in Latin America.** In: Democratic Accountability in Latin America. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher, op. cit., p. 11.

⁵ No original : «In a similar vein, the Public Prosecution in Brazil lacks direct sanctioning power but is expected to file law suits in cases of wrongdoings by public officials and agencies». *Ibid.* p. 13.

Há, ainda, quem exclua a interpretação do próprio Poder Judiciário como instituição de *accountability*, na medida em que atua apenas mediante provocação, a despeito de seu poder de impor sanções criminais, civis e administrativas aos agentes faltosos, “porque não é um ator político, nem uma agente, mas apenas um braço independente do Estado”⁶.

Ora, tal conclusão é fruto de um raciocínio simplista e completamente dissociado da atualidade, na medida em que a discricionariedade judiciária e a jurisdicionalização da política mostram-se cada vez mais presentes, dentro do contexto político, seja sob o prisma da atividade integradora do Poder Judiciário, seja como mero ativismo judicial, seja porque “os agentes oficiais que são acusados por uma transgressão legal precisam responder para os tribunais”⁷.

No entanto, há a tendência ampliativa do conceito de *accountability*, segundo a qual, não só aqueles que impõem sanções ou exercem o poder legal de fiscalização, mas aqueles que possam cobrar uma prestação de contas a respeito da conduta praticada pelo agente público, possam ser considerados como agentes responsivos. Nesse sentido, os cidadãos, as sociedades civis e as ONGs e a própria imprensa podem ser considerados como verdadeiros agentes de *accountability*.

ONGs e grupos de vigilância com interesse na corrupção também têm proliferado nas duas décadas passadas, com grupos como Transparência Brasil, Congresso em Foco e movimento voto consciente, compelindo, analisando e publicando informações sobre políticos e corrupção⁸.

⁶ No original: «[...] because it is neither a principal nor an agente but rather na independente branch of the state». *Ibid.*, p. 15.

⁷ No original: «[...] public officials who are accused of a legal transgression need to answer to the courts». *Ibid.*, p. 15.

⁸ No original: «Non-governmental civic associations and watchdogs groups with na interest in corruption have also proliferated over the past two decades, with groups such as Transparência Brasil, Congresso em Foco Consciente compiling, analyzing, and publicizing information about politicians and corruption». TAYLOR, Mathew M. ; POWER, Timothy J. Introduction to: **Corruption and democracy in Brazil** : the struggle for accountability. Notre Dame, Indiana: Notre Dame University, Indiana, 2011, p. 15.

Particularmente, entende-se que tal concepção coaduna-se com o espírito⁹ inspirador do instituto, pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, porque se assenta no próprio princípio democrático de possibilidade de participação política da sociedade civil e dos seus rumos políticos, mediante o exercício de parcela de sua cidadania e de seu poder deliberativo, que deve ser preservado e incentivado como faceta da capacidade política ativa e pacífica da população.

Tanto isso é verdade que os fundamentos do instituto deitam sua origem na tradição democrática federalista. “Madison e Hamilton usaram os termos ‘*accountable*’ e ‘*unaccountable*’ no sentido de *accountability* vertical no “Federalista nº 55 e 70”¹⁰. Daí se depreende uma ideia de controle exercido pelo próprio eleitorado, em relação aos órgãos responsáveis pela governança pública. Ou seja, já estava ínsita, a ideia de “controle”, “responsabilidade” e “prestação de contas”.

Por fim, é inegável que, diante do contexto da sociedade pós-constituição de 1988, o poder dos meios de comunicação de massa e da própria opinião

⁹ No sentido hegeliano de “espírito”, visando ao coletivo. O fracasso da filosofia da subjetividade ou do empirismo se dá porque limitam a consideração do conhecimento à relação singular ou momentânea de um sujeito em relação ao objetivo, ao mundo exterior. A partir de Fichte, enfatiza-se a importância do coletivo e do costume. O indivíduo depende da coletividade. Quase a totalidade do conhecimento praticado pelos indivíduos, depende da história. Nós somos o resultado de nossa época. Com Hegel, já a noção de Estado passa a ser mais bem estruturada num contexto histórico. No longo período de transformação da noção de espírito, perdeu-se a crença de que o indivíduo não pode superar seu entorno determinado historicamente. O limite do indivíduo é definido pelo momento em que se encontra o seu semelhante, pela possibilidade de compreender o estágio de desenvolvimento em que está inserido. Assim, Hegel determina a passagem para sociedade civil e a ideia do estado como “absoluto” representativo dos interesses comuns particulares: “De resto, a criação da sociedade civil pertence ao mundo moderno, que pela primeira vez faz justiça a todas as determinações da ideia. Se o Estado é representado como unidade de pessoas diversas, como unidade que é apenas ser-em-comum, então com isso só se tem em vista a determinação da sociedade civil”. HEGEL, G. W. F. **Linhas fundamentais da filosofia do direito**. Tradução: Marcos Lutz Müller. São Paulo: 34, 2022, p. 439.

¹⁰ No original: «*Madison and Hamilton used the terms ‘accountable’ and ‘unaccountable’ in the sense of vertical accountability in The Federalist Nos. 55 and 70*». KENNEY, Charles D. *Accountability horizontal: concepts and conflicts*. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher, *op. cit.*, p. 56.

pública, representada pela sociedade civil, acabam por interferir sobremaneira no jogo político e nas altas decisões tomadas pelos centros sensíveis de poder. Tal pressão exercida por esses agentes comuns acaba por representar, no limite, uma forma de sanção social indireta, na medida em que implica a perda de representatividade e a quebra de legitimidade pelos órgãos responsáveis pela gestão pública: “organizações de mídia frequentemente intervêm como ‘árbitros’ em disputas entre os três poderes constitucionais, em nome de estabilidade política”¹¹.

Por tal razão, os cidadãos e a imprensa devem ser considerados como agências de *accountability*, já que consistem em grupos legítimos que podem exercer a prestação de contas e exercer uma pressão indireta nos agentes públicos, principalmente aqueles que são investidos em cargos políticos mediante sufrágio popular.

Em algumas ocasiões, a arquitetura social das agências de *accountability* não acarretam sanções obrigatórias, mas simbólicas. Em contextos democráticos, onde a vida política dos agentes eleitos depende de angariar o maior número de votos, os custos de reputação que podem resultar destas ações podem se tornar uma ameaça à sua sobrevivência política¹².

Dá se deflui a distinção entre *accountability* horizontal e vertical. A primeira, relacionando-se intimamente com a ideia de controle intraestatal entre os diversos poderes decorrente das democracias representativas. A segunda, como exercício da cidadania e do livre exercício dos direitos políticos ativos por parte dos eleitores, imprensa e sociedades organizadas, como corolário da própria liberdade de expressão, manifestação e associação.

¹¹ No original: «*media organizations have frequently intervened as ‘arbiters’ in disputes between the three constitutional branches in the name of political stability*». PORTO, Mauro P. **The media and political accountability**. In : **Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability**. TAYLOR, Mathew M. ; POWER, Timothy J., *op. cit.*, p. 121.

¹² No original: «*In many occasions socially engineered strategies of accountability do not entail mandatory sanctions, bu rather, symbolic ones. In democratic contexts, where the political life of elected officials depends on getting the greatest number of votes, the reputational costs that they may result from these actions can become a threat to their political survival*». SMULOVITZ, Catalina et al. Societal and Horizontal Controls. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher, *op. cit.*, p.312.

“Como notado, a justificação geral para a existência da mídia como fórum público é que membros do público – ou pelo menos seus representantes ou porta-vozes – possuem um direito moral de se dirigir ao público em geral”¹³.

Assim, de acordo com Guillermo O’Donell, podem ser inferidos quatro aspectos a respeito da *accountability* horizontal, aquela exercida entre os agentes que compõem os órgãos da administração pública.

1. Como no caso de *accountability* vertical, os objetos da *accountability* horizontal são agentes estatais;
2. Ao contrário da *accountability* vertical, os sujeitos da *accountability* horizontal são também agentes estatais;
3. Os meios da *accountability* horizontal incluem supervisão, sanções e impeachment;
4. O escopo da *accountability* horizontal é limitado por ações ou omissões qualificadas como ilegais (incluindo violações à lei maior do país, sua constituição)¹⁴.

2. ACCOUNTABILITY E O CONTROLE DE CORRUPÇÃO

Por outro lado, ainda é possível distinguir o controle das atividades estatais em três eixos básicos: o controle burocrático, o controle judicial e o controle não estatal.

O controle democrático da corrupção, lançados esses elementos, deve estar balizado em uma concepção tridimensional e integrada, de acordo com um ideal político de interesse público. Se o problema do controle da corrupção é associar um ideal político de interesse público, propomos uma tipologia assentada nos seguintes tipos: **i)** controle administrativo-burocrático; **ii)** controle judicial; e **iii)** controle público não estatal. Nas ordens democráticas, o controle da corrupção deve ser exercido na integração dessas três

¹³ MILLER, Seumas. **Corrupção institucional**: estudo em filosofia aplicada, op. cit., p. 438.

¹⁴ No original: «1. As is the case with vertical accountability, the objects of horizontal accountability are state agents; 2. Unlike vertical accountability, the subjects of horizontal accountability are also state agents; 3. The means of horizontal accountability include oversight, sanctions, and impeachment; 4. These scope of horizontal accountabilityh include oversight, sanctions, and impeachment». KENNEY, Charles D. Accountability horizontal: concepts and conflicts. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher, op. cit., p. 57.

dinâmicas, conforme uma concepção mais ampla de *accountability*. A não integração dessas três formas de controle da corrupção desencadeia/proporciona um processo crescente de deslegitimação política. A seguir, especificamos cada uma dessas categorias, ancoradas nas tradições de pensamento já descritas, para o entendimento do controle da corrupção¹⁵.

O controle burocrático, mais associado ao direito administrativo, é exercido por agências especializadas, na qual impera a lógica da vigilância. Tal controle pode ser externo ou interno, tratando de modalidade de *accountability* horizontal.

O controle burocrático, dessa forma, é o tipo de controle da corrupção derivado da existência de agências especializadas, capazes de averiguar, vigiar e corrigir a eventual ação ilegítima praticada pelos agentes públicos, no exercício de suas funções, conforme a legalidade que define o conteúdo da ação legítima¹⁶.

A vigilância excessiva tem como ponto negativo o estímulo, ainda que involuntário, de criar maior burocracia, principalmente pelos órgãos de controle interno. Isso pode gerar maior corrupção, como emprego de artifícios para burlar barreiras correccionais ou fiscalizatórias específicas. “O que é possível perceber a partir dessa linha de análise é que o controle estatal burocrático também gera seus riscos, e o principal deles parece ser uma ampliação desmedida dos órgãos de controle, sem nenhuma relação com a preocupação da gestão eficiente do Estado”¹⁷.

Ainda, não se pode deixar de vislumbrar um caráter nitidamente weberiano de instrumentalidade e racionalidade, como formas de controle da atividade estatal, por meio da transparência e da responsividade, ínsitas à ideia de *accountability*, porque tencionada à busca de maiores eficácia e economicidade, no gerenciamento dos interesses públicos. “A busca por

¹⁵ AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011, p. 17.

¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷ *Ibid.*, p. 17.

cálculo e eficiência a todo custo conduz à burocratização e à reificação das atividades humanas”¹⁸.

O controle judicial civil é mais relacionado com a regularidade das atividades administrativas dos agentes públicos e à ponderação e julgamento da discricionariedade. No âmbito criminal, busca-se a responsabilização penal dos agentes que cometeram atos de improbidade administrativa. Nesse caso, há uma verdadeira sobreposição do controle judicial sobre a burocracia.

No que diz respeito à experiência brasileira, é de se notar, também, que existe uma sobreposição do controle judicial em relação ao controle administrativo burocrático, especialmente no que diz respeito à capacidade do Judiciário de rever decisões administrativas. Dessa forma, o controle judicial é uma forma de controle externo exercido exclusivamente pelo Judiciário, tendo em vista a dimensão cível e penal das leis¹⁹.

Por fim, há o controle não estatal, imposto pelo debate público e editorial mais amplos, com a mais ampla publicidade e transparência possíveis. Seu objetivo principal é acionar o controle interno ou externo estatal, exercendo-se uma verdadeira *accountability* vertical.

O exercício do controle público não estatal demanda uma estrutura de direitos assentada, precipuamente, na personalidade política do cidadão, tendo em vista liberdades políticas fundamentais, tais como: liberdade de imprensa, liberdade de opinião, direito de votar e de ser votado e liberdade de associação. O controle público não estatal deve ser exercido institucionalmente²⁰.

No Brasil, pode-se considerar como órgãos de controle horizontal de *accountability*: os Tribunais de Contas, as CPIs, a Polícia Federal, o Poder Judiciário e o Ministério Público. A imprensa e a sociedade civil aparecem como agências

¹⁸ No original: «*The search for calculation and efficiency at any price leads to the bureaucratization and reification of human activities*». LÖWY, Michael. Marx and Weber: critics of capitalism. In : **New Politics**, v. XI, n. 2, p. 42, 2007.

¹⁹ AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**, *op. cit.*, p. 18.

²⁰ *Ibid.*, p. 19-20.

de controle vertical, mas não se pode deixar de lado, a existência de outras importantes instituições que exercem nítidas atividades de *accountability*, na malha burocrática estatal.

Ainda mais instituições estão envolvidas no processo de *accountability* em nível federal. Dentro do Poder Executivo, uma série de instituições podem potencialmente exercer um papel no processo de *accountability* [...] O Banco Central e a Receita Federal performam um importante papel de supervisão no rastreamento de fluxos financeiros, ajudados por grupos de cruzamento de burocracia como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)²¹.

Há quem sustente que todo e qualquer tipo de *accountability*, pelo simples fato de impor sanções aos agentes públicos, em uma relação hierarquizada e coercitiva, deve ser subsumida à ideia de *accountability* vertical, apegando-se à estreiteza da locução, por implicar ideia de punição que é impingida por órgãos superiores a agentes inferiores. Nessa análise, dir-se-ia meramente literal, mesmo a *accountability* horizontal exercida por uma rede de agentes e órgãos que se interrelacionam, em situação de controle, fiscalização e responsividade, redundaria em um controle vertical, na medida em que impõem sanções a agentes que se encontram hierarquicamente abaixo do órgão sancionador.

Tal raciocínio não pode se sustentar, porquanto na *accountability* horizontal há uma rede de agentes que exerce controle interestatal, como corolário do próprio federalismo e da divisão de poderes, em que cada poder conserva sua autonomia, mas não está livre da supervisão e controle das agentes originários de outros Poderes. “É certo que o código do direito e o código do poder sempre apresentam prerrogativas um para o outro para que assim possam satisfazer suas respectivas funções”²².

²¹ No original: «*Even more institutions are involved in the accountability process at the federal level. Within the executive branch alone, a host of institutions can potentially play a role in the accountability process [...] The Central Bank and the Federal Revenue Service perform an important oversight role in tracking financial flows, aided by cross-bureaucracy working groups such as the Council for the Oversight of Financial Activities (COAF)*». POWER, Timothy J. ; TAYLOR, Mathew. Introduction to: **Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for accountability**, *op. cit.*, p. 18.

²² HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. Trad. Rúrion Melo e Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2021, p. 224.

Além do mais, o mero apego à questão hierárquica mostra-se insuficiente, já que tal argumento não daria conta de explicar a possibilidade de *impeachment* do Presidente da República, mediante a maioria qualificada dos congressistas e o concurso da Suprema Corte Nacional, quando não há claramente uma relação de hierarquia entre os órgãos envolvidos no sancionamento decorrente do exercício da *accountability*. Assim, “relações envolvendo sanções não são necessariamente verticais”²³.

3. ACCOUNTABILITY E DEMOCRACIA

Por essa mesma razão, embora o instituto da *accountability* tenha forte inspiração no princípio democrático e por isso tenha afinidades com os instrumentos de *check and balances*, com esses não pode ser confundido, já que o primeiro não se consubstancia em mera corporificação do controle exercido por um poder perante o outro, como nos últimos. Embora sua natureza vise à fiscalização de agências situadas em outros poderes, distintos daquele à qual está a serviço, ela decorre da própria compartimentação burocrática estabelecida para o funcionamento autônomo de cada poder estatal.

Da mesma forma, freios e contrapesos legislativo e *accountability* horizontal são condições para a efetiva separação de poderes: sem estes mecanismos, as diferentes agências do governo podem ser ineficazes para defender sua autonomia contra invasão, como Madison explica no Federalista nº 51²⁴.

No mesmo sentido, o mero desacordo político entre os diferentes poderes não implica o reconhecimento do exercício de *accountability*, sublinhando a diferença do instituto com os meros instrumentos de *checks and balances* inerentes à tripartição de poderes.

²³ No original: «*Relationships involving sanctions are not necessarily vertical*». KENNEY, Charles D. *Accountability horizontal : concepts and conflicts*. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ No original: «*Likewise, legislative checks and balances and horizontal accountability are a condition for the effective separation of powers; without such mechanisms, the diverse agencies of government would be unable to defend their autonomy against encroachment, as Madison explains in the Federalist n. 51*». *Ibid.*, p. 60.

[...] nem todos os freios e contrapesos são uma subdivisão de *accountability*. Desacordos políticos, per se, entre o legislativo e o executivo não constituem necessariamente uma relação de *accountability* [...], porque não envolvem o elemento de responsividade e sancionamento. A distinção entre *accountability* e *checks and balances*, entretanto, é muitas vezes tênue; freios e contrapesos podem constituir mecanismos de *accountability*”²⁵.

O instituto da *accountability*, embora seja plenamente compatível com o sistema presidencialista, está intimamente ligado à ideia de responsabilização de gabinetes, típica do parlamentarismo, em que é possível a destituição do diretório, toda vez que haja quebra de confiança ou não atendimento dos objetivos previamente traçados. “Isso refere-se principalmente para a responsividade política e a possibilidade de remoção de gabinete”. Mas, por sua vocação democrática, acaba se acomodando em ambos os regimes, exercendo importante papel de controle e responsividade, mas de forma diferida, no sistema presidencialista que, não estando baseado no princípio da confiança, relega a oportunidade de controle externo e ulterior das ações porventura irregulares. “Em contraste, o *impeachment* nos sistemas presidenciais, enquanto na democracia parlamentar o gabinete ou ministério responde para a legislatura, a sanção da legislatura não é alcançada senão por um procedimento judicial sancionatório”²⁶.

A ideia de *accountability* não apenas se assenta na possibilidade de um exercício de controle mútuo entre as instituições e de fiscalização onisciente por parte da sociedade civil e da imprensa, mas também parte da premissa de uma desconfiança por parte das agências responsivas que impele o devido acompanhamento da atividade gerencial exercida pelos agentes públicos investidos de poderes políticos. Evidentemente, muitos aspectos estão envolvidos na análise deste “princípio de desconfiança”.

²⁵ No original: «[...] not all checks and balances are a subset of accountability. Political disagreement per se between the legislature and the executive does not necessarily constitute a relationship of accountability [...] The distinction between accountability and checks and balances, however, is sometimes a fine one ; checks and balances can constitute mechanisms of accountability» MAINWARING, Scott. Introduction to: **Democratic Accountability in Latin America**, *op. cit.*, p. 16-17.

²⁶ *Ibid.*, p. 11.

Este conceito delimita um particular tipo de interação entre agências estatais, mais estreito que o completo conjunto de controle e trocas entre estas agências. Em todos os casos de *Accountability* horizontal, uma agência estatal dada, diretamente ou como meio de mobilizar outras agências (geralmente uma Corte) encaminha outra agência estatal (ou agências), nas bases dos argumentos legalmente fundamentados sobre presumíveis ações ilegais ou omissões pelo último²⁷.

Em outras palavras, se o aparato técnico de uma instituição é preestabelecido e ordenado para o exercício do controle e da fiscalização de uma outra instituição, está pressuposta a ideia de desconfiança nas interações e relações entre as agências de *accountability*.

Embora seja fruto de uma legítima preocupação que deve estar presente, inclusive do ponto de vista técnico, no que diz respeito à lisura da condução da coisa pública, dos princípios da moralidade administrativa e das melhores escolhas que devem ser observadas em atendimento ao interesse público, não se pode descartar seu sinuoso caráter político, seja como meio de constrição e oposição partidária, seja como meio de pressão ou manipulação política dos demais das agências de *accountability* horizontal – Ministério Público e Judiciário – e vertical – imprensa e opinião pública.

Por isso, são indissociáveis as características de instilar a atenção ou “alarmar” a opinião pública para determinado assunto (*‘fire alarms’*), reacendendo o debate de determinado tema, cooptando a atenção popular, política e das manchetes midiáticas, tão comuns em nossa história recente. “Além do mais, ações de *accountability* social – principalmente se elas são vigorosas, substanciosas, e ganham atenção pública difusa – devem enviar fortes sinais para os políticos que desejam ser eleitos ou reeleitos”²⁸.

²⁷ No original : «*This concept delimits a particular kind of interaction among state agencies, narrower than the whole set of controls and exchanges among these agencies. In all the cases of HA, a given state agency, directly or by means of mobilizing another agency (often a court) addresses another state agency (or agencies), on the basis of legally-grounded arguments about presumably unlawful actions or inactions of the latter*». O’Donnell, Guillermo. Horizontal Accountability: The legal institutionalization of mistrust. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher, *op. cit.*, p. 35.

²⁸ No original: «*Furthermore, actions of societal accountability – particular if they are vigorous sustained, and gain widespread public attention – may send strong signals to politicians to be elected or re-elected*». *Ibid.*, p. 48.

Em contrapartida, não se pode deixar de observar que essa desconfiança defluiu de um longo e duradouro processo de desmandos e descaso dos agentes políticos para com a coisa pública, diante de uma massa de cidadãos completamente amordaçada; uma sociedade em que as instituições estavam implicitamente aparelhadas com os interesses dos gestores públicos, enfraquecida e incapaz de não apenas exercer um controle mais minucioso e contundente acerca das escolhas políticas, como também de impor sanções e limites a tais atividades. Aliada à “desconfiança” há uma enorme descrença popular que pode ser compensada com a possibilidade de controle participativo indireto dos agentes populares na própria condução dos destinos da sociedade, mediante uma integração ao processo histórico, expressados na ideia de *accountability*.

Em um Estado democrático de direito ou, mais ou menos equivalente, sob um regramento democrático da lei, ninguém é de *legibus solutus*. Em plena linguagem, sob esse tipo de situação ninguém está acima ou perante a submissão de obrigações estabelecidas pelo sistema legal (claro, incluindo a constituição). Note-se que isso é um corolário da proteção da participação e dos direitos civis; do contrário, subsistiria o sério risco que os que estiverem no poder evitem estes direitos – exatamente aqueles cuja desconfiança empodera a prevenção pelos detentores da esperança²⁹.

Frise-se que, a menos no que se refere à *accountabilty* vertical exercida pela sociedade civil, em certo aspecto pela própria imprensa, há ainda uma verdadeira “desconfiança” com relação à ineficácia das agências de controle horizontal, que impõem a ação social.

Por outro lado, se as responsabilidades da *accountability* horizontal existem na letra da lei, mas as respectivas agências mostram-se ineficazes perante poderes superiores, as consequências serão

²⁹ No original: «*In a democratic Rechtsstat, or Estado Democrático de Derecho ou, more or less equivalently, under a democratic rule of law, nobody is de legibus solutus. In plain language, under this kind of situation nobody is above or beyond submitting to the obligations established by the legal system (the constitution or course included). Notice that this is a corollary of the protection of participatory and civil rights ; otherwise, there wouls subsist the serious risk that those in power may void these rights – exactly what those who mistrust power holders hope to prevent*». *Ibid.*, p. 43.

não apenas a facilitação de transgressões para estes poderes, mas também o descrédito destas agências³⁰.

No entanto, a alta margem de manipulação e de subversão dos princípios inspiradores da própria ideia de *accountability* pode conduzir a utilização dos seus diversos instrumentos, por seus agentes, com os mais diversos fins, nas mais diversas áreas, para fins de mero populismo, no âmbito político, econômico e, até mesmo, jurídico.

Contudo, como se viu, há uma tendência por parte da doutrina especializada (MORENO; CRISP; SHUGART) de limitação do conceito de *accountability* apenas para aqueles casos em que há uma relação hierarquizada entre um agente e um principal, em que seja possível a aplicação de sanções de forma direta: “um está acima na cadeia de autoridade perante o outro e, portanto, pode sancioná-lo”³¹.

Para tal posicionamento, não haveria uma relação de *accountability* propriamente horizontal, porque não haveria a possibilidade de sancionamento direto, por força de competências preestabelecidas funcional e hierarquicamente.

4. AGÊNCIAS E DELEGAÇÃO

Conquanto não se compactue particularmente com o aludido ponto de vista, de tal concepção restritiva emerge um conceito que pode ser validamente utilizado para a compreensão dos debates inerentes ao tema: o conceito de agência.

Em termos de *accountability*, o conceito de agência está intimamente ligado à ideia de cargos não eletivos que são criados nas malhas burocráticas dos poderes, com legitimidade para exercer uma atividade de responsabilidade e controle perante órgãos de outros poderes. Em alguns casos, a legitimidade decorre da investidura em cargos públicos; outros, por deliberação indireta do

³⁰ No original: «*Conversely, if responsibilities of horizontal accountability exist in the letter of the law but the respective agencies are rendered ineffective by superior powers, the consequences will be not only facilitating transgression of the powers but also the discrediting of those agencies*» *Ibid.*, p. 51-52.

³¹ No original: «*one is higher in the chain of authority than another and thus can sanctioning the other*». The accountability deficit in Latin America. MORENO, Erika; CRISP, Brian F.; SHUGART, Mathew Soberg. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. **Democratic Accountability in Latin America**, *op. cit.*, p. 80.

próprio órgão. Mas nunca por uma relação direta de prestação de contas, por força de representatividade política derivada do sufrágio popular. “Décadas de reforma pela América Latina produziram uma complexa rede de agências responsáveis por funções superintendentes sobre os diversos ramos do governo”³².

Depreende-se de tal conceito uma noção de “superintendência” e “delegação”. Superintendência porque está relacionada ao esquema burocrático de cada poder afetado, suas ramificações e suas seções, para cumprimento das diversas funções pelas quais fora investido. Delegação, pela relação de referência a um poder decisório central, que acaba fragmentando a sua função diretiva, por questões de operacionalidade e eficiência. “Nós chamamos essas formas de relações horizontais de superintendência. Este termo captura seu papel como ‘cães de guarda’ e provedores de informação – um papel que sugere que eles vão preencher o componente de responsividade da *accountability*”³³.

Desse modo, essas agências não possuem uma relação de verticalidade com os cidadãos, na medida em que não foram escolhidas para o exercício de poderes delegados pelos próprios eleitores para determinada legislatura. Mas, como no sistema presidencialista, os cidadãos não possuem poder para diretamente “cassar”, “demitir” ou “aplicar sanções” aos seus representantes que não cumpram devidamente com os seus misteres ou quebrem a relação de confiança originariamente estabelecida com seus representados. São essas “agências” que irão exercer *accountability* que vise à responsabilização dos agentes públicos por atos de corrupção, desvio de poder ou conduta moralmente inadequada.

Sistemas presidenciais implicam uma mistura de *accountability* vertical com trocas horizontais. Além disso, os sistemas da América Latina criaram mais e mais agências de superintendência. Essas agências de supervisão são parte da estrutura horizontal do Estado por extensão de que elas têm status condicional ao do Executivo,

³² No original: «*Decades of reform across Latin America have produced a bewildering array of non-elected agencies responsible for superintendence functions over the branches of government*» *Ibid.*, p. 81.

³³ No original: «*We call these forms of horizontal relationships superintendence. This term captures their role as watchdogs and providers of information – a role that suggests they may fulfil the aswerability component of accountability*». *Ibid.*, p. 81.

Legislativo e setores do Poder Judiciário, mas uma de suas mais importantes funções é dar assistência à *accountability* vertical provendo informações que os políticos eleitos e os cidadãos devem deter para auditar seus agentes. Algumas das agências de supervisão também possuem funções persecutórias, trazendo casos de supostas violações legais antes do Judiciário ou impondo suas próprias sanções³⁴.

Assim, agências horizontais podem ser consideradas como diversos órgãos públicos que, a rigor, em nosso direito administrativo tradicional, estão relacionados a instituições ou até mesmo poderes estatais, mas que exercem uma função de controle, responsividade e poder de cobrar transparência e contas perante outros órgãos, mas que integraram a cadeia burocrática dos poderes em que estão inseridos, por vias diversas da eleição popular. Nesse conceito, estão inseridos o Ministério Público, as Polícias Judiciais, Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), Defensoria Pública, Controladorias, Tribunais de Contas como agências de *accountability* horizontal.

Incluem os vários componentes, do lado do Judiciário, do sistema de justiça: a Controladoria, o Ministério Público, Defensoria, e outras entidades dotadas de poderes de vigilância de setores do Executivo (e algumas vezes, do Legislativo). Algumas vezes, estas entidades têm autoridade sancionatória, mas geralmente sua função primária é ativar ‘alarmes de incêndio’ quando testemunham delitos. Por exemplo, eles devem levar a público os delitos e talvez levá-los às cortes ou a comitês do Congresso dotados de poderes de para a abertura do processo de impeachment³⁵.

³⁴ No original: «*President systems entail a mixture of vertical accountability and horizontal Exchange. Additionally, Latin American systems are creating more and more superintendence agencies. These oversight entities are part of the horizontal structure of the state to the extent that they have constitutional status alongside the executive, legislative, and judicial branches, but one of their most important functions is to assist vertical accountability by providing information that elected politicians and citizens can use is holding their agents accountable. Some of the oversight agencies also have prosecutorial functions, bringing cases of alleged legal variations before the judiciary or imposing their own sanctions*». *Ibid.*, p. 91.

³⁵ No original : «These include the various componentes aside from the judiciary, of the justice system: the Controladoría, Fiscalía, Defensoría, and Other entities charged with watching over the actions of the executive (and sometimes legislative) branch. Sometimes these entities have sanctioning authority, but often their primary function is to pull a ‘fire alarm’

Em verdade, partindo-se da premissa de que as novas democracias não estão devidamente desenvolvidas para o exercício do controle de *accountability*, pela relação verticalizada entre “principais” (eleitores) e “agentes” (políticos), há a necessidade da criação desse emaranhado confuso e disperso de agências para o devido exercício da supervisão de transparência e responsabilidade, com a possibilidade de instauração de procedimentos ou processos para a aplicação da devida sanção. “Os princípios constitucionais madisonianos designam que o presidencialismo moderno está sedimentado nas trocas horizontais entre agentes com diferentes laços de *accountability* vertical atados à cidadania”³⁶.

Por isso, àqueles que negam a existência de uma verdadeira rede ou cadeia que dê sustentáculo à consolidação da ideia de *accountability* horizontal, está ínsita a ideia de trocas horizontais entre essas agências com os centros de *accountability* vertical. Em outras palavras, a partir do relacionamento e do apoio dessas agências, é possível o efetivo controle vertical e aplicação de sanções aos agentes políticos. “Na famosa frase de Madison, ambição deve ser confrontada por ambição. A noção de compensação de incentivos, como aquele de que os legisladores e o Executivo não podem colidir em detrimento do principal (cidadãos)”³⁷.

Mas para que esse relacionamento ocorra de forma politicamente viável e eficaz, é necessário que cada uma das agências responsáveis pela *accountability* horizontal possua independência funcional, que garanta a integridade de suas ações e o exercício desembaraçado de suas funções. Elas precisam ser dotadas de autonomia funcional e de garantias que não impossibilitem ou tornem inócua sua atuação a partir de sua relação com outras instâncias ou outros segmentos estatais, ainda que orientados para diferentes funções e tenham objetivos orientados para outras competências técnicas.

when they witness misdeeds. For instance, They may publicize misdeeds and perhaps refer them to the courts or to a congressional committee charged with opening an impeachment inquiry». Ibid., p. 91.

³⁶ No original: «*The Madisonian principles of constitutional design that modern presidentialism rests upon rely on horizontal Exchange between agents with diferente vertical accountability ties to citizenry». Ibid.*

³⁷ No original: «*In Madison’s famous frase, ambition must be pitted against ambition. The notion is that of countervailing incentives, such that legislators and the executive do not collude with one another to the detriment of the principal (citizens)». Ibid.*

Uma agência deve ser independente (no sentido de ter uma razoável separação do poder de origem e alto grau de separação de sobrevivência), ainda não ser equipada para se comprometer em trocas horizontais se suas funções não se sobrepõem, em alguns aspectos, com outros ramos, em particular, dos cargos eletivos³⁸.

Para que essa intrincada rede de *accountability* horizontal se viabilize, é necessário ainda que haja espírito coletivo de cooperação entre as diversas agências, orientadas e dotadas de funções institucionais direcionadas aos mais diversos fins porque, no limite, todas elas devem ter como escopo principal e último o interesse público e os fins últimos da atividade estatal.

Esta é a essência da troca: enquanto os ramos são independentes, no sentido de que eles possuem diversas fontes de autoridade, eles não estão completamente separados, em termos de funções. Eles precisam cooperar entre si para cumprir suas missões. Em suma, suas funções se sobrepõem³⁹.

CONCLUSÃO

Vimos como funciona, sumariamente, o sistema de *accountability* e como foi alterada a estrutura de controle das atividades governamentais, principalmente com o novo perfil democrático estabelecido no período de abertura no Brasil, como também em diversas novas democracias da América Latina. “Estas questões adquiriram urgência na América Latina contemporânea por conta da maior preocupação pública sobre corrupção e ações governamentais impróprias, por um lado, e sobre o potencial comprometimento entre resultados políticos e *accountability*, por outro lado”⁴⁰.

³⁸ No original : «An agency may be independente (in the sense of having a reasonably high degree of separation of origin and survival), yet not be equipped to engage in horizontal exchange if its functions do not overlap in some respects with those of other branches and, in particular, of the elected branches». *Ibid.*, p. 96.

³⁹ No original: «Such is the essence of exchange: while the branches are independent in the sense that they have separate bases of authority, they are not fully separate in terms of their functions. They need to cooperate with one another in order to accomplish their tasks. Their functions, in short, overlap». *Ibid.*, p. 95.

⁴⁰ No original: «These issues have acquired urgency in contemporary Latin America because of heightened public concern about corruption and improper governmental actions, on the one hand, and about potential tradeoff between policy results and accountability, on the

Mais relevante, ainda, é ter em mente a forma como as agências de controle horizontal de *accountability* acabam se interrelacionando, impondo não apenas troca de informações ou provocação da ação política de umas com as outras, mas muitas vezes, sobreposição e até mesmo manipulação tendente a uma ação direcionada para fins políticos não explícitos. Como reage a imprensa com a sua relação com o Ministério Público? Como é conduzida a opinião pública? Como o Poder Judiciário deve manter a imparcialidade no julgamento dos casos de repercussão? Com qual equidistância, lisura e racionalidade devem atuar as CPIs?

Note-se que é possível vislumbrar o entrelaçamento das várias agências de *accountability*, sendo impossível afirmar que não haja sobreposição de poderes e interesses ou, ao menos, uma influência na conduta dos agentes envolvidos na elucidação de determinado caso ou escândalo de corrupção; ou ainda, no campo político, aqueles que pretendem apenas uma oportunidade para exercer um papel performático ou populista. “A maior ameaça para a existência de poderes compensatórios é a presença de relações informais de hierarquia entre ramos formalmente independentes”⁴¹.

O próprio Poder Judiciário que sempre teve um papel equidistante na tradicional separação dos poderes passou a atuar com maior visibilidade, incorrendo naquilo que convencionou chamar de ativismo judicial, mormente no que se refere às pressões para atender aos reclamos da opinião pública e do clamor popular. Assim, os magistrados, ao terem certa margem de atuação no âmbito desta principiologia porosa, passam a decidir com certo cariz ideológico. Ocorre praticamente uma tensão constitucional a partir da judicialização da política e da economia.

Já o ativismo judicial é uma estratégia mais expansiva e proativa de interpretação do direito, usada pelos juízes para maximizar o sentido e o alcance de normas constitucionais. Mesmo que não se confunda com a livre criação do direito, essa estratégia

other». MAINWARING, Scott. Introduction to: **Democratic Accountability in Latin America**, *op. cit.*, p. 05.

⁴¹ No original: «*The greatest threat to the existence of countervailing ambitious is the presence of informal hierarchical relations between formally independent branches*». MORENO, Erika et al. The Accountability deficit in Latin America. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. **Democratic Accountability in Latin America**, *op. cit.*, p. 97.

hermenêutica pode gerar tensões institucionais, seja por abrir caminho para a politização da justiça, seja em razão da falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias⁴².

Por tais razões, conjugação de diferentes esferas de *accountability*, da natureza diversa das agências envolvidas, com princípios e fins diversos – conquanto, no limite, o interesse público devesse preponderar – traça um panorama inusitado, onde os traços de manipulação e populismo não podem ser dissociados de toda a sua elocução.

Agentes operam em cenários complexos, com múltiplos interesses envolvidos em esforços políticos e competindo para persuadir cidadãos. Enquanto esta variedade de fontes de informação aumenta a capacidade de monitoramento pelos cidadãos, informações contraditórias que geram descrédito sobre sua confiabilidade podem ser usadas por incumbentes para suas vantagens com estratégias de descrédito⁴³.

Ora, casos de corrupção envolvem órgãos cujas regras e princípios são do domínio de um número limitado de especialistas que, pelo seu linguajar técnico, jamais poderia esclarecer ou deixar estreme de dúvidas sua atuação lídima ou maculada, perante uma sociedade civil, ao mesmo tempo sequiosa de informações e notícias, mas sobretudo de cobrança de controle da moralidade pública. “E assim o processo comunicativo é fundamentalmente assimétrico, ainda que não completamente monológico ou de sentido único”⁴⁴.

⁴² FARIA, José Eduardo. **Corrupção, política e moralidade pública**: debates. São Paulo: Perspectiva, 2019, p. 47.

⁴³ No original: «*Agents operate in complex scenarios, with multiple interests involved in political struggles and competing to persuade citizens. While this variety of sources of information increases the monitoring capacity of citizens, contradictory information that generates mistrust regarding their reliability may be used by incumbents to their advantage with strategies of discredit*». MARAVALL, José María. Accountability and manipulation. In: PRZEWORSKI, Adam et al. **Democracy, accountability and representation**, *op. cit.*, p. 192.

⁴⁴ THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução: Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 31.

No regime presidencialista, como o nosso, não há uma quebra de confiança imediata entre representante e o principal – o povo – que possa reverter em um *déficit* político e no sancionamento simbólico ou diferido do primeiro. “Relações de delegação correm em uma direção – do principal ao agente – enquanto relações de *accountability* correm na direção oposta – do agente ao principal”⁴⁵.

Além do mais, a tecnicidade ínsita ao tema da improbidade administrativa e a forma como a verdade é transmitida à sociedade civil organizada, impede o conhecimento do que realmente ocorreu, não só pelo caráter sigiloso e encoberto das operações, como pela própria assimetria das informações que são efetivamente repassadas ao público em geral.

Quando a realidade é construída seletivamente numa extensão tão grande e tão bem-sucedida deve-se contar com colapsos ocasionais. A suspeita de manipulação, que sempre vem junto, permanece vaga enquanto não se apresentarem provas consistentes – o que sempre significa: quando não são fornecidas pelos próprios meios de comunicação⁴⁶.

Pese, ainda, o natural embaralhamento do ponto de vista de cada agência responsável pelo fornecimento das informações, cada qual motivada por diversos fins, meios e objetivos.

Todos esses seletores são reforçados e ampliados com outros pelo fato de serem organizações quem se ocupa com a seleção e quem desenvolve rotinas próprias para isso. O trabalho consiste em adaptar informações, que já são extensamente pré-selecionadas no sistema de meios de comunicação, a rubricas e moldes⁴⁷.

Desse modo, conclui-se que as agências de *accountability* ainda não estavam devidamente amadurecidas para a atuação que lhes foi destinada pela

⁴⁵ No original: «*Relations of delegation run in the one direction – from principal to agent – while relations of accountability run in the opposite direction – from agent to principal*». MORENO, Erika et al. The Accountability deficit in Latin America. In: MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher. Democratic Accountability in Latin America, op. cit., p. 83.

⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 79.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 68-69.

arquitetura institucional estabelecida pelo novo modelo democrático, após a nova Constituição de 1988. Sua interação sugere uma maior necessidade de aperfeiçoamento de suas relações para que excessos, sobreposições, distorções; no limite, manipulações e populismos sejam evitados e superados. “Embora seja reconfortante que os governos não possam escapar do mecanismo de responsabilização de desconfiança por meio de manipulação da agenda, existem outros limites ou restrições ao seu uso, alguns dos quais podem ser debilitantes”⁴⁸.

Isso apenas deixa mais claro, a tendência de evolução das agências de *accountability* que acabam se modulando pela interrelação com outros poderes e instituições, delineando seu perfil em resposta aos desafios políticos e sociais impostos pelas necessidades e pela imprevisibilidade de eventos que reclamam imediatas respostas, numa atuação que “envolve o Estado em negociações com os sistemas funcionais da sociedade, com as grandes organizações, associações etc., os quais escapam cada vez mais de uma regulação imperativa (...) e se mostram abertos apenas a meios persuasivos de comunicação”⁴⁹.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando. **Corrupção e controles democráticos no Brasil**. Brasília: CEPAL/IPEA, 2011.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, política e moralidade pública: debates**. São Paulo: Perspectiva, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**. Trad. Rúrion Melo e Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Unesp, 2021.

HEGEL, G. W. F. **Linhas fundamentais da filosofia do direito**. Tradução: Marcos Lutz Müller. São Paulo: 34, 2022.

⁴⁸ No original : « While it is reassuring that governments cannot escape from the distrust accountability mechanism through agenda manipulation, there are other limits or restrictions to its use, some of which can be debilitating ». LAYER, Michael; SHEPSON, Kenneth A. Government Accountability. In: PRZEWORSKI, Adam et al. **Democracy, accountability and representation**. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 281.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Facticidade e validade**, *op. cit.*, p. 548.

KENNEY, Charles D. Accountability horizontal: concepts and conflicts. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. New York: 2003, Oxford University Press.

LAYER, Michael; SHEPSLE, Keneth A. Government Accountability. In: PRZEWORSKI, Adam et al. **Democracy, accountability and representation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

LÖWY, Michael. Marx and Weber: critics of capitalism. In : **New Politics**, v. XI, n. 2, p. 42, 2007.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

MAINWARING, Scott. Democratic Accountability in Latin America. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher. New York: 2003, Oxford University Press.

MARAVALL, José María. Accountability and manipulation. In: PRZEWORSKI, Adam et al. **Democracy, accountability and representation**. New York: Cambridge University Press, 1999.

MILLER, Seumas. **Corrupção institucional**: estudo em filosofia aplicada. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. Petrópolis: Vozes, 2021.

MORENO, Erika; CRISP, Brian F.; SHUGART, Mathew Soberg. In: MAINWARING, Scott; WELNA, Christopher. **Democratic Accountability in Latin America**. New York: 2003, Oxford University Press.

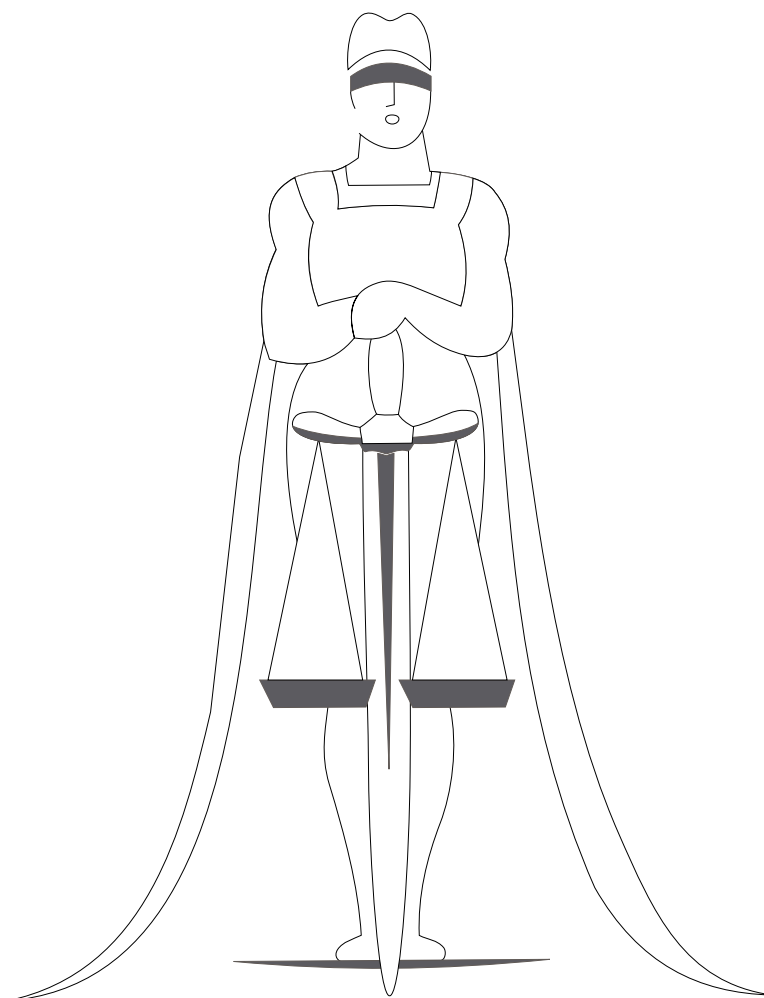
SMULOVITZ, Catalina et al. Societal and Horizontal Controls. In: **Democratic Accountability in Latin America**. MAINWARING, Scott ; WELNA, Christopher. New York: 2003, Oxford University Press.

TAYLOR, Mathew M. ; POWER, Timothy J. Introduction to: **Corruption and democracy in Brazil** : the struggle for accountability. Notre Dame, Indiana: Notre Dame University, Indiana, 2011.

THOMPSON, John B. **A mídia e a modernidade**: uma teoria social da mídia. Tradução: Wagner de Oliveira Brandão. Petrópolis: Vozes, 2002.

DIREITO CONSTITUCIONAL

CONSTITUCIONAL LAW



O Novo Constitucionalismo Latino-Americano na Atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Estudo da Decisão de 6 de Fevereiro de 2020 No Caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina à Luz da Opinião Consultiva 23/17.

THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM IN THE ACTIVITY OF THE INTER AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: STUDY OF FEBRUARY 6, 2020 DECISION IN THE CASE OF INDIGENOUS COMMUNITY MEMBERS OF LHAKA HONHAT ASSOCIATION (OUR LAND) V. ARGENTINA IN THE LIGHT OF ADVISORY OPINION 23/17.

Thomas BREILLAT¹

• SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO II CONSIDERAÇÕES ACERCA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (NCL) III A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS IV A PROTEÇÃO DE ENTIDADES NÃO HUMANAS PELA CIDH: O CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17 V CONSIDERAÇÕES FINAIS

• RESUMO

Entre ruptura e continuidade com o pensamento europeu, o Novo Constitucionalismo Latino-americano surge como um protesto diante de realidades profundamente iníquas e desiguais, marcadas pelo afastamento e desconexão dos dirigentes políticos em relação com o povo, assim como pela perpetuação da marginalização de minorias historicamente desprezadas. Esse fenômeno social antes do que jurídico atinge diversos ordenamentos jurídicos, tendo a sua máxima expressão nas Constituições do Equador

¹ Estudante doutorando no Programa de Pos-graduação da Universidade Federal da Bahia (UFBA), na linha de pesquisa Direito pós moderno: bioética, cibernética, ecologia e direito animal. Artigo redigido no marco da aula de Direito Animal Comparado, do Professor Heron José de Santana Gordilho.

(2008) e da Bolívia (2009). É mais, é possível entrever o despontamento dos valores e ideias característicos do Novo Constitucionalismo Latinoamericano na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob o impulso de juízes como Eugenio Raúl Zaffaroni, que deixou o cargo na Corte regional há alguns meses. Destarte, mediante o método bibliográfico-documental, o presente artigo procura destacar a crescente influência do novo constitucionalismo latino-americano na jurisprudência da citada corte, em especial no que diz respeito à proteção das cosmovisões dos povos indígenas e da subsequente salvaguarda de entidades não humanas.

- **PALAVRAS-CHAVE**

Novo Constitucionalismo Latinoamericano, direitos da natureza, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, Opinião Consultiva 23/17.

- **ABSTRACT**

Between rift and continuity with European vision, the New Latin American constitutionalism emerges as a protest in the face of profoundly iniquitous and unequal realities, marked by the distance and disconnection of political leaders from the people, as well as by the perpetuation of the marginalization of historically despised minorities. This clamor, which is social before being legal, affects several juridical systems, having its highest expression in the Constitution of Ecuador (2008) and Bolivia (2009). What's more, it is possible to glimpse the emergence of the values and ideas of that new constitutionalism in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, under the impulse of judges such as judge Eugenio Raul Zaffaroni, who left his post at the Regional Court a few months ago. Thus, through bibliographic-documentary method, this article seeks to highlight the growing influence of the new Latin American constitutionalism on the jurisprudence of the aforementioned court, especially as to the protection of indigenous peoples' cosmovision and the subsequent safeguarding of non-human entities.

- **KEYWORDS**

New Latin American Constitutionalism, rights of nature, Inter-American Court of Human Rights, Case of Indigenous Community Members of Lhaka honhat Association (Our Land) v. Argentina, Advisory Opinion 23/17.

I. INTRODUÇÃO

O Novo Constitucionalismo latino-americano (NCL) é um fenômeno constitucional que despontou no fim do século XX no continente, impulsionado por um movimento e um afã na base das sociedades de romper com o paradigma do Estado liberal europeu e do “direito constitucional elitista”², assim como de dar entrada na vida política e conseqüentemente jurídica dos distintos países da região a partes da população historicamente invisibilizadas e marginalizadas. Desta maneira, o Novo Constitucionalismo Latino-americano toma forma através de mecanismos de participação direta, tanto nas etapas de elaboração e adoção da Constituição como posteriormente à entrada em vigor da mesma, assim como mediante o elenco de uma grande quantidade de direitos e a recepção das diversas concepções presentes na sociedade dentro do texto constitucional. O objetivo é “recuperar o lugar do povo na Constituição”, incorporando cláusulas que remetem explicitamente a direitos sociais e políticos,³ e restringindo ao máximo a margem de manobra dos poderes constituídos, permitindo em cada momento ao povo retomar as rédeas da tomada de decisão política, mediante procedimentos como a revogação de cargos ou a iniciativa popular. O resultado desse processo é a existência de Constituições bastante completas e inclusivas, mas também complexas, um sincretismo constitucional, com elementos contraditórios, tornando-se às vezes verdadeiras “fábricas de aporias constitucionais”,⁴ prestando-se às interpretações mais variadas e por conseguinte deixando um grande poder ao juiz, fazendo pairar o risco que aquele se converta no “dono da verdade jurídica”⁵.

² GARGARELLA, Roberto *Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución, em Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295, p.15.

³ *Ibidem*, loc.cit.

⁴ UGARTE SALAZAR, Pedro, *EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (UNA PERSPECTIVA CRÍTICA)*, em *El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, p.357. Em outra passagem do artigo, o autor exprime essa combinação particular que ocorre nas constituições do NCL da seguinte forma: “retomam as liberdades negativas e os mecanismos judiciais de proteção que amadureceram na tradição liberal ocidental e os conjugam com outro catálogo amplíssimo de direitos que procedem das mais diversas tradições (desde a democracia até o indigenismos passando pelo socialismo). Ao mesmo tempo, outorgam ao Estado poderes amplísimos para intervir na vida social, política e econômica da comunidade” (p.356).

⁵ *Ibidem*, p.365.

Outra característica medular, e elemento que será o objeto central do presente estudo, é a dinâmica de outorgamento de valor intrínseco e isto posto de direitos às entidades não humanas, o anterior com frequência com alicerces na cosmovisão dos moradores históricos das terras latinoamericanas: os povos indígenas. Desse modo, podemos observar o estreito vínculo entre por um lado a integração constitucional de populações tradicionalmente à margem da vida política, em primeiro lugar as comunidades indígenas, com a revalorização das suas concepções do mundo, e pelo outro a ampliação da esfera de consideração e da proteção legal para além do humano, com a consagração de ideias como a Pacha Mama ou o *sumak kawsay*, o viver bem.

Nesse cenário, onde a economia de mercado que contempla os recursos naturais como meio para o aumento de lucro coabita com visões tradicionais que veem o humano como parte integrante da natureza, os conflitos são comuns, e as jurisdições nacionais com frequência falham em tornar efetivas as normas constitucionais que visam proteger as populações indígenas. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) aparece como o último recurso para salvaguardar os interesses daqueles povos, fazendo jus a suas pretensões e retomando nos seus raciocínios a sua cosmovisão, para o dobre efeito de proteger de forma direta os povos indígenas diante de violações a seus direitos, e de amparar ao mesmo tempo e de maneira tanto direta como reflexa a natureza, diante de atuais ou possíveis danos em contra dela.

Essa pesquisa, através do emprego do método histórico-evolutivo, utilizando aliás as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tem o objetivo de trazer à tona as manifestações da influência sobre a atividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos exercida pelos pressupostos que deram nascimento ao Novo Constitucionalismo Latino-americano, com especial foco na extensão da esfera de consideração a entidades não humanas como a natureza, através da proteção dos povos indígenas e de sua cosmovisão. Parte da hipótese que os valores e concepções do NCL têm um peso destacável nas decisões da Corte IDH, em especial quando povos indígenas estão envolvidos no assunto.

Tal como o destacam Thiago Henrique Costa Silva e João Neto Gonçalves da Cruz, o Novo Constitucionalismo Latinoamericano apresenta a vantagem de não ser preestabelecido teoricamente e de se encontrar ainda em formação,

podendo suas deficiências ser corrigidas.⁶ Além do mais, esse novo fenômeno constitucional localizado em uma região precisa do mundo tenta solucionar certas falhas que se apresentam de forma global no constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, a crise do modelo da democracia representativa, com o ímpeto a favor de uma maior participação da cidadania, assim como a problemática da efetiva inclusão de setores marginalizados e o seu amparo na Carta Magna, constituem preocupações presentes além das fronteiras dos países latinoamericanos, embora sejam particularmente exacerbadas por razões históricas naquela região do mundo. Finalmente, em um momento de crescente preocupação quanto ao caráter viável da vida humana na Terra para as gerações futuras em vista das consequências da atividade humana sobre a natureza, a ênfase posto pelo NCL na extensão da esfera de consideração para além do ser humano é de uma grande relevância. No que diz respeito a esse último elemento, essa nova corrente do constitucionalismo tem muito que aportar as suas primas europeias, por possuir maiores recursos teóricos que aquelas, graças a presença nos países da região de cosmologias milenárias que sobreviveram “sincretizadas, ocultas, dissimuladas, transmitidas oralmente”⁷, e que recolhem no seu seio a consciência da interdependência entre todos os elementos que conformam a natureza, e portanto o caráter indispensável da sua proteção.

Destarte, em uma primeira parte serão abordados os traços mais característicos do Novo Constitucionalismo Latino-americano (II), contrastando-o, de forma concisa e para efeitos de entender melhor suas especificidades, com as etapas anteriores que atravessou o constitucionalismo nessa região nos anos que sucederam os processos de independização até o surgimento desse novo fenômeno constitucional. Em seguida, esboçaremos de forma concisa a estrutura e o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, assim como seu papel no Sistema Americano de Direitos Humanos (III), para logo depois chegar ao cerne do nosso trabalho, mediante o estudo da decisão proferida em 6 de fevereiro de 2020 no caso Comunidades Indígenas membros

⁶ COSTA SILVA Thiago Henrique, DA CRUZ GONCALVES NETO Joao, *NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?* Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.79.

⁷ ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1^o Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.114.

da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, o anterior à luz da opinião consultiva 23/17 do 15 de novembro de 2017, emitida por essa mesma Corte (IV). Através do mencionado exame, buscaremos destacar o emprego pelos juízes dos princípios do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, mais precisamente no que diz respeito ao movimento em direção à proteção de entidades não humanas.

II. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO (NCL)

“Não participo do fanatismo inexperimentado, quando não hipócrita, que pede liberdades a mãos cheias para povos que somente sabem empregá-las para criar seus próprios tiranos. Não obstante, desejo ilimitadas e abundantísimas para nossos povos as liberdades civis, a cujo número pertencem as liberdades econômicas de adquirir, enalhenar, trabalhar, navegar, comerciar, transitar e exercer toda indústria.”⁸ Essa citação do constitucionalista argentino Juan Bautista Alberdi retomada pelo Professor e compatriota desse último Roberto Gargarella, ilustra perfeitamente a desconfiança que existia nas elites da região em relação com a participação na política das massas no momento da construção do constitucionalismo latinoamericano.

Remontando às origens daquele constitucionalismo com Gargarella, esclarece que o seu momento fundacional se enquadra entre meados do século XIX e fins daquele mesmo século, e aparece como o fruto de um pacto entre liberais e conservadores, caracterizando-se pela ênfase posta nas liberdades civis, em especial no que diz respeito à propriedade e aos contratos, e marcada pela exclusão do campo constitucional das questões relativas a extensão da participação democrática às camadas mais pobres da população e as acirradas desigualdades sociais existentes.⁹

Nessa tessitura, surgiu o Estado Social de direito sob o impulso dos primeiros movimentos sociais do século XX, como resposta as graves desigualdades, em sociedades marcadas pelo pensamento positivista de Auguste Comte e a procura a toda costa de desenvolvimento – representado

⁸ ALBERDI, Juan Bautista, citado por GARGARELLA, Roberto em *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295, p.18, nota de rodapé.

⁹ GARGARELLA, Roberto, *op.cit.*, p.20.

no México durante a era de Porfirio Díaz pela presença nas mais altas esferas do poder dos chamados “científicos”, ou no lema brasileiro inscrito na sua bandeira desde 1889 – justificando em nome do progresso todo tipo de abusos e perpetuação da dominação e opressão das massas por uma elite “iluminada” que concentrava o poder e as terras.

Nesse cenário, não há de surpreender o fato de a primeira consagração constitucional, a nível mundial, dos direitos sociais e da mudança de paradigma – de um Estado que se abstém a um Estado que intervém para garantir a efetividade dos direitos – ter ocorrido na América latina. Com efeito, após 7 anos de uma revolução com inumeráveis viradas, que presenciaram nos inícios do mês de dezembro de 1914 a entrada na capital mexicana do Exército do Sul e da Divisão do Norte, os dois exércitos campesinos liderados respectivamente por Emiliano Zapata e Francisco Villa¹⁰, foi adotada na Cidade de Querétaro em 31 de janeiro de 1917 a primeira Constituição Social do planeta, que segue sendo hoje em dia a Carta Magna do México.

Assim, embora a consagração dos direitos sociais não teve com esse acontecimento a abrangência que têm as Constituições mais recentes, limitando-se em boa medida à proteção dos trabalhadores através do artigo 123, é imprescindível assinalar que a Constituição mexicana de 1917 tentou atender um problema que foi o motor da revolução e o cerne das reivindicações dos exércitos camponeses, e que constitui uma preocupação central do Novo Constitucionalismo Latinoamericano: a questão da propriedade e da repartição da terra¹¹. Observamos que mais de cem anos depois do advento daquele

¹⁰ A respeito desse momento da revolução mexicana, ver o capítulo VI do livro de GILLY, Adolfo, *La Revolución Interrumpida*, Primeira Edição, 1971, México, D.F, “El Caballito D.F”, p.139.

¹¹ O artigo mais emblemático das reivindicações daquela Constituição, símbolo da influência do campo mais radical da Assembleia Constituinte, é provavelmente o artigo 27. Os seus 4 primeiros parágrafos do artigo 27 dispunham, *inter alia*, na sua versão original: “Artigo 27. A propriedade das terras e águas compreendidas dentro dos limites do território nacional, corresponde originariamente à Nação, a qual teve o direito e tem o direito de transmitir o domínio delas aos particulares, constituindo a propriedade privada. Essa não poderá ser expropriada a não ser por causa de utilidade pública e mediante indenização. A nação terá em todo momento o direito de impor à propriedade privada as modalidades que dite o interesse público, bem como o de regulamentar, em benefício social, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação, para de fazer uma distribuição equitativa da riqueza pública e cuidar da sua preservação. Com esse objeto se ditarão as medidas

texto, essa problemática ainda é objeto de conflitos em toda a América Latina, como o demonstra os casos que se apresentam à Corte Interamericana de Direitos Humanos e que tangem a proteção das terras indígenas diante da sua invasão com vistas a construção de obras diversas ou a exploração dos seus recursos naturais.¹²

O exemplo da Revolução Mexicana é uma prova de que o constitucionalismo latino-americano vivenciou radicais evoluções desde o seu nascimento. No entanto, a emergência do Novo Constitucionalismo Latino-americano só se explica pela permanência, apesar das evoluções, dos efeitos daninhos do constitucionalismo liberal e do conseqüente descontentamento das massas: “o antigo constitucionalismo, tradicionalmente vinculado ao pensamento liberal, desde o seu nascimento passou por mudanças significativas como o constitucionalismo social e seus variantes; contudo, manteve, inclusive nessas circunstâncias, o espectro liberal individualista sob a forma de um imaginário jurídico que se retroalimentava em um âmbito teórico orientado prioritariamente em direção aos direitos humanos de primeira dimensão, e os direitos sociais se

necessárias ao fracionamento dos latifúndios, para o desenvolvimento da pequena propriedade; para a criação de novos centros de população agrícola com as terras e águas que lhes sejam indispensáveis; para o fomento da agricultura e para evitar a destruição dos elementos naturais e os danos que a propriedade possa sofrer em detrimento da sociedade. Os povos, vilarejos, comunidades que careçam das terras e águas, ou não as tenham em quantidades suficientes para as necessidades das suas populações, terão direito a serem dotadas delas, tomando-as das propriedades imediatas, respeitando sempre a pequena propriedade...”. E o parágrafo 4: “Corresponde à Nação o domínio direto de todos minerais ou substâncias que em veios, mantos, massas ou jazimentos, constituam depósitos cuja natureza seja distinta daquela dos componentes dos terrenos, tais como os minerais dos que se extraíam metais e metalóides utilizados na indústria; os jazimentos de pedras preciosas, de sal de gema e de salinas formadas diretamente pelas águas marinhas. Os produtos decorrentes da decomposição das rocas quando sua exploração precise de trabalhos subterrâneos; os fosfatos suscetíveis de serem utilizados como fertilizantes; os combustíveis minerais sólidos; o petróleo e todos os carburos de hidrogênio sólidos, líquidos e gasosos”. MÉXICO, Constituição de 1917, entrada em vigor em 5 de fevereiro do ano 1917. A tradução é nossa.

¹² Cabe ressaltar por exemplo que no caso sob estudo na presente pesquisa, um dos problemas que se discute diante da Corte é aquele da tala ilegal da floresta no território das comunidades indígenas. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 187.

tornavam efetivos conforme as possibilidades de convivência e subordinação aos direitos individuais.”¹³ Assim, o Novo Constitucionalismo latino-americano se inscreve nesse processo histórico de evolução do constitucionalismo latino-americano, constituindo a sua etapa de mudança mais recente e provavelmente mais transcendente. Esse fenômeno despontou como reação e acometida para corrigir as deficiências dos modelos anteriores de constitucionalismo, que sempre falharam em cumprir com aquilo que prometiam.

Pedro Salazar Ugarte destaca as seguintes feições para distinguir o Novo Constitucionalismo latino-americano das outras formas de constitucionalismo: “legitimidade democrática da Constituição (que é um elemento extra ou pré constitucional), reconhecimento amplo de direitos (com a declarada intenção de combater as desigualdades e a exclusão social), e predomínio absoluto do poder constituinte sobre os poderes constituídos”.¹⁴ Procura-se a reconexão entre o povo e o texto representativo do contrato social, com vistas a que essa legitimidade da Carta Magna irradie todo o ordenamento jurídico e o sistema político, que sofre historicamente de um nível de confiança bastante baixo vinculados com altos níveis de desinteresse da cidadania.

A questão das Constituições que convém incluir nesse movimento não é pacífica, em especial em relação às Constituições do Brasil (1988) e da Colômbia (1991). No entanto, a grande maioria dos autores consultados se limitam a 3 países como os principais marcos de expressão desse novo fenômeno constitucional: a Venezuelana (1999), a do Equador (2007), e a Boliviana (2008). Assim o fazem por exemplo Pedro Salazar Ugarte¹⁵, Daniela Richter e Dimitri Aita¹⁶, e Thiago Enrique Costa Silva e João da Cruz Gonçalves Neto¹⁷. No meu

¹³ WOLKMER, Antonio Carlos, MÂNICA RADAELLI, Samuel, *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización*, DERECHOS Y LIBERTADES, Número 37, Época II, junio 2017, pp. 31-50, p.39.

¹⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, em *El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México, p.354.

¹⁵ *Ibidem*, p.350.

¹⁶ RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, *O constitucionalismo latino americano e a Pacha Mama como sujeito de direito: o reconhecimento da agua como direito humano*, p.2. Trabalho Selecionado no marco da 10ª Jornada de Pesquisa e a 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da Universidade Metodista de Santa Maria, apresentado em 26 de abril de 2016.

¹⁷ COSTA SILVA Thiago Henrique, *DA CRUZ GONÇALVES NETO João, NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?* Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.70.

entendimento, no entanto, embora as Constituições desses 3 últimos países, e em especial aquelas do Equador e da Bolívia, vão particularmente longe na ruptura com o modelo democrática constitucional abordado por Pedro Salazar Ugarte¹⁸ e característico da realidade constitucional da Europa desde o fim da segunda guerra mundial, existem nas Constituições da Colômbia e do Brasil traços distintivos do Novo Constitucionalismo Latino-americano que permitem abrangê-las nesse fenômeno, pelo menos como primeiros exemplos da sua manifestação. Destacam por exemplo a presença de mecanismos de participação popular na vida política e na tomada de decisões, através dos institutos da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo (artigo 14 no Brasil, 40, 103, 154, e 155, no que diz respeito à Colômbia), a patente vontade de proteger e reconhecer a identidade de partes historicamente discriminadas da população, em especial as populações indígenas (artigos 231 e 232 pelo Brasil e o artigo 246, dentre outros, para Colômbia), e a extensão da esfera de consideração para entidades não humanas (artigo 225 pelo Brasil, 79 no que tange a Colômbia).

Isto posto, e refletindo sobre as características do Novo Constitucionalismo Latino-americano, observamos que as três feições são estreitamente vinculadas, já que se explicam umas às outras: é o processo particularmente democrático de adoção das constituições, com uma participação ampla dos diversos setores da população e referendos tanto no momento de iniciar o processo de preparação da nova Constituição como na etapa da sua aprovação, que explica o extenso elenco de direitos e o caráter completo das Cartas Magnas. Por sua vez, a predominância do poder constituinte sobre o poder constituído se explica justamente pela completude daqueles textos, pois ao regulamentá-lo tudo os constituintes deixaram, em teoria, pouca margem de manobra aos poderes político e legislativo. Essa superioridade do poder constituinte, do poder do povo sobre o poder dos representantes, se manifesta por mecanismos tal como a revogatória de mandato, presente nas Constituições Boliviana e Equatoriana. Com efeito, o artigo 61 da Constituição do Equador estabelece que “as equatorianas e equatorianos gozam dos seguintes direitos [...] 6. Revogar o mandato que hajam conferido às autoridades de eleição popular [...]”.

Do mesmo modo, a Constituição boliviana, no inciso II do seu artigo 11 consagra a seguinte forma de participação do povo: “direta e participativa, por

¹⁸ SALAZAR UGARTE, Pedro, *op.cit*, p.347.

meio do referendo, a iniciativa legislativa cidadã, a revogatória de mandato, a assembleia, assembleias públicas e a consulta prévia”. Eis a diferença que ressalta Gargarella com o constitucionalismo liberal, constituindo uma ruptura com dito sistema, já que enquanto neste último a ênfase é posta nos controles horizontais, na mecânica de freios e contrapesos dentro do poder que procura evitar que um deles logre predominar sobre os outros, no NCL o controle se leva a cabo de forma vertical, fora dos poderes, sendo o povo que diretamente o exerce.¹⁹ Contudo, se o fomento à participação direta do povo na vida política é constitutivo da mencionada brecha com o constitucionalismo liberal, a mesma não configura uma ruptura com o pensamento europeu, toda vez que tal como o frisa Pedro Salazar Ugarte, a gênese do constitucionalismo popular e da democracia direta se encontra em autores europeus, em primeiro lugar em Jean Jacques Rousseau.²⁰ Destarte, essa característica do NLC não é o que constitui o maior aporte desse novo ramo do constitucionalismo. Aos nossos olhos, o que torna o NCL particularmente proveitoso para o constitucionalismo contemporâneo e que supõe um claro divisor de águas para o mesmo é a inequívoca vontade de integrar no âmbito de consideração, mediante a sua proteção e até o outorgamento de direitos, a entidades não humanas. Assim, o traço mais disruptivo do NCL é sem dúvida o fato dele atribuir “ao meio ambiente garantias, anteriormente jamais vistas em qualquer ordenamento jurídico de forma a estabelecer uma nova cultura que visa harmonizar as relações humanas com a natureza”²¹. Essa nova perspectiva – que na realidade não tem nada de novo pois constitui a cosmovisão dos povos da região há milhares de anos – tem sua expressão máxima em dois artigos da Constituição Equatoriana, que a continuação se reproduzem:

“Art. 10.- As pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e coletivos são titulares e gozarão de direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais. A natureza será sujeito de aqueles direitos que lhe reconheça a Constituição”

¹⁹ GARGARELLA, Roberto *Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución, em Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295, p.20.

²⁰ SALAZAR UGARTE, Pedro, *op.cit*, p.368.

²¹ RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, *op. cit*, p.2.

“Art. 71.- A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existencia e o mantimento e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade podera exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar aqueles direitos se observarão os principios estabelecidos na Constituição, no que proceder. O Estado incentivara as pessoas naturais e jurídicas, assim como os coletivos, a protegerem a natureza, e promovera o respeito de todos os elementos que formam um ecosistema.”²²

No que diz respeito do Brasil e da Bolívia, a proteção constitucional a entidades não humanas é indireta, pois está incluída na proteção de um direito humano, através do artigo 225 no primeiro e 33 na segunda:

“Artigo 225 (Constituição brasileira): Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade.”²³

“Artigo 33 (Constituição boliaviana) : As pessoas têm direito ao meio ambiente são, protegido e equilibrado. O exercício desse direito deve permitir aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, além de outros seres vivos, se desenvolverem de maneira normal e permanente”²⁴.

²² EQUADOR, Constituição em vigor desde o 20 de outubro de 2008, artigos 10 e 71, disponível em https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf, acesso em 07 de julho de 2022.

²³ BRASIL, Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, artigo 225, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 07 de julho de 2022.

²⁴ BOLIVIA, Constituição, vigente desde o 7 de fevereiro de 2009, artigo 33, disponível https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf, acesso 07 de julho de 2022.

Notamos que nesses dois últimos casos a abordagem constitui uma ruptura menos radical do que aquela consistente em tornar de forma explícita e direta a natureza e os seus elementos sujeitos de direito, não oferecendo à primeira vista proteção totalmente independente do ser humano àquelas entidades, e perpetuando por conseguinte uma visão antropocêntrica. Contudo, duas ressalvas àquela ressalva são possíveis: primeiro observamos que no caso boliviano se fala do desenvolvimento de “outros seres vivos”, o que demonstra que o citado direito humano se desprende do humano e constitui uma técnica jurídica que permite chegar a uma proteção dos seres vivos não humanos independente em relação com o humano. Ainda, observamos que a Constituição da Bolívia reconhece o caráter sagrado da “Madre Tierra” no seu preâmbulo, assim como princípios fundamentais das cosmovisões dos povos indígenas que moram no país, tais como o *suma qamaña* (viver bem), o *teko kavi* (boa vida) ou o *ñandereko* (vida harmoniosa) (artigo 8 inciso I), conjunto de conceitos que implicam uma proteção *per se* do meio ambiente e da natureza. Com efeito, e em relação por exemplo com o conceito de “boa vida”, a professora Nuria Beloso Martin assinala que “surge do mundo andino e amazônico, coincidindo com um primado aos direitos da natureza, os “direitos da Mãe Terra”.²⁵ Finalmente, é importante destacar que em 21 de dezembro de 2010 foi adotada no país, em consonância com o claro afã constitucional de salvaguardar a natureza, a Lei N°071 intitulada “Lei dos direitos da Mãe Terra”²⁶, outorgando sem lugar a dúvida o caráter de sujeito de direito a terra; segundo, e conforme ao estabelecido pela jurisprudência da Corte IDH, o direito humano ao meio ambiente são, na sua dimensão autônoma, pode oferecer uma proteção por si à natureza, independentemente de qualquer dano ao ser humano. Contudo, antes de nos interessar naquela criativa jurisprudência dos juízes americanos, cabe nos deter umas linhas sobre o funcionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁵ BELLOSO MARTIN, Nuria, *O neoconstitucionalismo e o “novo” constitucionalismo latino-americano: duas correntes possíveis de entendimento?* Revista Culturas Jurídicas, Vol. 4, Núm. 9, set./dez., 2017, pp.24-55, p.37, nota de rodapé.

²⁶ BOLIVIA, LEY N°071 “LEY DE DERECHOS DE LA MADRE TIERRA”, disponível em <http://www.planificacion.gob.bo/uploads/marco-legal/Ley%20N%C2%B0%20071%20DERECHOS%20DE%20LA%20MADRE%20TIERRA.pdf>, acesso em 07 de julho de 2022.

III. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em primeiro lugar, convém lembrar que a Corte IDH se inscreve no Sistema Americano de Direitos Humanos (SIDH), o anterior junto com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH). Na origem deste último está a aprovação, no marco da nona Conferência Internacional Americana, em 2 de maio de 1948 em Bogotá, na Colômbia, da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. Nessa mesma conferência foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), mediante a adoção da sua Carta. Dentre os órgãos instituídos no artigo 53 da Carta para a realização dos fins da OEA – oferecer ao homem uma terra de liberdade e um âmbito favorável ao desenvolvimento da sua personalidade e a realização de suas justas aspirações²⁷, dentre outros – destaca a previsão da criação da Comissão IDH, que aconteceu em 1959, e cujo papel central consiste, conforme o indicado pelo artigo 106, em “promover a observância e defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo nessa matéria.”²⁸

Logo, o surgimento da Corte IDH apenas ocorreu anos mais tarde, através da aprovação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Convenção ADH), adotada em 22 de novembro de 1969. No entanto, os juízes americanos somente iniciaram suas atividades após a entrada em vigor do mencionado tratado, o qual aconteceu em 18 de julho de 1978. O seu funcionamento daquela corte está regulamentado por três fontes distintas: a própria Convenção ADH; o Estatuto da Corte, aprovado por meio da Resolução N° 448 da Assembléia Geral da OEA no seu nono período de sessões, celebrado na Paz, Bolívia, em outubro de 1979; e o Regulamento da Corte, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009. Constitui um dos três tribunais regionais de direitos humanos que existem a nível mundial, junto com a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos.

²⁷ O 1° parágrafo do preâmbulo da Carta da organização dos estados americanos estabelece o seguinte: “Convencidos de que a missão histórica de América é oferecer ao homem uma terra de liberdade e um âmbito favorável ao desenvolvimento da sua personalidade e a realização de suas justas aspirações”.

²⁸ Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), adotada em 2 de maio de 1948 em Bogotá, na Colômbia, artigo 106.

Tem 3 funções principais: contenciosa, consultiva, e aquela de ditar medidas provisórias em casos de extrema gravidade e urgências, desde que seja necessário para evitar danos irreparáveis a pessoas, o anterior conforme o inciso 2 do artigo 63 da Convenção IDH. Até o momento 20 países da região têm reconhecido a competência desta corte, destacando nesse âmbito a ausência dos Estados Unidos da América, que tal como se negaram a se submeter a uma jurisdição internacional quanto ao Estatuto da Corte Penal Internacional, o fizeram a respeito da corte sob estudo.²⁹ No que diz respeito à competência material da Corte na seará contenciosa, é competente para conhecer das eventuais violações da Convenção Americana de Direitos Humanos cometidas por Estados que têm reconhecido a sua competência, e também de outras convenções do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sempre que o Estado demandado tenha ratificado o tratado em questão. Assim, por exemplo, no caso *Radilla Pacheco vs México*, os juízes determinaram que o Estado mexicano tinha violado várias disposições da Convenção Interamericana sobre desaparecimento forçado de pessoas.³⁰

No que tange ao procedimento diante da Corte IDH, cabe assinalar que o acesso à corte para os particulares procedentes de países que têm aceitado a competência da Corte não é direta, já que a Comissão IDH tem um papel de filtro na matéria. Com efeito, e conforme o estabelecido pelo inciso 1 do artigo 61 da Convenção IDH, “tão somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter um caso à decisão da Corte.” Desta maneira, as petições individuais constituindo denúncias ou queixas de violação aos direitos contidos no mencionado tratado por um Estado parte têm de ser apresentadas em um primeiro momento diante da Comissão. Aí surge também uma característica comum das cortes regionais, e que constitui ao mesmo tempo uma diferença fundamental com a Corte Penal Internacional: o fato de a Corte IDH não ser

²⁹ A quase totalidade das informações sobre a Corte IDH referidas na presente parte do nosso estudo foram encontradas no próprio sitio internet da Corte. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una,funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 3 de julho de 2022.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, de 23 de novembro de 2009, a constatação daquela violação é expressa, dentre outros, nos parágrafos 312 e 314, sentença disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>, acesso em 5 de julho de 2022.

competente para decidir a respeito da responsabilidade de particulares. Tão somente os Estados podem ser declarados culpados de violarem a Convenção IDH ou outros instrumentos do Sistema IDH. O procedimento diante da Comissão, que tem de preceder a apresentação de um caso à Corte, é estabelecido nos artigos 48 a 50 da Convenção.

Nos debruçaremos unicamente no caso em que é a Comissão que sob o impulso de um ou vários particulares transmite um caso à Corte, por saírem do campo de estudo da presente pesquisa os casos de acusação de violação da Convenção entre Estados. Assim, e conforme ao artigo 35 do Regulamento da Corte e tal como ressalta do estudo das decisões da Corte, o procedimento, quando iniciado pela Comissão, começa pela apresentação por essa última do seu Informe de Fundo à Corte, o qual deve indicar as vítimas no caso, os motivos que levaram a Comissão a recorrer à Corte, os fatos violatórios assinalando os artigos da Convenção que considera foram violados, as provas que têm em sua posse e as suas pretensões, inclusive aquelas relativas à questão de reparação.³¹

Posteriormente, e após a notificação do início do procedimento diante da Corte às partes, segue o escrito de solicitudes, argumentos e provas (ESAP) das vítimas por meio dos seus representantes, o qual deverá conter, segundo o artigo 40, a descrição dos fatos dentro do marco fático fixado na apresentação do caso pela Comissão, as provas que se quer oferecer, a individualização dos declarantes e o objeto da sua declaração, as pretensões incluindo as reparações e custas. Logo depois, o Estado demandado dispõe de um prazo de dois meses para contestar a demanda. Naquele escrito o Estado terá de deixar claro se aceita ou rejeita os fatos e as pretensões. Trata-se de estabelecer sua posição quanto ao caso. Pode aportar provas, assim como declarantes, que terá de identificar, sustentando com base legal seus argumentos. Terá de se expressar também a respeito das solicitações de reparação. Outrossim, é também esse escrito de contestação que dá ensejo à oposição por parte do Estado de exceções preliminares, que podem por exemplo versar sobre a aduzida incompetência material ou temporal da Corte.³²

³¹ Regulamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009, entrado em vigor em 1º de janeiro de 2010, artigo 35, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>, acesso em 5 de julho.

³² Foi o que ocorreu na sentença de 23 de novembro de 2009 da Corte Interamericana de Derechos Humanos no famoso Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, p.7, disponível em <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM4.pdf>, acesso em 5 de julho de 2022.

Finalmente, e para fechar o procedimento escrito, o regulamento da Corte reconhece a figura do *amicus curiae*. O inciso 3 do artigo 44 do citado regulamento estabelece, *inter alia*, que “nos casos contenciosos, um escrito em caráter de ***amicus curiae*** poderá ser apresentado em qualquer momento do processo, porém no mais tardar até os 15 dias posteriores à celebração da audiência pública. Nos casos em que não se realize audiência pública, deverá ser remetido dentro dos 15 dias posteriores à resolução correspondente na qual se outorga prazo para o envio de alegações finais.” Essa intervenção de pessoas exteriores ao conflito tem o objetivo de esclarecer pontos fundamentais para a resolução da lide, auxiliando assim a Corte nessa tarefa. No caso Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, apresentaram seus escritos como *amicus curiae*, dentre outros, juntos a Associação de Advogados de Direito Indígena (AADI) e o Serviço de Paz e Justiça (SERAPAJ); o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Jurisprudência da Pontifícia Universidade Católica do Equador; a Fundação Ambiente e Recursos Naturais (FARN). Na prática, e segundo o nosso entendimento, esse caráter de *Amicus Curiae* diante da Corte Interamericana se encontra mais próximo ao papel tradicional daquele instituto, de prestador neutro de informação à Corte quanto à questões fáticas ou jurídicas, do que aquele de lóbi intervindo em defesa de uma das partes e possuindo interesse na causa, mais característico da realidade do *amicus curiae* nos Estados Unidos.

Voltando para o procedimento, segue a fase oral, a respeito da qual “a Presidência determinará a data de abertura do procedimento oral e indicará as audiências necessárias.”³³ O procedimento em audiência está estabelecido no artigo 51 do Regulamento. Nessa ocasião, todos os declarantes previamente convocados à audiência, peritos, testemunhas e vítimas, aportarão sua declaração. Após a etapa das eventuais questões aos declarantes por parte dos juízes, as vítimas ou seus representantes e o Estado apresentarão suas alegações finais. Finalmente, a Comissão expressará suas observações finais, e os juízes poderão uma última vez fazer as perguntas que quiserem às partes.

Por último, inicia o procedimento final escrito, que se materializa pela apresentação de alegações finais escritas por parte do Estado demandado

³³ Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009, artigo 50, disponível em <https://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>, acesso em 5 de julho.

e das vítimas ou seus representantes, e de observações finais por parte da Comissão. Isso em consonância com o artigo 56 do Regulamento. No caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, a audiência se levou a cabo no dia 14 de março de 2019, e as alegações finais escritas e as observações finais foram remetidas à Corte pelos representantes das vítimas, o Estado e a Comissão no dia 3 de junho do mesmo ano. Posteriormente a Corte profere sua sentença, cabendo destacar que, no ano 2015, a Corte assinala no seu sítio internet que o tempo de duração de um procedimento desde a sua submissão à Corte até a emissão da sentença foi em média de 22.2 meses.³⁴

No que diz respeito a condição principal para o conhecimento de um caso pela Comissão e eventualmente pela Corte, o princípio retor é aquele da complementaridade, segundo o qual as duas mencionadas instituições só intervêm na medida em que os Estados não foram capazes de resolver determinada lide. É a deficiência do Estado – em sentido amplo, incluindo a do Poder Judiciário – que deflagra a competência contenciosa das instituições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Eis o requisito de esgotamento dos recursos internos antes de poder recorrer àquelas duas instituições, estabelecido no artigo 46 da Convenção, existindo, no entanto, 3 exceções àquele requisito, presentes no inciso 2 do mesmo artigo, quando “não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; quando não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e quando houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.”³⁵

Em termos quantitativos, desde sua instalação na Costa Rica em 3 de setembro de 1979, foram 449 sentenças que proferiram os juízes regionais. No que diz respeito ao tema do presente estudo, cabe assinalar que nos seus

³⁴ Sítio internet da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Procedimiento contencioso ante la Corte*, disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una,funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 3 de julho de 2022.

³⁵ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978, artigo 46, inciso 2.

cadernos de 2021, a Corte IDH elenca 4 casos contenciosos relativos aos direitos meio ambientais: o Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador, de 6 de maio de 2008; o Caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador, de 27 de junho de 2012; o Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, de 25 de novembro de 2015; e o Caso objeto de particular estudo, Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina, de 6 de fevereiro de 2020. Além do mais, os juízes fazem várias menções nessa mesma parte dos cadernos relativa aos direitos ambientais ao Caso Comunidade Garífuna Triunfo da Cruz e seus membros Vs. Honduras, de 8 de outubro de 2015. Obviamente tratam da opinião 23/17. Também, temos o artigo de Adriani Marques França Tavares, Mariane Morato Stival e Sandro Dutra e Silva sobre a jurisprudência ambiental da Corte IDH, no qual indicam, retomando um estudo de D'Avila, 4 sentenças da Corte que se interessam na proteção do meio ambiente, três delas não estando mencionadas na citada parte dos cadernos da Corte IDH: o Caso das Comunidades Afrodescendentes deslocadas da cuenca do rio cacarica (operação gênese) vs. Colômbia, de 20 de novembro de 2013; a Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua de 31 de agosto de 2001; e o Caso do Povo Saramaka vs. Surinam de 28 de novembro de 2007.³⁶ Assim, esse balanço levaria a 8 os casos que se interessam de forma significativa na proteção do bem meio ambiente. Constatamos tal como o fazem os três mencionados autores, quando frisam que na esmagadora maioria dos casos, a proteção do meio ambiente é discutida em um contexto que envolve a violação de direitos de povos indígenas³⁷. Essa realidade levou aqueles autores a falar da “restrita jurisprudência ambiental da corte interamericana de direitos humanos”, lamentando que outras problemáticas ambientais como a poluição urbana ou a disposição ilegal de lixo não tenha sido objeto de debate diante dos juízes regionais.³⁸ Outrossim, desponta nessas decisões o estreito vínculo na jurisprudência da Corte Interamericana entre casos de violação aos direitos de populações indígenas/consideração das cosmovisões

³⁶ MARQUES FRANÇA TAVARES, Adriani, STIVAL MORATO, Mariane, DUTRA E SILVA, Sandro, Marques França, *A Restrita Jurisprudência Ambiental da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Possíveis Inovações sobre Proteção Ambiental Urbana*, Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.17 n.37 p.241-262, Janeiro/Abril de 2020, p.254.

³⁷ *Ibidem*, loc.cit.

³⁸ *Ibidem*, p.243.

desses últimos a efeitos de sua melhor proteção/e proteção do meio ambiente e da natureza com base nessas cosmovisões. Com efeito, a atenção dos juízes americanos em levar plenamente em consideração o pensamento indígena – e a força da consciência da interdependência entre humanos e natureza que permeia dito pensamento – ressalta em várias decisões:

“Os povos indígenas da zona têm uma forte relação com o Rio Marowijne, o qual é um elemento fundamental da sua identidade cultural e tradições, pelo que estimam que pertencem a esse lugar da mesma forma em que esse lhes pertence. Aliás, os Povos Kaliña e Lokono cuidam das suas terras não só porque eles e as suas gerações futuras precisam de um lugar onde morar, mas também porque a cultura e os costumes que lhes têm transmitido os seus antepassados se fundamentam em um profundo respeito pelo meio ambiente, que inclui tanto os seres vivos como os objetos inanimados.

Desta forma, para os Povos Kaliña e Lokono é de vital importância manter o balanço entre os seres humanos e a natureza, e dita tarefa é responsabilidade dos xamas, conhecidos como piay ou semechichi. Em sintonia com sua cosmovisão, através dos guardiões ou espíritos guias, conhecidos como jakoewa, o piay tem o condão de descobrir se alguém tem alterado incorretamente o balanço entre os seres humanos e a natureza.”³⁹

Assim, reparamos em que não é à toa que a questão da proteção da natureza na jurisprudência da Corte foi discutida quase exclusivamente em casos envolvendo povos indígenas, vinculados sempre com a exploração de recursos naturais situados no território ancestral daquelas populações. Proteger os povos indígenas implica necessariamente a proteção do seu ambiente, e o envolvimento daqueles povos como vítimas em um caso facilita o trabalho de argumentação da Corte a favor da proteção do meio ambiente, posto que a própria cosmovisão das comunidades indígenas leva no seu seio os recursos teóricos que os juízes podem utilizar como ferramentas de fundamentação de suas decisões protetoras do meio ambiente e da natureza. Destarte,

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, de 25 de novembro de 2015, parágrafos 35 e 36.

temos aí valores medulares do Novo Constitucionalismo latino-americano, em especial com a inclusão de populações historicamente excluídas das sociedades do continente, incorporação que vai além do simples outorgamento de direitos a seu favor para abranger o seu pensamento e a sua cosmovisão. Também, o NCL se manifesta através da revalorização e a entrada na esfera de consideração moral e como consequência jurídica de entidades não humanas, em primeiro lugar a natureza. Eis a clara influência e presença dos valores do Novo Constitucionalismo Latino-americano no raciocínio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial no que tange à proteção de entidades não humanas.

IV. A PROTEÇÃO DE ENTIDADES NÃO HUMANAS PELA CORTE IDH: O CASO COMUNIDADES INDÍGENAS MEMBROS DA ASSOCIAÇÃO LHAKA HONHAT (NOSSA TERRA) VS. ARGENTINA À LUZ DA OPINIÃO CONSULTIVA 23/17.

Aprofundando no cerne do nosso estudo, nos debruçaremos no decisão da Corte IDH de 6 de fevereiro de 2020, proferida no marco – conforme o asseverado pela própria Corte⁴⁰ – do primeiro caso contencioso no qual essa última teve de resolver sobre a violação do direito ao meio ambiente são com base no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos: o caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina. Aquela sentença será estudada à luz da opinião consultiva 23/17 daquela mesma corte e de data 15 de novembro de 2017, o anterior toda vez que na primeira os juízes referem com frequência à citada opinião, na qual a Corte trouxe considerações e esclarecimentos de grande valor, por exemplo no que tange a dimensão autônoma do direito ao meio ambiente são.

Outrossim, é interessante frisar que por tratar-se de um caso no qual a Argentina é demandada por supostas violações a normas da Convenção IDH, e por ser o juiz Eugenio Raúl Zaffaroni argentino, não pôde participar do julgamento. Contudo, cabe assinalar que esteve entre os juízes que redigiram a opinião consultiva 23/17, a mesma que como já foi dito serve de guia no caso contencioso sob estudo, pelo que a sombra daquele egrégio juiz é palpável naquela decisão, tendo o seu pensamento uma grande influência

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 201.

nos raciocínios que permitem aos juízes trazerem uma proteção à natureza dentro da sua jurisprudência.

No caso que nos interessa, três praticas geradores de uma degradação substântiva do meio ambiente são apontadas pelos requerentes: a tala ilegal de floresta, o sobrepastoreo dos bovinos, e o fato de os criolos botarem cercas no território dos indígenas⁴¹. As vítimas, através dos seus representantes, denunciaram que devido ao anterior, ocorreu uma perda de fauna silvestre, já que a tala provoca desaparecimento do seu alimento, além de as cercas dos criolos impedirem a passagem natural dos animais, causando uma significativa redução da população animal, que aliás, tradicionalmente, servem de comida aos povos.⁴² Ressalta na apresentação dos fatos a forte interdependência entre povo indígenas e natureza: os impactos sobre aquila causam diretamente afetações sobre os primeiros. Por enquadrarem perfeitamente no seu meio ambiente, o seu modo de vida é particularmente sensível e vulnerável em frente de qualquer variação naquele.

No que diz respeito à via para invocar a violação do direito ao meio ambiente são, merece especial destaque o raciocínio da Corte IDH. Em primeiro lugar, cabe assinalar a importância do artigo 29 da Convenção IDH, pela potência do princípio de interpretação que abriga: o princípio *pro persona*. É por mérito do seu uso que a Corte desenvolve uma argumentação que permite a invocação diante dela da violação ao direito ao meio ambiente são, com base em um texto que não faz ao longo dos seus 82 artigos menção nenhuma ao meio ambiente. Assim, a Corte parte do fato de o artigo 26 da Convenção IDH fazer uma referência às “normas económicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos”.⁴³ Em seguida, observa que dita Carta estabelece nos seus artigos 30, 31, 33 e 34 uma obrigação para os Estados de atingir o desenvolvimento integral dos seus povos. Logo depois, e usando como alicerce a concepção em vigor no âmbito das Nações Unidas e o estreito vínculo entre proteção do meio ambiente e

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 187.

⁴² *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴³ Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978, artigo 26.

direitos humanos, destaca que a proteção do meio ambiente é justamente uma das três dimensões do conceito de desenvolvimento integral, junto com o desenvolvimento econômico e o desenvolvimento social. Desse modo, é a inclusão da proteção do meio ambiente na Carta da OEA por meio do conceito de desenvolvimento integral, unida à remissão que faz a Convenção IDH no seu artigo 26 as normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura da citada Carta, que permite tornar o direito ao meio ambiente são invocável com base na Convenção IDH. Esse é o raciocínio que usou a Corte na opinião consultiva 23/17⁴⁴, e que foi retomado no caso contencioso em comento.⁴⁵ Assim, o artigo 26 do citado tratado, apesar do seu caráter de intruso em um texto focado quase exclusivamente nos direitos de primeira dimensão – os chamados direitos-liberdades –, abre uma brecha que permite aos direitos sociais, econômicos e culturais (DESC, dos quais faz parte o direito ao meio ambiente são) se imiscuírem no diploma legal e serem protegidos. Aliás, esse procedimento constitui um meio que a Corte encontrou para sobrepujar a falta de efeito direito – ou seja de invocabilidade pelos particulares diante da Corte IDH – e conseqüente fraqueza jurídica do direito ao meio ambiente são consagrado no artigo 11 do Protocolo de São Salvador.⁴⁶

Em seguida, é o conteúdo que os juízes regionais dão ao direito ao meio ambiente são que resulta particularmente interessante. Com efeito, a Corte

⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafos 52 a 57. Para tomar conhecimento das perguntas feitas por Colômbia à Corte na ocasião da presente opinião, ver p.5-6 daquela consulta.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 202.

⁴⁶ Protocolo de São Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinado em São Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988 e entrado em vigor em 16 de novembro de 1999, estabelece no seu artigo 11 o seguinte: “Direito ao meio ambiente são 1. Toda pessoa tem direito a viver em um meio ambiente são e a contar com serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.” Contudo, e conforme o disposto pelo inciso 6 do seu artigo 19, apenas o direito dos trabalhadores a organizar sindicatos e o direito à educação podem ser objeto de uma petição individual e quando proceder ser invocados diante da Corte IDH.

retoma a dimensão autônoma daquele direito,⁴⁷ cujo conteúdo foi definido na referida opinião consultiva 23/17, nos seguintes termos:

“Essa Corte considera importante ressaltar que o direito ao meio ambiente são como direito autônomo, à diferença de outros direitos, protege os componentes do meio ambiente, tais como florestas, rios, mares e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, inclusive em ausência de certeza ou evidência quanto ao risco para as pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza e o meio ambiente não somente por sua conexão com uma utilidade para o ser humano ou pelos efeitos que sua degradação poderia causar em outros direitos das pessoas, como a saúde, a vida ou a integridade pessoal, mas por sua importância para os demais organismos vivos com quem compartilhamos o planeta, também merecedores de proteção em si mesmos. Nesse sentido, a Corte nota uma tendência a reconhecer personalidade jurídica e, por conseguinte, direitos à natureza não só em sentenças judiciais, porém também em ordenamentos constitucionais”⁴⁸.

Cabe ressaltar que em nota de rodapé, como exemplo de ordenamentos constitucionais que demonstram a citada tendência, fala justamente do preâmbulo da Constituição da Bolívia, do artigo 33 da mesma e do artigo 71 da Constituição do Equador. Assim, para efeitos de fundamentar a interpretação particularmente desprendida do ser humano do direito ao meio ambiente são, e com vistas a proteger o mais efetivamente possível a natureza, a Corte

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, no seu parágrafo 203 faz um resumo dos contornos daquela dimensão, tal como os estabeleceu na opinião 23/17: “afirmou nessa oportunidade que o direito a um meio ambiente são constitui um interesse universal, e é um direito fundamental para a existência da humanidade, e que como direito autônomo protege os componentes do ambiente, tais como floresta, mares, rios e outros, como interesses jurídicos em si mesmos, inclusive em ausência de certeza ou evidência sobre o risco para as pessoas individuais. Trata-se de proteger a natureza, não só pela sua utilidade ou efeitos a respeito dos seres humanos, mas pela sua importância para os outros organismos vivos com quem partilha o planeta”.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Opinião Consultiva OC-23/17* de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafo 62. Os

se fundamenta nas 2 Constituições da região que encarnam por excelência essa corrente do Novo Constitucionalismo Latino-americano e que, portanto, contêm as disposições mais progressistas quanto à extensão da esfera de consideração para além da pessoa humana. Isso demonstra que os princípios e as ideias basilares do Novo Constitucionalismo Latino-americano, em especial no que diz respeito a sua característica mais inovadora – o reconhecimento do valor intrínseco de entidades não humanas – permeiam o raciocínio dos juízes da Corte IDH, a qual enriquece o seu conteúdo e lhes providencia força jurídica a nível regional.

Outrossim, observamos que essa interpretação do direito humano ao meio ambiente tem o atrevimento de ir bem além do humano e de abranger muito mais do que o meio ambiente. Assim, não importa que não seja caracterizado um dano a um ser humano em particular, afetado em tal sentido que seja possível distinguir o seu prejuízo daquele dos outros humanos. O bem protegido pela norma não é mais o humano, porém sim entidades não humanas. Ainda, o fito daquele direito não é simplesmente a proteção do meio ambiente, é a sua proteção e aquela da natureza. Se visa proteger todos os organismos vivos através da natureza, o que em si vai além da visão dominante do que é o meio ambiente, que na maioria das legislações exclui os animais domésticos do seu âmbito. Com essa abordagem é possível proteger os animais que na concepção que predomina não fazem parte do meio ambiente, pois vivem conosco. Com efeito, não há a respeito dos animais de companhia ou de cria essa noção de exterioridade própria do termo “meio ambiente”, de estar fora do nosso habitat, já que aqueles animais moram com a gente. Quando a proteção do meio ambiente costuma incluir apenas o animal selvagem considerado como membro de uma ou outra espécie e não de forma individual, a natureza tem esse caráter infinitamente holístico que permite trazer uma proteção a qualquer entidade viva. Vemos se aproximar a possibilidade do reconhecimento explícito da natureza, da Pacha Mama, como sujeito de direito, por ser também o lugar onde a vida nasce e se reproduz, onde vivem outros seres vivos que merecem proteção por si mesmos também. Retomando a divisão utilizada pelo Professor Zaffaroni no seu livro “*La Pachamama y el humano*” entre ecologia ambientalista e ecologia profunda⁴⁹, os juízes

⁴⁹ ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1º Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.69.

demonstram uma clara preferência para a segunda, ao tenderem em direção a tornar a natureza e os seus elementos titulares de direito.

Assim, a natureza é protegida dobramente naquela decisão: primeiro de forma indireta, clássica, partindo da vontade de proteger as comunidades indígenas, cujo bem estar está estreitamente vinculado à ideia de equilíbrio entre os diferentes componentes da natureza (incluindo-se a eles nela), e cuja visão do mundo a Corte busca levar em consideração e salvaguardar desde há muito tempo, como o demonstra a seguinte referência a decisão Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, de 17 de junho de 2005:

“A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituída a partir de sua estreita relação com os seus territórios tradicionais e os recursos que lá se encontram, não só por ser estes seus principais meios de subsistência, mas além disso porque constituem um elemento integrante da sua cosmovisão, religiosidade e, finalmente, da sua identidade cultural”.⁵⁰

Essa perspectiva foi retomada na opinião 23/17:

“É necessário tomar em conta a conexão intrínseca que os integrantes dos povos indígenas e tribais têm com seu território. É preciso proteger esta conexão, entre o território e os recursos naturais que tradicionalmente usaram e que são necessários para sua sobrevivência física e cultural e para o desenvolvimento e continuidade de sua cosmovisão, a efeito de garantir que possam continuar vivendo seu modo de vida tradicional e que sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições distintivas sejam respeitadas, garantidas e protegidas pelos Estados”⁵¹.

Finalmente, na decisão Lhaka Honat os juízes levam de novo plenamente esse laço em consideração, destacando os principais textos internacionais que

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentença de 17 de junho de 2005, parágrafo 135.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos, parágrafo 169.

têm disposições visando a proteger o meio ambiente dos povos indígenas, tal como a Convenção das Nações Unidas sobre os direitos dos Povos Indígenas, e ressaltando o fato de “o vínculo dos membros da comunidade com os seus territórios” resultar “fundamental e inescindível para sua sobrevivência alimentaria e cultural”⁵². Assim, a proteção dos povos indígenas implica necessariamente a salvaguarda da natureza que os rodeia, pois qualquer afetação àquela é uma ofensa ao povo indígena.

Por outro lado, observamos uma aproximação do raciocínio da Corte com a cosmovisão dos povos indígenas, quando do outorgamento de valor próprio ao meio ambiente e à natureza, agora não para proteger os povos indígenas, dos quais a argumentação se desprende, mas para a preservação da natureza por si mesma com base no seu valor intrínseco, para a sua proteção de forma direta. Aí reparamos nos elementos centrais do Novo Constitucionalismo Latino-americano: inclusão de uma faixa historicamente marginalizada da população – os povos indígenas – com a incorporação do seu pensamento como uma visão válida do mundo, e logo depois a consequente revalorização de entidades não humanas que na visão ocidental são tratadas desde a grande cadeia do ser de Aristóteles como meios para satisfazer as necessidades dos seres julgados superiores.

Deste modo, é a proteção, e além disso a inclusão do pensamento indígena no raciocínio da Corte IDH que permite e gera a ampla salvaguarda da natureza. Nesse sentido, a egrégia antropóloga argentina Rita Segato ressalta que a divindade monoteísta surge de forma independente, autônoma. Ela aparece do vazio, do nada, e em seguida cria tudo o resto. O fato de o Deus ter uma geração própria, explica a autora, implica a sua não dependência com o existente, implica o Deus continuar a existir, isso embora tudo o vivo e o mundo se acabarem, embora ninguém mais acreditar nele. Ao oposto dessa visão, no mundo pachamâmico, a professora frisa que não é nada assim, pois o que ocorre é uma co-geração de todos os elementos que constituem o mundo – terra, água, ar e sol –. Existe nessa cosmovisão uma total reciprocidade entre os componentes da natureza, uma interdependência, que esta no cerne da sua visão. Cada elemento precisa do outro, há uma interrelação que faz com que

⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, parágrafo 252.

não há futuro sem o outro. Ressalta que o outro, no mundo monoteísta e em especial na Igreja, é um problema, havendo a necessidade da sua tradução, da sua incorporação ou destruição, pois apenas pode haver uma so visão válida do mundo e portanto é preciso unificá-lo.⁵³ Destarte, entendemos melhor porque o ocidente tem tantas dificuldades para encontrar um paradigma que integre a consciência da interdependência com a natureza e a sua decorrente proteção, enquanto América latina já possui o arcabouço teórico para outorgar direitos a entidades vivas não humanas.

Assim, graças àquela interpretação sobremaneira extensiva do direito ao meio ambiente são, assim como a técnica que consiste em deduzir direitos a partir de outros direitos e de normas que não consagram explicitamente os mesmos – tal como ocorreu na decisão contenciosa em comento a respeito do direito a água, que decorre segundo a Corte dos direitos que advêm das normas da Carta da OEA⁵⁴ - podemos esperar que num futuro os juízes americanos reconheçam direitos aos elementos da natureza, em especial aos animais não humanos, abordando-os antes de forma individual do que de forma coletiva como o faz tradicionalmente o viés do direito ambiental.

Destarte, estamos a presenciar a nível regional o que Nuria Bellosó Martin chamou de “virada biocêntrica”, ao falar das Constituições do Equador e da Bolívia. Nessa tessitura, faz plenamente sentido a asseveração de Álvaro Aragon, Alejandro Sahui e Isabel Wences, quando afirmam que

“Os casos contenciosos, as medidas provisórias e a opiniões consultivas dos juízes (da CIDH) constituem um elemento

⁵³ SEGATO, Rita, *Patriarcado, extractivismo y la cosificación de la vida*, Centro Cultural Kirchner, palestra dada dentro da Ceremônia de fecho do conjunto de atividades que tiveram lugar no marco do “Proyecto Ballena” entre os dias 21 e 24 de outubro do ano 2021 na Cidade Autônoma de Buenos Aires. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=O1QEQvX1KGQ>, acesso em 10 de julho de 2022.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas miembros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020, assinala parágrafo 222 que “o direito à água se encontra protegido pelo artigo 26 da Convenção Americana. Isso se desprende das normas da Carta da OEA, em tanto das mesmas decorrem direitos dos quais por sua vez se desprende o direito à água”. Acrescentando em nota de rodapé que “esse Tribunal já com anterioridade tem adotado decisões sobre a base de advertir a existência de direitos a partir do conteúdo de outros que surgem de textos convencionais aplicáveis”.

primordial na conformação das características do denominado novo constitucionalismo latino-americano e de alguns dos seus temas, concepções e valores fundamentais”.⁵⁵

A modo de conclusão do corpo da presente pesquisa, ressaltamos que é particularmente relevante seguir as evoluções e inovações dos juízes americanos em matéria de proteção do meio ambiente e da natureza, posto que o continente americano se encontra na vanguarda em termos de reconhecimento da titularidade de direitos a entidades vivas não humanas, e poderia servir de guia nesse âmbito a outras regiões do mundo que constatarem com cada vez mais preocupação os impactos dramáticos da degradação ambiental causada pelas atividades humanas. Esperemos em particular, que impulsionados por aquele medo evocado por Eugenio Raúl Zaffaroni diante “do perigo que corre nossa supervivência planetária”⁵⁶, os países ocidentais aprendam um pouco daquelas cosmovisões que tanto desprezaram e quiseram apagar das terras que subjugavam, e abandonem de vez o paradigma do homem separado da natureza para dominá-la e destinado a ser seu dono. Dessa maneira, ocorreria finalmente o encontro mencionado pelo jurista argentino, entre Gaia e a Pacha Mama, “entre uma cultura científica que se alarma e outra tradicional que já conhecia o perigo que hoje lhes anunciam, assim como a sua prevenção, e inclusive o seu remédio”⁵⁷.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tal como o pudemos observar, os juízes americanos são particularmente sensíveis aos valores e aspirações do Novo Constitucionalismo Latino-americano. O objetivo da presente pesquisa foi justamente botar a ênfase sobre a influência daquela nova corrente do constitucionalismo contemporâneo sobre a atividade da multicitada Corte. Em especial, e mediante o estudo da

⁵⁵ Álvaro Aragón, Alejandro Sahuí and Isabel Wences. Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*. Vol. 17(42):9-15. DOI: 10.29092/uacm.v17i42.733, p.9.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. ÉTICA HUMANA Y ANIMALES DOMÉSTICOS NO HUMANOS. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 16, nov. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/363>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

⁵⁷ ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1º Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011, p.145.

decisão Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, nos centramos nas manifestações na argumentação da Corte da característica mais desordeira do NCL em relação com as outras formas de constitucionalismo: a extensão da esfera de consideração para além do ser humano. Temos podido confirmar o que se avançou na introdução desse trabalho, ou seja que os juízes regionais do continente americano são fortemente influenciados pelas teses do Novo Constitucionalismo Latinoamericano, em especial no que diz respeito à extensão da esfera de consideração para além do humano, utilizando como propulsor dessa nova perspectiva o pensamento indígena.

Aquela corrente, que se distingue pelo afã por uma reintrodução do povo nos processos decisórios – impulsionando portanto mecanismos de participação direta – mas também por ser mais inclusiva – dando seu lugar na Constituição a partes isoladas e marginalizadas da população – tem finalmente a sua característica mais radical nesse reconhecimento do valor próprio de entidades não humanas. Se os dois primeiros traços não constituem rupturas radicais com o pensamento europeu e americano, já que a matriz ideológica da democracia participativa, como já foi dito, pode ser encontrada em pensadores europeus do século XVIII, e que a maior inclusão constitucional para integrar partes cada vez mais amplas da população constitui também uma evolução que vem-se manifestando historicamente nos países ocidentais, é a terceira feição que marca uma verdadeira virada em relação com o paradigma em vigor nos direitos ocidentais. É aí onde o relacionamento constitucional entre América latina e os países “centrais”, que desde há 200 anos consiste para a primeira na importação de conceitos vindos dos segundos, pode-se transformar em um intercâmbio de verdade, com um diálogo e uma aprendizagem mútuos.

Nesse teor, esse último traço se expressa dentro da atividade da Corte IDH quase exclusivamente em casos envolvendo a violação de direitos dos povos indígenas. A profunda consciência naquelas comunidades da interdependência do humano com a natureza, e a conseqüente existência de cosmovisões que fomentam a preservação dos equilíbrios naquela, cria as condições favoráveis a adoção de decisões particularmente progressistas e criativas pela Corte em matéria de proteção ao meio ambiente e a natureza, quando ditos povos são envolvidos. Através de uma interpretação bastante criadora do direito ao meio ambiente são, a Corte consegue abranger todo o vivo, sem fazer distinção nenhuma sobre a situação de cada um deles em relação com o humano, em especial sem fazer menção do seu caráter silvestre ou doméstico. Nessa tessitura,

podemos esperar que a Corte IDH siga com a sua jurisprudência, mostrando a via a suas irmãs europeias e africanas, e que através da aplicação do princípio *pro personas* mais do que *pro persona* no singular, crie a partir dos direitos existentes novos direitos em benefício de entidades não humanas, realizando desta maneira os ideais do Novo Constitucionalismo Latino-americano, e tornando-as por fim verdadeiros sujeitos de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTIGOS

Álvaro Aragón, Alejandro Sahuí and Isabel Wences. Jueces en democracia. La filosofía política de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Andamios*. Vol. 17(42):9-15. DOI: 10.29092/uacm.v17i42.733, p.9.

COSTA SILVA Thiago Henrique, DA CRUZ GONCALVES NETO Joao, *Novo Constitucionalismo latino-americano: um constitucionalismo do futuro?* Revista Brasileira de Filosofia do Direito | e-ISSN: 2526-012X | Brasília | v. 3 | n. 1 | p. 60 – 81 | Jan/Jun. 2017, p.70.

GARGARELLA, Roberto *Recuperar el lugar del “pueblo” en la Constitución*, em *Constitucionalismo Progresista: retos y perspectivas. Un homenaje a Mark Tushnet*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, n°295.

MARQUES FRANÇA TAVARES, Adriani, STIVAL MORATO, Mariane, DUTRA E SILVA, Sandro, Marques França, *A Restrita Jurisprudência Ambiental da Corte Interamericana de Direitos Humanos e Possíveis Inovações sobre Proteção Ambiental Urbana*, Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.17 n.37 p.241-262, Janeiro/Abril de 2020.

RICHTER, Daniela, AITA, Dimitri, *O constitucionalismo latino americano e a Pacha Mama como sujeito de direito: o reconhecimento da água como direito humano*, Trabalho Selecionado no marco da 10ª Jornada de Pesquisa e a 9ª Jornada de Extensão do Curso de Direito da Universidade Metodista de Santa Maria, apresentado em 26 de abril de 2016.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)*, em *El Constitucionalismo Contemporáneo, Homenaje a Jorge Carpizo*, Biblioteca Jurídica Virtual, Universidad Nacional Autónoma de México.

WOLKMER, Antonio Carlos, MÂNICA RADAELLI, Samuel, *Refundación de la teoría constitucional latinoamericana: pluralidad y descolonización*, DERECHOS Y LIBERTADES, Número 37, Época II, junio 2017, pp. 31-50.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *ÉTICA HUMANA Y ANIMALES DOMÉSTICOS NO HUMANOS*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 16, nov. 2016. ISSN 1677-1419.

JURISPRUDÊNCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Comunidade indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentença de 17 de junho de 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentença de 23 de novembro de 2009.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Caso Povos Kaliña e Lokono Vs. Surinam, de 25 de novembro de 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC-23/17 de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República de Colômbia, Meio ambiente e direitos humanos.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Comunidades Indígenas membros da Associação Lhaka honhat (Nossa Terra) vs. Argentina*, decisão de 6 de fevereiro de 2020.

LIVROS

GILLY, Adolfo, *La Revolución Interrumpida*, Primeira Edição, México, D.F, “El Caballito D.F”, 1971.

ZAFFARONI EUGENIO RAUL, *La Pachamama y el humano*, 1º Edição, Colihue, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Edição Madre de Plaza de Mayo, 2011.

TEXTOS DE LEIS/NORMAS

Tratados e Textos Internacionais

Carta da organização dos estados americanos, adotada em 2 de maio de 1948 em Bogotá, na Colômbia.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro de 1969 na Cidade de São José, Costa Rica, e entrada em vigor em 18 de julho de 1978.

Protocolo de São Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinado em São Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988 e entrado em vigor em 16 de novembro de 1999.

Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aprovado pela própria Corte, no seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado dos dias 16 a 28 de novembro de 2009.

Textos Nacionais

EQUADOR, Constituição, em vigor desde o 20 de outubro de 2008.

BRASIL, Constituição, promulgada em 5 de outubro de 1988.

BOLÍVIA, Constituição, vigente desde o 7 de fevereiro de 2009.

BOLÍVIA, Ley N°071 “Ley de derechos de la madre tierra”, aprovada em 21 de dezembro de 2010.

MÉXICO, Constituição, entrada em vigor em 5 de fevereiro de 1917.

SÍTIOS INTERNET

Sítio internet da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponível em https://www.corteidh.or.cr/que_es_la_corte.cfm#:~:text=La%20Corte%20Interamericana%20ejerce%20una,funci%C3%B3n%20de%20dictar%20medidas%20provisionales, acesso em 3 de julho de 2022.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Dogmática

- Absolutismo, p. 87
- Curatela, p. 9
- Dignidade humana, p. 87
- Dogma absoluto, p. 90
- Interesse, p. 111
- Intervenção do ministério público, p. 85
- Pós-positivismo, p. 23
- Princípio da beneficência, p. 111
- Racionalismo, p. 87

Novo Constitucionalismo Latinoamericano

- Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 165
- direitos da natureza, p. 175
- Opinião Consultiva, p. 169

Responsabilidade

- Consumidor, p. 37
- Dano, p. 39
- Ilícito, p. 31

Direito e tecnologia

- Autopoiese, p. 74
- Dogmática jurídica, p. 69.

Improbidade administrativa

- Accountability, p. 139
- Agências, p. 135
- Controle de corrupção, p. 145
- Sistema político-jurídico, p. 172

Pobreza

Princípio da dignidade da pessoa humana, p. 127

Trabalho escravizado, p. 126

Políticas públicas e igualdade

Competência normativa, p. 23

Iniciativa legislativa, p. 23

Normativas de combate à desigualdade racial, p. 16

Políticas públicas, p. 16

SUBJECT INDEX

Dogmatic

- Absolutism, p. 87
- Curatela, p. 9
- Human dignity, p. 87
- Absolute dogma, p. 90
- Interest of incapable, p. 111
- Intervention of the public prosecutor's office, p. 85
- Post-positivism, p. 23
- Principle of beneficence, p. 111
- Rationalism, p. 87

New Latin American Constitutionalism

- Inter-American Court of Human Rights, p. 165
- rights of nature, p. 175
- Advisory Opinion, p. 169

Responsibility

- Consumer, p.37
- Damage, p. 39
- Unlawful, p. 31

Law and technology

- Autopoiesis, p. 74
- Legal dogmatics, p.69

Administrative impropriety

- Accountability, p. 139
- Agencies, p. 135
- Corruption control, p. 145
- Political-legal system, p.172

Poverty

- Principle of the dignity of the human person, p. 127
- Enslaved labor, p. 126

Public policies and equality

Normative competence, p. 23

Legislative initiative, p. 23

Norms to combat racial inequality, p. 16

Public policies, p. 16

ÍNDICE DE AUTORES

AUTHORS INDEX

JUNIOR, W.P.M. p. 10

CASTRO, C.B. p. 36

STEFFEN, C. p. 124

SILVA, A.P. p. 136

GOMES, E.O. p. 85

COSTA, R.B. p. 64

BREILLAT, T. p. 161

Projeto Gráfico

futura!dcr

Nosso agradecimento especial à “Agência Futura!dcr Propaganda”
e ao Sr. Augusto Diegues, pelo apoio nesta empreitada.



**PROCURADORIA
GERAL DE JUSTIÇA**



**ASSOCIAÇÃO
PAULISTA DO
MINISTÉRIO
PÚBLICO**

ISSN 2764-7315



9 770101 1949003