



COMISSÃO EDITORIAL

Profa. Dra. Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais
Profa. Dra. Marinella Machado Araújo
Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro
Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Carlos Araújo Leonetti
Prof. Dr. Walter Guandalini Júnior
Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva
Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Prof. Dr. Luís Fernando Sgarbossa
Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves
Profa. Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau
Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Profa. Dra. Angela Issa Haonat
Prf. Dr. Antonio José de Mattos Neto
Prof. Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Prof. Dr. Nirson Medeiros da Silva Neto
Prof. Dr. André Gomes de Sousa Alves
Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
Prof. Dr. Jardel de Freitas Soares
Prof. Dr. João da Cruz Gonçalves Neto
Prof. Dr. Roberto Senise Lisboa
Prof. Dr. Nelson Flávio Firmino
Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Profa. Dra. Cynthia Soares Carneiro
Prof. Dr. Odorico Ferreira Cardoso Neto
Prof. Dr. Luís Antonio Bitante Fernandes
Prof. Dr. Rabah Belaidi Belaidi

EDITORES DE SEÇÃO

Profa. Ana Cecília de Oliveira Bitarães
Prof. Me. Bruno Fernandes Lima
Profa. Núbia Leoni de Freitas Nogueira
Prof. Me. Andrey Philippe de Sá Baeta Neves
Prof. Dr. Raphael Lima Ribeiro
Profa. Me. Ana Luiza Novais Cabral
Prof. Me. Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva
Profa. Me. Bárbara Nascimento de Lima
Prof. Me. Igor Alves Noberto Soares
Prof. Me. Gabriel Salema de Souza
Profa. Me. Yollanda Soares Farnezes Bolonezi
Profa. Me. Nayane Costa Nascimento

SUMÁRIO

INDICE

SUMMARY

EDITORIAL	1-2
Direito e Democracia na Sociedade Contemporânea <i>Law and Democracy in Contemporary Society</i>	
HERMENÊUTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS E RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA PELA DESCONSIDERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES <i>HERMENEUTICS OF JUDICIAL DECISIONS AND ATYPICAL RELATIVIZATION OF "RES JUDICATA" DUE TO BINDING PRECEDENT'S AVOIDANCE</i> <i>Rafael de Oliveira Costa</i>	3-22
DIREITO ADQUIRIDO E NOVAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS EM ÂMBITO DA SEGURIDADE SOCIAL CONSTITUCIONAL: O PLANEJAMENTO DE VIDA COMO DIREITO <i>ACQUIRED RIGHT AND NEW THEORETICAL POSSIBILITIES IN THE CONTEXT OF CONSTITUTIONAL SOCIAL SECURITY: LIFE PLANNING AS A RIGHT</i> <i>Luigi Bonizzato</i> <i>Maria Clara Conde Moraes Costa</i>	23-48
A CALAMIDADE PÚBLICA COMO JUSTIFICATIVA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO EXTRAORDINÁRIO <i>PUBLIC CALAMITY AS A JUSTIFICATION FOR EXTRAORDINARY ADMINISTRATIVE LAW</i> <i>Janriê Rodrigues Reck</i> <i>Vivian Paludo</i>	49-68
REFLEXÃO CRÍTICA E NORMATIVIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CONSIDERAÇÕES DE JOHN DEWEY SOBRE A DEMOCRACIA <i>CRITICAL REFLECTION AND LEGAL NORMATIVITY: AN ANALYSIS BASED ON JOHN DEWEY'S REMARKS ON DEMOCRACY</i> <i>Leonardo Monteiro Crespo de Almeida</i> <i>George Browne Rêgo</i>	69-95
LISTA NEGRA DE BABÁS NO WHATSAPP: PADRÕES DISCRIMINATÓRIOS PRÉ-CONTRATAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO <i>NANNIES' BLACKLIST IN WHATSAPP: PRE-CONTRACTUAL DISCRIMINATORY PATTERNS AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN</i> <i>Lília Carvalho Finelli</i>	96-112

A COMPREENSÃO DAS DIMENSÕES DA VULNERABILIDADE HUMANA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA AUTONOMIA **113-133**

UNDERSTANDING THE DIMENSIONS OF HUMAN VULNERABILITY IN EXISTENT LEGAL SITUATIONS: A PERSPECTIVE FROM OF AUTONOMY

Ana Thereza Meirelles

Maria de Fátima Freire de Sá

Rafael Verdival

Caio Lage

A TIPIIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: A REALIZAÇÃO DE DISTINGUISHING E OVERRULING EM RELAÇÃO AO ATUAL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL **134-154**

CRIMES AGAINST HUMANITY IN BRAZILIAN LAW: DISTINGUISHING AND OVERRULING OF THE CURRENT JURISPRUDENCIAL PARADIGM

Lucas Paulo Orlando de Oliveira

Jânia Maria Lopes Saldanha

EDITORIAL

Novas dinâmicas fazem parte do ensino-aprendizagem, na contemporaneidade, o que perpassa pela ampla necessidade de formação das pessoas implicadas nesse processo por meio do respeito à diversidade. Isso significa dizer que as antigas práticas vinculadas ao saber dogmatizado da pessoa *mestra*, que tudo domina e repassa conteúdos verticalmente às pessoas supostamente desconhecedoras da razão, dão lugar à democratização do conhecimento, com notada deferência às metodologias ativas e aos saberes populares.

Tal premissa é constatada, por exemplo, na indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão na Educação Superior, o que confere, aos alunos e às alunas, a possibilidade de formação interdisciplinar e multiprofissional. Na mesma medida, urge retomar certas pautas da formação científica, com destaque para ressignificar várias crenças sobre os institutos jurídicos, que devem ser (re)lidos de modo crítico e diverso. É função da pesquisadora e do pesquisador trazer um discurso metodologicamente válido aos atos da reconstrução da dinâmica do Direito, que somente pode configurar-se legítima a partir dos seus contributos para a cidadania, a democracia e a pluralidade.

Por tudo isso, o presente número da Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, evidencia o ensejo de sua linha editorial: *ser plural*. No intento de reafirmar o compromisso universitário com o conhecimento científico, especialmente quando de sua publicização, e após densa reorganização interna, o Comitê Editorial adequou o periódico às recentes diretrizes acadêmico-registrais sobre o trabalho avaliativo em tempo razoável. Com isso, espera-se publicar pesquisas sempre inéditas, inovadoras e com grande impacto científico, nas mais diversas abordagens interdisciplinares e metodológicas. Nesse sentido, a Revista é um espaço dedicado à ampliação do debate sobre temas heterogêneos, sendo também instrumento seguro para embasamento e aprofundamento de abordagens futuras por outras pessoas pesquisadoras.

Para garantir a sua qualidade, a Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais intensificou o número de pessoas vinculadas ao Comitê Editorial, com destaque para novas docentes e novas estudantes do Curso de Doutorado em

Direito. Nessa toada, também é aguardada a redução do prazo para finalizar as avaliações e publicar novos números, e, ainda, a contribuição para a seleção de artigos respeitando as regras quantitativas e qualitativas sobre *exogenia, periodicidade e titulação*, entre outras, exigidas pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

Portanto, informamos com entusiasmo que, a partir desse número, estão reabertas as submissões em fluxo contínuo da Revista da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Nesse contexto, convidamos as pesquisadoras e os pesquisadores de todas as instituições nacionais e internacionais para submeter seus relevantes trabalhos em nosso periódico, a fim de fornecer reflexões à pesquisa comprometida com a publicização científica a partir da desconstrução e da refutação crítica.

Para encerrar, o Comitê Editorial registra seus efusivos cumprimentos ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, que, na avaliação quadrienal (2017-2020) realizada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), alcançou nota 6 (seis), em índice de até 7 (sete), nos termos de parecer ratificado pelo Conselho Técnico-Científico da Educação Superior. Tal reconhecimento demonstra o compromisso e a qualidade institucional do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, com notória dedicação de seu corpo diretivo, corpo docente, técnico-administrativo e discente aos rumos da pesquisa jurídica inovadora.

Boa leitura!

Professora Doutora Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes
Comissão Editorial da Revista da Faculdade Mineira de Direito

Professor Mestre Igor Alves Noberto Soares
Editor de Seção

HERMENÊUTICA DAS DECISÕES JUDICIAIS E RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA PELA DESCONSIDERAÇÃO DE PRECEDENTES VINCULANTES

HERMENEUTICS OF JUDICIAL DECISIONS AND ATYPICAL RELATIVIZATION OF “RES JUDICATA” DUE TO BINDING PRECEDENT’S AVOIDANCE

Rafael de Oliveira Costa¹
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo analisar, à luz do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de relativização atípica da coisa julgada em razão da violação a precedentes vinculantes. Trata-se de pesquisa que faz uso do raciocínio hipotético-dedutivo, valendo-se de dados de natureza primária (acórdãos e leis) e secundária (entendimentos doutrinários), permitindo concluir ser possível a relativização atípica da coisa julgada em razão da violação a precedentes vinculantes, uma vez que o jurisdicionado deve saber como agir para que sua conduta esteja em conformidade com o Direito, tutelando-se a segurança jurídica, a confiança, a isonomia e a previsibilidade.

Palavras-chave:

Relativização da Coisa Julgada. Hermenêutica das Decisões Judiciais. Teoria dos Precedentes.

Abstract:

This paper aims to analyze Precedent’s Theory in light of the Brazilian Civil Procedure Code. We use hypothetical-deductive reasoning, drawing on data from primary nature (judgments and laws) and secondary (doctrinal understandings), concluding that it is possible to atypically relativize res judicata due to binding precedent’s violation, since citizens should know how to act so that their conduct complies with the law.

Keywords:

Correctional Procedures. Absence of justified cause. Admissibility judgment. Moral damage. Compensation.

1. INTRODUÇÃO

Todo jurisdicionado faz jus à motivação das decisões judiciais enquanto decorrência do *direito fundamental de obter respostas hermenêutico-constitucionalmente adequadas*.² Isso porque a Constituição, em seu art. 93, inciso IX, estabelece expressamente que toda decisão judicial deve ser motivada – verdadeiro consectário do devido processo legal. A motivação das decisões desempenha, portanto, dupla função, permitindo que as partes conheçam as razões que

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (2007), em programa conjunto com a Universidade de Wisconsin-Madison (EUA - 2005). Visiting Scholar na Universidade da Califórnia-Berkeley. Professor na Escola Superior do Ministério Público dos Estados de São Paulo. Promotor de Justiça no Estado de São Paulo.

² Cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010. E também: STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em época de crise do Direito: A necessária concretização dos Direitos Humanos. **Hendu**, 1. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/download/374/603>. Acesso em: 7 de março de 2013.

formaram o convencimento do julgador³ e o controle do decidido pela sociedade.⁴ Assim, a motivação não tem, como pode parecer à primeira vista, cunho meramente formal, mas também substancial. O julgador deve necessariamente expressar as razões pelas quais entendeu presentes ou ausentes os pressupostos e requisitos para a tomada de uma dada decisão, não podendo se limitar a repetir os termos da lei ou da constituição, sem efetivamente justificar o seu convencimento.⁵

Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram. [...] é preciso eliminar a idéia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor.⁶

Acerca do tema, parcela da doutrina sustenta que a decisão sem motivação é inexistente e a decisão com motivação insuficiente apresenta vício de nulidade.⁷ Por outro lado, uma segunda corrente encara a falta de motivação como apta a autorizar, no máximo, o ajuizamento de ação rescisória.⁸

Em verdade, a motivação é requisito indissociável da decisão (“*giurisdizionalità*”)⁹, razão pela qual o ato jurisdicional sem motivação é uma “não decisão” e pode ser afastado pelas vias adequadas, em razão do vício de inconstitucionalidade que o inquina, inclusive através da relativização atípica da coisa julgada.

O presente trabalho tem como objetivo analisar, à luz do Código de Processo Civil de 2.015, a possibilidade de relativização atípica da coisa julgada em razão da violação a precedentes vinculantes. Trata-se de pesquisa que faz uso do raciocínio *hipotético-dedutivo*, valendo-se de dados de natureza *primária* (acórdãos e leis) e *secundária* (entendimentos

³ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1998, p. 32.

⁴ Cf. TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975, p. 407.

⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6ª ed. Ed. JusPodium, 2011, p. 387 e seguintes. Nesse sentido, o Código Civil, em seu artigo 489, § 1º, dispõe expressamente que: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 461.

⁷ Por todos, conferir: TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

⁸ Por todos, conferir: TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 1989, n. 56, p. 230.

⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, p. 458.

doutrinários).

Passemos à sua concretização.

2. APORTES PARA A INTERPRETAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A decisão judicial, vislumbrada enquanto enunciado normativo, contém normas jurídicas de duas naturezas distintas: a norma concreta (ou individual) da decisão e a norma geral da decisão.

A *norma concreta da decisão* (ou as normas concretas da decisão, quando existirem vários capítulos) normalmente está presente na parte dispositiva da sentença, regulando as peculiaridades do caso submetido à apreciação jurisdicional.¹⁰

De outro modo, a *norma geral da decisão* ou *ratio decidendi* abrange os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*).¹¹ A norma geral da decisão nada mais é do que o fundamento jurídico utilizado para decidir o caso, com caráter geral, fruto da interpretação/compreensão/aplicação dos fatos e sua conformação com o ordenamento jurídico, com aptidão para servir de subsídio para a solução de casos semelhantes.¹²

Não obstante a busca pela clareza, as decisões serão posteriormente submetidas à interpretação dos jurisdicionados, objetivando definir as normas concreta e geral e, por via de consequência, os limites da coisa julgada.

Sem pretender esgotar o tema, mas atentando para a sua relevância para a teoria dos precedentes, entendemos que a interpretação das decisões judiciais deve estar amparada em determinados pressupostos:¹³

- 1) A decisão deve ser interpretada de forma holística e sistemática, abrangendo não só a ementa e os pressupostos fáticos trazidos pelo julgador, mas também a complementariedade que deve existir entre dispositivo e fundamentação (*círculo hermenêutico decisório*).¹⁴

¹⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 388.

¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 174.

¹² DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*, p. 388.

¹³ Os pressupostos aqui elencados são uma síntese adaptada do exposto em: ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; COSTA, Rafael de Oliveira. *Direito Processual Penal Coletivo e Hermenêutica das Decisões Coletivas Penais*. No prelo.

¹⁴ Nesse sentido, dispõe o artigo 489, § 3º, do Código de Processo Civil, que: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

- 2) Os pedidos e manifestações das partes e os elementos trazidos por terceiros interessados devem ser levados em consideração para a interpretação da decisão, uma vez que as normas geral e concreta decorrem do que foi postulado, oportunizado o efetivo poder de convencimento (princípio do contraditório efetivo) e com a participação da maior pluralidade possível de segmentos sociais.¹⁵ Nesse sentido, inclusive o artigo 322, § 2º, do CPC, dispõe que “A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.” Exemplificativamente, o contexto em que homologado judicialmente determinado acordo celebrado pelas partes quanto ao divórcio pode contribuir para a interpretação das suas cláusulas e do teor da decisão proferida.
- 3) Os negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes devem ser levados em consideração na interpretação da decisão, já que podem esclarecer os limites em que prolatada.
- 4) A exegese de uma decisão judicial deve partir do princípio da integridade. Em outras palavras, se uma determinada expressão foi utilizada, ao longo de todo um feito, em uma determinada acepção, a exegese da decisão não pode ser realizada em sentido diverso.
- 5) Não obstante a ausência de influência relevante e substancial para a decisão, o *obiter dictum* pode servir de diretriz hermenêutica para a interpretação de casos semelhantes. Em que pese tratar-se de argumentos que são expostos apenas “de passagem”¹⁶, contribuem para a compreensão da decisão (*círculo hermenêutico decisório*), uma vez que dotados de força persuasiva. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a Medida Cautelar nº 15.465/SC, sustentou, em acórdão julgado em 28.04.2009, ser admissível mandado de segurança como substitutivo de ação rescisória nos juizados, diante da proibição contida no art. 59, da Lei 9.099/95, sinalizando novo entendimento que pode ser utilizado para a interpretação de julgados subsequentes, embora houvesse sido efetivamente submetida à apreciação do tribunal a

¹⁵ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do Direito**, p. 177.

temática da competência dos Juizados Especiais Cíveis.

- 6) Os métodos hermenêuticos clássicos¹⁷ e constitucionais¹⁸ devem ser utilizados para a adequada compreensão da decisão, especialmente diante de dúvida acerca da amplitude conferida aos preceitos interpretados no caso decidendo.¹⁹
- 7) A interpretação da decisão deve atentar para as demais decisões prolatadas no mesmo feito. Assim, as expressões utilizadas em uma determinada decisão devem assumir o mesmo sentido das utilizadas nas demais decisões que integram o feito.
- 8) Os recursos podem funcionar como instrumentos para orientar a interpretação da decisão, em especial os embargos de declaração – visto que estes últimos objetivam esclarecer a própria decisão.
- 9) O exegeta deve considerar as consequências práticas da decisão penal coletiva deve, atentando para o disposto no artigo 20, da LINDB, que passou a dispor expressamente que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”²⁰

¹⁷ Os métodos clássicos são o gramatical, sistemático, histórico e teleológico.

¹⁸ Os principais métodos de interpretação constitucional defendidos pela Moderna Hermenêutica são: 1) Método Tópico-Problemático; 2) Método Hermenêutico-Concretizador; 3) Método Científico-Estrutural e 4) Método Normativo-Estruturante. Sobre o tema, conferir: COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica**: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. Direito, Estado e Sociedade, 2014.

¹⁹ Para uma análise crítica da adoção de métodos hermenêuticos, sugerimos a leitura de nosso artigo: COSTA, Rafael de Oliveira. **Hermenêutica Constitucional e Hermenêutica Filosófica**: Horizontes da Previsibilidade das Decisões Judiciais. Direito, Estado e Sociedade, 2014.

²⁰ “Para minimizar esses riscos e tentar chegar ao meio termo de que fala MacCormick, convém então estabelecer de modo objetivo qual o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. Vejamos. a) Em primeiro lugar, a observância desse dever pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções. b) Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis.³⁰ Isso seria, aliás, inviável e inconveniente. (...) c) A observância desse dever impõe ao julgador declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório que as demonstre. (...) e) A observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito. (...) f) A observância desse dever não se pode dar à custa de uma postergação excessiva da solução para o caso concreto. (...) g) A observância desse dever impõe a declinação dos critérios utilizados para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas. (...) h) Por fim, a inobservância do dever de considerar as consequências práticas implica a nulidade da decisão por falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF e dos arts. 11 e 489, §1º, do CPC.” (DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL, v. 75, p. 143-160, 2019)

10) Por fim, a interpretação da decisão deve se dar em atenção aos precedentes existentes, perguntando-se o intérprete como pode a decisão fazer parte de uma teoria coerente que justifique todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisória.²¹

Não se pretende oferecer uma resposta definitiva para a temática. Contudo, a consolidação de uma teoria hermenêutico-processual da decisão é um caminho inevitável diante da nova regulamentação legal da matéria pelo Código de Processo Civil de 2.015.

Devidamente assentadas as premissas indispensáveis à interpretação das decisões judiciais, passa-se à análise da teoria dos precedentes.

3. DA TEORIA DOS PRECEDENTES JUDICIAIS

A expressão precedente judicial reflete a adoção, por juízes e tribunais, da *ratio decidendi* de casos anteriormente decididos, em razão da existência de uma relação de similaridade.

A doutrina do precedente judicial decorre da aplicação do princípio do *stare decisis*:²² as decisões dos tribunais superiores vinculam os juízos que lhes são hierarquicamente inferiores, consolidando uma verdadeira eficácia vertical do precedente. Nesse sentido, MacCormick sustenta que a fidelidade ao Estado de Direito requer que se evitem variações desnecessárias no padrão decisório de um tribunal para o outro.²³ Na prática, os tribunais inferiores devem aplicar a *ratio decidendi* adotada pelos tribunais superiores em casos anteriormente solucionados, garantindo consistência e previsibilidade ao Direito por meio da uniformização da jurisprudência. Não por outro motivo, o artigo 947, § 3º, do CPC, dispõe que “*O acórdão proferido em assunção de competência vinculará todos os juízes e órgãos fracionários, exceto se houver revisão de tese.*”

²¹ Cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério**: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010. Nesse sentido, inclusive, o Código de Processo Civil dispõe, em seu artigo 926, que “*Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”, prevendo novos institutos, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência.

²² “*Stare decisis et non quieta movere*” significa: “mantenha-se a decisão e não se modifique o que foi decidido”.

²³ MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law** – A theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2005, p. 188.

Portanto, não pode o intérprete simplesmente ignorar os precedentes, mas deve perceber que desempenham múltiplas e relevantes funções no sistema jurídico, incumbindo-lhes conferir previsibilidade às futuras decisões judiciais e atribuir estabilidade às relações jurídicas. Não por outro motivo, o art. 926, do Código de Processo Civil, dispõe expressamente que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. E mais: o novo diploma regulamentou expressamente o cabimento de reclamação, objetivando preservar a competência dos tribunais, garantir a autoridade de suas decisões e a observância de enunciado de súmula vinculante e de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência (artigo 988, do CPC).

Tradicionalmente, os precedentes são classificados de duas formas distintas: quanto ao conteúdo e quanto aos efeitos. No que concerne ao conteúdo, os precedentes podem ser declarativos – quando simplesmente reconhecem um precedente anterior para dar solução a um caso concreto, como ocorre no artigo 932, incisos IV e V, do Código de Processo Civil – ou criativos – quando o intérprete interpreta/compreende/aplica a norma jurídica ao caso concreto.²⁴

De outro modo, em relação aos efeitos, os precedentes podem ser vinculantes, obstativos de recursos ou meramente persuasivos.²⁵ Os primeiros, também conhecidos como *binding precedents*, possuem eficácia vinculante em relação aos casos similares que lhes forem supervenientes. De outro modo, os precedentes obstativos têm o condão de impedir a remessa necessária ou o conhecimento de recursos interpostos. Por fim, os precedentes persuasivos (*persuasive precedents*) não têm eficácia vinculante: refletem mera diretriz interpretativa, que deve ser seguida pelo fato de que o julgador acredita na sua adequação.²⁶

Objetivando colocar uma pá de cal na matéria, o artigo 927, do Código de Processo Civil, dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese

²⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 387 e seguintes.

²⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 387 e seguintes.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 387 e seguintes.

de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Não obstante o caráter inovador do dispositivo em tela, incumbe ressaltar que o legislador perdeu uma boa oportunidade para regular expressamente o princípio do *stare decisis e os binding precedents*, tendo se limitado a normatizar a temática para algumas modalidades de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – ao contrário do que acontece nos países de *Common Law*.

Em que pese a busca pela certeza e previsibilidade no Direito, o ordenamento jurídico não pode permanecer alheio à realidade social. Por este motivo, os países da família do *Common Law* desenvolveram técnicas que evitam a aplicação dos precedentes, seja pela busca de uma característica que venha a confrontar o caso decidendo com o paradigma (*distinguishing*), seja pela superação do próprio precedente (*overruling* e *overriding*). Assim, em existindo um precedente vinculante, os tribunais podem afastar a sua aplicação quando, distinguindo o caso concreto do paradigma, não vislumbrarem tratem-se dos mesmos fatos ou dos mesmos fundamentos jurídicos, em técnica conhecida por *distinguishing*. Em outras palavras, o precedente poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

De outro modo, uma decisão pode não mais atender aos anseios sociais ou às normas vigentes. Nesse caso, conforme a lição do Justice Jackson em *Massachusetts v. United States* [1947] 333 US 611:

Eu não vejo qualquer razão para decidir conscientemente de forma errônea hoje, pelo simples fato de ontem ter decidido inconscientemente de forma errônea.²⁷

Nesse liame, o *overruling* e o *overriding* apresentam-se como técnicas de superação dos precedentes. No *overruling*, um precedente perde a sua força vinculante, sendo substituído por

²⁷ No original: "I see no reason why I should be consciously wrong today because I was unconsciously wrong yesterday."

uma nova norma geral do caso concreto, de forma expressa (*express overruling*) ou implícita (*implied overruling*), pelo mesmo tribunal ou outro de hierarquia superior. O *overriding*, por sua vez, distingue-se do *overruling* na medida em que o precedente não é superado por completo; nesse caso, o tribunal apenas limita a incidência do precedente, em função da superveniência de circunstâncias fáticas ou jurídicas que tornam a sua incidência incabível no caso concreto.²⁸

Assim, a modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social. Acerca da matéria, dispõe o artigo 927, § 4º, do Código de Processo Civil:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Ademais, nos termos do artigo 927, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 489, § 1º, do CPC, quando decidirem acerca da superação do precedente, ou seja, não podendo deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (artigo 489, § 1º, inciso VI, do CPC).

Contudo, na hipótese de alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos, os tribunais poderão realizar audiências públicas, permitindo a participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese, sem prejuízo da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão (artigo 927, § 3º, do CPC).

Importa notar que a Suprema Corte de diversos países que adotam o *Common Law* vem reiteradamente sustentando a importância da adequada justificação na superação dos precedentes judiciais. Assim, não apenas o princípio do *stare decisis* contribui para garantir previsibilidade na aplicação do Direito, mas também a justificação da decisão se mostra indispensável na superação do precedente (*overruling* ou *overriding*), em conformidade com concepção gadameriana de espiral hermenêutica.²⁹

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, p. 389 e seguintes.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

O novo diploma deixou, contudo, de incorporar as *guidelines* adotadas pela Câmara dos Lordes na Inglaterra, responsáveis por limitar a superação dos precedentes judiciais. Trata-se de medidas extremamente salutares, fruto da experiência inglesa construída no decurso de séculos, podendo-se destacar as seguintes:

- 1) Critério das Expectativas Legítimas: não pode ser superado um precedente se, para fazê-lo, é necessário violar as legítimas expectativas de pessoas que estabeleceram relações jurídicas confiando na manutenção de uma dada posição;
- 2) Critério das Consequências Imprevisíveis: não pode ser superado um precedente se as consequências decorrentes do novo caso-paradigma forem imprevisíveis;
- 3) Critério da Necessidade de Ampla Reforma: não pode ser superado um precedente se, para tanto, for necessária uma ampla reforma no ordenamento jurídico, devendo-se deixar a cargo do Poder Legislativo as modificações de grande amplitude;
- 4) Critério da Retificação da Imprevisibilidade: o precedente não pode ser superado se a nova posição provoca tanta incerteza nos operadores do direito que se tornam incapazes de dar qualquer indicação clara aos jurisdicionados acerca do que os tribunais entendem ser a conduta em conformidade com o Direito.

Pode ocorrer, no entanto, que o julgador ignore um precedente vinculante ou um diploma normativo que levaria a um resultado diverso daquele alcançado. Nessa hipótese, tem-se o que se convencionou chamar de decisão *per incuriam* ou “por falta de cuidado”, visto que o precedente não precisa ser seguido por um tribunal inferior. Em outras palavras, os juízos hierarquicamente inferiores ficam livres para afastar uma decisão anterior de um tribunal superior.

Em *Secretary of State for Trade and Industry v Desay* (1991), restou decidido que, para afastar o precedente *per incuriam* é indispensável demonstrar que a decisão prolatada envolve algum tipo de erro, implicando em sérios inconvenientes para a aplicação da justiça e para os jurisdicionados.

Ocorre que, em algumas hipóteses, pode sobrevir decisão que, não obstante deixe de aplicar precedente vinculante (como ocorre nas decisões de controle concentrado de constitucionalidade ou em violação às súmulas vinculantes) e alcance resultado diverso daquele que deveria ser obtido (ou seja, afastada a alegação de ter ocorrido *per incuriam*), não seja combatida por meio de reclamação constitucional (artigo 102, inciso I, alínea “I”, da

Constituição). Nesse caso, é possível afastar a coisa julgada, em razão da violação ao precedente vinculante?

É o que passaremos a responder no próximo tópico deste trabalho.

4. DA RELATIVIZAÇÃO ATÍPICA DA COISA JULGADA PELA VIOLAÇÃO A PRECEDENTES VINCULANTES

A coisa julgada tem fundamento na segurança jurídica em sentido objetivo. Em alguns casos, contudo, o ordenamento jurídico prevê instrumentos típicos para sua revisão, como a ação rescisória, a *querela nullitatis*, a correção de erros materiais na decisão, entre outros. Não são esses meios típicos de revisão a que nos referimos neste tópico, mas aos meios atípicos de relativização ou desconsideração da coisa julgada.

A doutrina não é uníssona acerca da possibilidade da formação da coisa julgada quando a decisão é injusta ou inconstitucional. No que concerne à relativização (atípica) da coisa julgada, existem basicamente três correntes:

- 1) Negativista – Para os defensores desta corrente, não é possível a desconsideração fora das hipóteses expressamente previstas em lei (ex. ação rescisória). Marinoni, Didier Jr., Barbosa Moreira, Nelson Nery Jr., Ovídio Batista, dentre outros, sustentam ser impossível compactuar com a relativização atípica da coisa julgada pelo fato de que não é admissível uma cláusula aberta de revisão das decisões, sob pena de violação à harmonia que deve existir entre os valores da segurança jurídica e a justiça.³⁰ Em breve síntese, sustentam os opositores à relativização atípica que permitir o afastamento da coisa julgada com fundamento na injustiça ou inconstitucionalidade da decisão viola a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, na medida em que impede ao jurisdicionado colocar um fim ao litígio.
- 2) Relativização da coisa julgada inconstitucional – Segundo os defensores desta corrente, dentre os quais se destaca Humberto Theodoro Júnior, é possível a relativização da coisa julgada quando inconstitucional, pois o vício de

³⁰ Por todos, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.

inconstitucionalidade gera nulidade de pleno direito (*ex tunc*), com o que não há falar em formação da própria coisa julgada.³¹

- 3) Relativização da coisa julgada por questões de extrema justiça – Sustentando pensamento de vanguarda sobre a temática, Cândido Rangel Dinamarco aduz que a coisa julgada não precisa ser inconstitucional ou sequer violar valores constitucionais, bastando para sua relativização o sopesamento diante da justiça da decisão. A coisa julgada, por não se tratar de um valor absoluto, deve ser sopesada à luz da ideia de justiça.³²

De modo geral, os defensores da relativização atípica da coisa julgada sustentam que a manutenção de decisão eivada de grave injustiça ou inconstitucionalidade implica na “perenização” de situações indesejadas.³³ Isso porque, em contendo a própria sentença vícios insanáveis decorrentes da inconstitucionalidade ou injustiça da decisão, deve ser considerada inexistente juridicamente. Ora, se sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como sentença, e, assim, não implica na consolidação da coisa julgada material.³⁴

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Coisa Julgada Inconstitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). Coisa Julgada Inconstitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

³³ “A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como consectário a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a constituição. Se desconforme estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003, p. 142.)

³⁴ O Superior Tribunal de Justiça já admitiu a tese da relativização da coisa julgada: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DÚVIDAS SOBRE A TITULARIDADE DE BEM IMÓVEL INDENIZADO EM AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. 1. Hipótese em que foi determinada a suspensão do levantamento da última parcela do precatório (art. 33 do ADCT), para a realização de uma nova perícia na execução de sentença proferida em ação de desapropriação indireta já transitada em julgado, com vistas à apuração de divergências quanto à localização da área indiretamente expropriada, à possível existência de nove superposições de áreas de terceiros naquela, algumas delas objeto de outras ações de desapropriação, e à existência de terras devolutas dentro da área em questão. 2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. (...) 6. Não se está afirmando aqui que não tenha havido coisa julgada em relação à titularidade do imóvel e ao valor da indenização fixada no processo de conhecimento, mas que determinadas decisões judiciais, por conter vícios insanáveis, nunca transitam em julgado. Caberá à perícia técnica, cuja realização foi determinada pelas instâncias ordinárias, demonstrar se tais vícios estão ou não presentes no caso dos autos. 7. Recurso especial desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 622.405 / SP. Relatora: Ministra Denise Arruda. Diário de Justiça da União, Brasília, 20/09/2007, p. 221).

A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada.³⁵

Partindo dessas premissas, a teoria dos precedentes permite sustentar a relativização atípica da coisa julgada, afastando o principal argumento aventado pelos seus opositores: a violação à segurança jurídica. Isso porque a relativização atípica da coisa julgada encontra fundamento no próprio ordenamento jurídico, especialmente no que concerne aos precedentes vinculantes, uma vez que não pode prevalecer decisão que, omitindo-se quanto à análise desse tipo de precedentes, deixa de afastá-los. Em outras palavras, a desconsideração de precedentes vinculantes pode dar ensejo à relativização atípica da coisa julgada.

Como anteriormente ressaltado, os precedentes vinculantes podem ser afastados por duas técnicas: 1) *distinguishing*; e 2) *overruling ou overriding*. Afora essas hipóteses, não pode o tribunal simplesmente deixar de aplicá-los.

A segurança jurídica, como princípio jurídico, se ramifica em duas vertentes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva.³⁶ A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A outra vertente, de natureza subjetiva, diz respeito à proteção da confiança³⁷ das pessoas no que concerne aos atos e procedimentos do Estado. Impõe limitações ao poder estatal de alterar sua conduta e de modificar atos que produzam vantagens para os destinatários, ainda que ilegais, sempre em virtude das expectativas geradas nos beneficiários, nos administrados ou na sociedade em geral, de que aqueles atos eram legítimos. Em assim sendo, a norma e, por consequência, a decisão judicial enquanto criadora da norma geral da decisão, não podem ser arbitrariamente

³⁵ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

³⁶ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2002, p. 376.

³⁷ O princípio da proteção à confiança começou a se firmar a partir de decisão do Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956. Esse caso paradigmático trata da anulação de vantagem prometida a viúva de funcionário, caso se transferisse de Berlim Oriental para Berlim Ocidental. Com a transferência, recebeu a vantagem durante um ano, ao cabo do qual o benefício lhe foi retirado, ao argumento de que era ilegal, por vício de competência, como efetivamente ocorria. O Tribunal, entretanto, sopesando o princípio da legalidade com o da proteção à confiança, entendeu que este deveria prevalecer, afastando a aplicação do outro. (CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protection de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Communautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001, p. 11, nota 49.)

modificadas, a não ser que se verifiquem fatos especialmente relevantes. Em outras palavras, os indivíduos devem ser capazes de “calcular” os efeitos jurídicos dos seus atos.³⁸ A confiança é um dos elementos que move as relações entre as pessoas e, em última análise, a própria sociedade. Fazer a ação com confiança é fazê-la dentro dos parâmetros do possível.³⁹ Por este motivo, a decisão deve estar baseada na confiança, não podendo simplesmente desconsiderar os precedentes vinculantes existentes.⁴⁰

Assim, a relativização atípica da coisa julgada na hipótese de desconsideração de precedentes vinculantes vem exatamente ao encontro da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e da previsibilidade das decisões judiciais: o jurisdicionado deve saber como agir para o cumprir o Direito – o que, evidentemente, não ocorre quando a decisão simplesmente desconsidera um precedente, sem que venha a afastá-lo pelas técnicas existentes, permitindo a consolidação de soluções contraditórias.

Com efeito, a relativização da coisa julgada é um mal necessário quando se trata de precedentes vinculantes, uma vez que inexistente em se manter decisão que viola a previsibilidade e a confiança daquele que agiu em conformidade com o Direito e, posteriormente, veio a ser surpreendido por decisão contrária ao que vinha sendo decidido. Todas as decisões jurídicas devem buscar a efetividade dos princípios constitucionais, impedindo a ocorrência de “surpresas” na vida do jurisdicionado, que deve ser capaz de prever as consequências jurídicas de sua conduta.

Frise-se, por oportuno, que a decisão que deixa de afastar expressamente precedente vinculante viola a Constituição, na medida em que o jurisdicionado faz jus à motivação das decisões judiciais, enquanto corolário do *direito fundamental de obter respostas hermenêutico-constitucionalmente adequadas*.⁴¹ Ora, a Constituição, em seu art. 93, IX, estabelece que toda decisão judicial deve ser motivada, o que abrange, indiscutivelmente, o dever de confrontar o caso decidendo com os precedentes vinculantes existentes (artigo 489, § 1º, inciso VI).

Ademais, não se pode admitir que uma mesma matéria de direito, enfrentada por juízes diferentes, receba soluções diversas. A *vinculatividade* dos precedentes é justificada pela

³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, p. 375 e seguintes.

³⁹ Nas palavras de Luhmann: “La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**. México: Anthropos, 1996, p. 20)

⁴⁰ “La confianza es algo más que una suposición razonable sobre la cual decidir correctamente.” (LUHMANN, Niklas. **Confianza**, p. 153)

⁴¹ Cf. MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010. 232 p. E também: STRECK, Lenio Luiz. **O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em época de crise do Direito: A necessária concretização dos Direitos Humanos**. **Hendu**, 1. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/download/374/603>. Acesso em 07 de março de 2013.

necessidade de igualdade de tratamento que, em sendo desrespeitada, não pode prevalecer no ordenamento jurídico, por violação ao princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*, da Constituição).

Não bastasse, a decisão que deixa de aplicar precedente vinculante também afronta o devido processo legal substancial, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, uma vez que, para justificar uma dada posição, não basta lembrar os argumentos que servem ao vencedor, mas deve o julgador demonstrar que as teses produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram.

En relación a las conclusiones de hecho de la sentencia, para llenar su obligación de motivarlas (fundarlas), al juez debe comenzar por enunciar los elementos probatorios que justifican cada una de esas conclusiones de hecho. No le bastaría decir: está probado que Juan murió. Es preciso que sustente esa afirmación en elementos probatorios. La motivación debe ser sobre todos y cada uno de los presupuestos de la decisión; debe ser, en una palabra, completa.⁴²

Portanto, a motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como corolário do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, que, quando violada pela ausência de motivação no afastamento de precedente vinculante, pode dar ensejo à relativização atípica da coisa julgada, objetivando tutelar a segurança jurídica, a confiança, a isonomia e a previsibilidade das decisões judiciais.

E mais: óbice algum existe ao cabimento da ação rescisória para impedir a consolidação da afronta a precedentes vinculantes. Contudo, o prazo de dois anos para a propositura de ação rescisória não pode representar um marco impeditivo para a relativização da coisa julgada, tendo em vista que vem de encontro com os princípios a segurança jurídica, a proteção da confiança e a previsibilidade das decisões judiciais.

Nem se alegue que a inobservância de precedentes vinculantes teria o mesmo "peso" de um ordinário *error in iudicando*, de modo a obstar a relativização atípica da coisa julgada. Isso porque, na linha das correntes capitaneadas por Humberto Theodoro Júnior e Cândido Rangel Dinamarco, é possível a relativização da coisa julgada quando inconstitucional ou diante da "justiça da decisão". A desconsideração de precedentes vinculantes, diante do novo tratamento conferido à matéria pelo Código de Processo Civil de 2015, é um vício de tamanha gravidade que macula a própria consolidação da coisa julgada, de modo similar às causas de *querela nullitatis insanabilis* (v.g., ausência de citação válida do réu). Em verdade, as recentes reformas do sistema jurídico processual, no sentido de valorizar os precedentes judiciais no Direito

⁴² NUNES, Ricardo C. **El controlador de las sentencias de los tribunales de juicio por la via de la casación**. In: Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, 1958, p.85.

brasileiro, consolidaram mudanças em direção a uma nova tradição, em que não é mais possível desconsiderar a força dos precedentes vinculantes.⁴³

Em suma, se o valor que a coisa julgada visa resguardar é a segurança jurídica e, como decorrência, a previsibilidade das decisões judiciais, adequada a relativização atípica da coisa julgada, especialmente quando esse mesmo valor resta violado em razão da ausência de apreciação de precedente vinculante, impedindo que cada jurisdicionado saiba como deva agir para cumprir o Direito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como objetivo analisar, à luz do Código de Processo Civil, a possibilidade de relativização atípica da coisa julgada, em razão da violação a precedente vinculante.

A necessidade de justificar a decisão é imprescindível para se conferir legitimidade à atividade jurisdicional, uma vez que, no contexto do Estado Democrático de Direito, não pode haver qualquer interferência no exercício de liberdades sem que seja devidamente fundamentada.

Segundo entendemos, a motivação é pressuposto da “*giurisdizionalità*”⁴⁴, razão pela qual o ato jurisdicional sem motivação é uma “não decisão” e pode ser afastado pelas vias adequadas, em razão do vício de inconstitucionalidade que o inquina, inclusive através da relativização atípica da coisa julgada.

Não obstante a indispensável clareza com que devem ser redigidas, não há dúvidas de que as decisões serão posteriormente submetidas à interpretação, objetivando definir as normas concreta e geral da decisão e, por via de consequência, os limites da coisa julgada. Sem pretender esgotar o tema, mas atentando para a sua relevância, entendemos que a interpretação das decisões judiciais deve estar amparada nos seguintes parâmetros mínimos:

- 1) A decisão deve ser interpretada de forma holística e sistemática, abrangendo não só a ementa e os pressupostos fáticos trazidos pelo julgador, mas também a

⁴³ Sobre o tema, conferir: BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2015. E ainda: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, p. 458. ZANETTI JR. Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes. O Modelo Garantista e a Redução da Discricionariedade Judicial: Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

complementariedade que deve existir entre dispositivo e fundamentação (*círculo hermenêutico decisório*).⁴⁵

- 2) Os pedidos e manifestações das partes e os elementos trazidos por terceiros interessados devem ser levados em consideração para a interpretação da decisão, uma vez que as normas geral e concreta decorrem do que foi postulado, oportunizado o efetivo poder de convencimento (princípio do contraditório efetivo) e com a participação da maior pluralidade possível de segmentos sociais⁴⁶.
- 3) Os negócios jurídicos processuais celebrados pelas partes devem ser levados em consideração na interpretação da decisão, já que podem esclarecer os limites em que prolatada.
- 4) A exegese de uma decisão judicial deve partir do princípio da integridade. Em outras palavras, se uma determinada expressão foi utilizada, ao longo de todo um feito, em uma determinada acepção, a exegese da decisão não pode ser realizada em sentido diverso.
- 5) Não obstante a ausência de influência relevante e substancial para a decisão, o *obiter dictum* pode servir de diretriz hermenêutica para a interpretação de casos semelhantes.
- 6) Os métodos hermenêuticos clássicos e constitucionais devem ser utilizados para a adequada compreensão da decisão, especialmente diante de dúvida acerca da amplitude conferida aos preceitos interpretados no caso decidendo.
- 7) A interpretação da decisão deve atentar para as demais decisões prolatadas no mesmo feito. Assim, as expressões utilizadas em uma determinada decisão devem assumir o mesmo sentido das utilizadas nas demais decisões que integram o feito.
- 8) Os recursos podem funcionar como instrumentos para orientar a interpretação da decisão, em especial os embargos de declaração – visto que estes últimos objetivam

⁴⁵ Nesse sentido, dispõe o artigo 499, § 3º, do Projeto do Código de Processo Civil, que: “A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

⁴⁶ Cf. LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

esclarecer a própria decisão.

11) O exegeta deve considerar as consequências práticas da decisão penal coletiva deve, atentando para o disposto no artigo 20, da LINDB, que passou a dispor expressamente que “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”⁴⁷

12) Por fim, a interpretação da decisão deve se dar em atenção aos precedentes existentes, perguntando-se o intérprete como pode a decisão fazer parte de uma teoria coerente que justifique todas as decisões judiciais proferidas em um dado Estado, em um dado país, ou até mesmo todas as decisões judiciais prolatadas no contexto global, consolidando uma verdadeira espiral hermenêutico-decisória.

Na sequência, analisamos as contribuições trazidas pelo Código de Processo Civil, constatando que, não obstante o caráter inovador, o legislador perdeu uma boa oportunidade para incorporar ao ordenamento nacional o princípio do *stare decisis e os binding precedents* como regra geral, tendo limitado a regular a temática para algumas modalidades de precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal e para o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Por fim, concluímos que a motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, apresenta-se como corolário do processo contemporâneo, calcado no *due process of law*, que, quando violado pela ausência de motivação no afastamento de precedente

⁴⁷ “Para minimizar esses riscos e tentar chegar ao meio termo de que fala MacCormick, convém então estabelecer de modo objetivo qual o conteúdo dogmático do dever de considerar as consequências práticas da decisão. Vejamos. a) Em primeiro lugar, a observância desse dever pressupõe a identificação de mais de uma solução dogmaticamente justificada para o problema jurídico posto sob apreciação. Sempre que o julgador constatar que, dada a incidência de determinado princípio normativo ao caso, duas ou mais soluções são dogmaticamente possíveis, ele tem o dever de avaliar as consequências práticas de cada uma dessas soluções. b) Não se exige que o julgador considere todas as consequências possíveis.³⁰ Isso seria, aliás, inviável e inconveniente. (...) c) A observância desse dever impõe ao julgador declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório que as demonstre. (...) e) A observância desse dever não pode redundar numa decisão em desconformidade com o Direito. (...) f) A observância desse dever não se pode dar à custa de uma postergação excessiva da solução para o caso concreto. (...) g) A observância desse dever impõe a declinação dos critérios utilizados para a seleção das consequências que devem ser evitadas ou promovidas. (...) h) Por fim, a inobservância do dever de considerar as consequências práticas implica a nulidade da decisão por falta ou deficiência de fundamentação, nos termos do art. 93, IX, da CF e dos arts. 11 e 489, §1º, do CPC.” (DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL, v. 75, p. 143-160, 2019)

vinculante, pode dar ensejo à relativização atípica da coisa julgada, objetivando tutelar a segurança jurídica, a confiança, a isonomia e a previsibilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de Almeida; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito Processual Penal Coletivo e Hermenêutica das Decisões Coletivas Penais**. No prelo.

BARROS, Lucas Buril de Macêdo. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil Brasileiro**. Salvador: JusPodivm, 2015.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial: a Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CALMES, Sylvia. **Du Principe de Protetion de la Confiance Legitime en Droits Allemand, Comunnautaire et Français**. Paris: Dalloz, 2001.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Almedina: Coimbra, 2002.

COSTA, Rafael de Oliveira. **A Criatividade e a Responsabilidade no Ato de Julgar: Aportes da Hermenêutica Fenomenológica para a Jurisdição Constitucional**. 201p. 2013. Tese (Doutorado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V. II. 6ª ed. Ed. JusPodium, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa julgada material**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

MACCORMICK, Neil. **Rethoric and the rule of law – A theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial**. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010. 232 p.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: RT, 1998.

NUNES, Ricardo C. **El controlador de las sentencias de los tribunales de juicio por la via de la casación**. In: Temas de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal, 1958.

STRECK, Lenio Luiz. O Direito de Obter Respostas Constitucionalmente Adequadas em época de crise do Direito: A necessária concretização dos Direitos Humanos. **Hendu**, 1. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/download/374/603>. Acesso em 07 de março de 2013.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro. **A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada**. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 1989, n. 56.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ZANETTI JR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes. O Modelo Garantista e a Redução da Discricionariedade Judicial: Uma Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Submissão: 02/06/2019 Aprovação: 08/09/2021

**DIREITO ADQUIRIDO E NOVAS POSSIBILIDADES TEÓRICAS EM ÂMBITO DA
SEGURIDADE SOCIAL CONSTITUCIONAL: O PLANEJAMENTO DE VIDA
COMO DIREITO***ACQUIRED RIGHT AND NEW THEORETICAL POSSIBILITIES IN THE CONTEXT OF
CONSTITUTIONAL SOCIAL SECURITY: LIFE PLANNING AS A RIGHT**Luigi Bonizzato*¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro

*Maria Clara Conde Moraes Cosati*²

Universidade Federal Fluminense

Resumo:

Este Artigo jurídico, subdividido em duas partes textuais, aborda uma faceta do tema relativo ao direito adquirido, à expectativa de vida e ao aqui denominado direito ao planejamento de vida. Com base no exame de teorias e decisões judiciais clássicas e contemporâneas, além de em reformas legislativas e constitucionais que marcaram e continuam a marcar a história legislativo-constitucional brasileira, no texto faz-se uma abordagem delimitada dos institutos citados, com uma inclinação natural à sua aplicação e incidência na esfera da chamada seguridade social, em especial na esfera da previdência. A utilização de métodos dedutivo e indutivo, com marcos teóricos alicerçados no Direito Administrativo, Constitucional e na teoria do Direito, é feita de modo a trazer algumas novas possibilidades à situação concreta entendida como de alta relevância prática e teórica. Busca-se, também, avançar no conhecimento científico ligado às respectivas áreas do saber anteriormente citadas. Fontes bibliográficas, jurisprudenciais e legislativas amparam as conclusões e resultados finais, confirmados no texto.

Palavras-chave:

Expectativa de direito. Direito adquirido. Reformas previdenciárias. Direitos fundamentais. Direito ao planejamento de vida.

Abstract:

This legal paper, subdivided into two textual parts, addresses a facet of the subject related to acquired right, the right expectation and also what is in this paper called the right to life planning. Based on the examination of classical and contemporary theories and judicial decisions, as well as legislative and constitutional reforms that marked and continue to mark the Brazilian legislative and constitutional history, the text contains a specific approach of the mentioned institutes, with emphasis on their application and incidence in the so called social security sphere. The deductive and inductive methods, along with theoretical frameworks based on Administrative, Constitutional Law and the theory of Law, is used to explore new possibilities related to the concrete situation understood as one of high economic and theoretical significance. One of the purposes of this paper is also making progress in scientific knowledge linked to the already mentioned areas. Bibliographic, jurisprudential and legislative sources support the conclusions and final results, confirmed in the text.

Keywords:

Right expectation. Acquired right. Social security constitutional reforms. Fundamental rights. Right to life planning.

¹ Professor Associado de Direito Constitucional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da mesma Faculdade (PPGD/UFRJ). Possui graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ - 1999), onde, após curso de especialização e mestrado, ambos em Direito da Administração Pública, pelas Universidade Federal Fluminense e Gama Filho (2002), respectivamente, também concluiu seu doutoramento em Direito (UERJ - 2006).

² Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Editora-Assistente da Revista Culturas Jurídicas (Qualis A2).

INTRODUÇÃO

Não é apenas hoje que diversos estudiosos, doutrinadores e especialistas vêm se preocupando com o fenômeno da retroatividade das leis e suas possíveis consequências no âmbito do direito individual de que cada pessoa é detentora. Sabe-se que a regra fundamental, responsável pela segurança e estabilidade jurídicas em um Estado democrático de direito é a da irretroatividade das leis, as quais não devem afetar direito já incorporado ao patrimônio de seu titular. Retroatividade, só em caráter excepcional, a fim de evitarem-se desrespeitos e agressões aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, máximas norteadoras do pensar e agir jurídico ao longo dos tempos.

O presente trabalho é expressão de uma inquietação doutrinária com o estudo do direito adquirido, máxime no que tange à sua íntima relação com certos ramos do direito, tais como o constitucional, o administrativo, o criminal e o previdenciário, este último tema principal da atual reflexão. Entretanto, para além de ser o que apenas se aduziu, o presente trabalho é, sobretudo, a expressão intensa de uma grande preocupação com outra categoria jurídica, denominada expectativa de direito. Pois é exatamente com relação a esta última que agressões mais densas e atentatórias a algumas bases do Estado constitucional brasileiro sempre ocorreram, muito embora também o próprio direito adquirido, infelizmente, tenha sido alvo de moléstias na história recente brasileira, mesmo sendo expressamente considerado um direito fundamental. Lançando-se uma breve hipótese, a mencionada situação de expectativa, não poderia, se mais densa e intensamente explorada, dar ensejo a um novo direito, capaz de poder gozar de todas as proteções do próprio direito adquirido?

Nesse sentido, perscrutou-se para que se pudesse iniciar o presente estudo com a invocação final de uma possível nova categoria jurídica a ser protegida, ou seja, a relativa a um direito ao planejamento de vida, intimamente ligada à chegada de novas espécies normativas que alteram o ordenamento jurídico de modo a atingir seres humanos sem ainda um direito adquirido, mas em manifesta situação de desvantagem quando em expectativa de um direito há vários anos. Em razão de uma clara situação de legítima, legal e constitucional expectativa, conforme se concluirá, um rompimento com esta pode representar não somente um alto grau de instabilidade, mas também um patente caso de desrespeito a várias normas constitucionais, entre as quais a igualdade, a dignidade humana e a segurança jurídica.

Assim, com um imprescindível auxílio legal-constitucional, doutrinário e jurisprudencial, será feita uma análise preliminar tanto do direito adquirido, quanto da

expectativa de direito, sem se esquecer do enquadramento da investigação dentro da esfera de direitos ligados à previdência social, sobretudo enquanto espécie do gênero seguridade social. Com uma análise gradativa e, ao final, conclusiva do aqui chamado direito ao planejamento de vida, tentar-se-á demonstrar o que ora se defende, a fim de estimular uma discussão mais profunda sobre o tema proposto.

Portanto, espera-se que o esboço ora apresentado possa ser peça operante e determinada na busca de novas conclusões e, principalmente, de mais aguçada compreensão a respeito de tão polêmicos e novos tópicos do mundo do Direito.

1 DIREITO ADQUIRIDO: CONCEITOS, CONCEPÇÕES E CLÁSSICAS ADJETIVAÇÕES NO PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1 Força normativa

O instituto do direito adquirido³ ocupa área um tanto relevante no âmbito do universo jurídico pátrio e estrangeiro, além de ser considerável fator garantidor de segurança e estabilidade jurídicas⁴. Todavia, inúmeras foram as vezes, ao longo dos tempos, em que tal garantia fundamental foi suplantada, esquecida ou até mesmo atacada por poderes diversos, vinculados a interesses específicos e destinados à defesa de ideais dissolvidos em meio a estruturas sociais complexas.

Hodiernamente, em exame da Constituição Federal de 1988, não podem ser afastadas características que lhe são peculiares e já reputadas clássicas, muitas oriundas de seu processo de formação, o qual, resultado de convocação específica, significou grande avanço para a nação, máxime no que tange à ruptura com um sistema comprometido com interesses de específicos grupos e setores sociais de pressão, internos e algures, menos interessados na prevalência dos direitos e garantias fundamentais do ser humano.

³ Logo neste primeiro momento já se salienta para o leitor que o presente texto não tem por objetivo esmiuçar, integral e separadamente, os institutos do direito adquirido, da expectativa de direito e do direito ao planejamento de vida. Em realidade, serão, sim, tais institutos tratados com a devida atenção, mas contextualizados, dentro de um cenário encabeçado pela figura da seguridade social e, mais precisamente, da previdência social. A união de direito adquirido, expectativa de direito e do direito ao planejamento de vida, juntamente com as figuras da seguridade e previdência social é que serão a base mais sólida de análise, o real terreno e a verdadeira área jurídica a serem examinados neste Artigo.

⁴ Também desde logo se salienta que, ao se mencionar, em momento posterior e oportuno, a relação entre direito adquirido, expectativa de direito, direito ao planejamento de vida e a seguridade e previdência social, não se estará, necessariamente, criticamente condenando a figura das chamadas “normas de transição” em matéria de previdência social. Estar-se-á questionando e trazendo à baila questões específicas relativas às suas bases, conteúdo e utilização. Mas sem que o presente estudo escape para a análise detalhada das referidas normas, o que representaria um desvio do recorte temático neste Artigo estabelecido.

Assim, um discurso, em 1988 moderno para a época da formação da nova ordem constitucional brasileira e, no final da segunda década do século XXI, já substancialmente consolidado, naquela época já estabelecia ser a Constituição da República “reconhecidamente vinculante, compromissória, democrática e dirigente” (SCHIER, 1999, p. 92). Nos dizeres de Paulo Ricardo Schier, seria o texto constitucional vinculante, “porque, já no imaginário teórico dos operadores jurídicos nacionais, vem prevalecendo o entendimento da Constituição não mais como um catálogo de princípios políticos mas, sim, enquanto documento dotado de juridicidade, obrigando a observância em todos os níveis da federação, todos os ‘Poderes’ do Estado e todos os particulares” (1999, p. 92). E, utilizando-se de auxílio de doutrina, vale dizer, Clèmerson Merlin Clève, J.J. Gomes Canotilho e José Eduardo Faria⁵, continua este último, no já referido trabalho de Paulo Ricardo Schier e, com as já ressalvas da necessidade inicial de retomada de entendimentos esboçados em determinado contexto da história do país, com as demais qualificações:

Compromissória porque condensa um compromisso entre as classes e frações de classes sociais que participaram do jogo político que conduziu a sua elaboração. Democrática tendo em vista seu processo de elaboração.

(...)

Dirigente, porque estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros.” (SCHIER, 1999, p. 92)⁶

Com efeito, não há que se olvidar todos aspectos envolvidos quando da análise de qualquer preceito constitucional, ainda mais considerando e proclamando a imperatividade imanente a todas as normas constitucionais (BARROSO, 2000, p. 78-89). E, pelo que se depreende, mesmo tendo a Constituição brasileira vigente mais de 30 anos de existência, diferente tratamento não pode ser oferecido ao instituto do direito adquirido, o qual, nascido como norma constitucional fundamental, dos trabalhos do órgão constituinte, deve ser, sempre

⁵ Perscrutando as fontes originais citadas, confirmaram-se as colocações transcritas no texto. Nesse sentido, conferir: CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 07. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.; FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.; FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituinte**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

⁶ No que se refere ao caráter compromissório e democrático da Constituição de 1988, José Eduardo Faria prossegue, no tocante ao segundo caráter, asseverando, de modo então crítico, que “resultante de impasses de todo o tipo, negociações intrincadas, filtragens sucessivas e coalizões precárias no decorrer de dezenove meses, o projeto aprovado pela Assembleia Constituinte peca por sua falta de unidade lógico-formal, pela ausência de fios condutores entre suas normas, incisos e parágrafos, pela carência de um espírito balizador entre seus capítulos, pela inexistência de identidade e ideologia próprias, pela profusão de casuísmos, arcaísmos e corporativismos ao lado de medidas inovadoras, modernas e democráticas, pela confusão entre temas materialmente constitucionais e formalmente constitucionais e pela conjugação desarticulada entre propostas de caráter estrutural e medidas de natureza meramente conjuntural” (FARIA, 1989, p. 18-19.).

que necessário, utilizado e assegurado pelos que proferem decisões e são detentores de poder: tudo para que qualquer pessoa possa ver sempre respeitada uma das garantias indubitavelmente indispensáveis à segurança e tranquilidade do cidadão.

Nesse sentido, as citações anteriormente narradas são comprovação explícita de que efetiva e eficaz proteção ao direito adquirido enquanto mandamento fundamental queda-se imprescindível, tratando-se de imperativo inafastável sua inclusão no rol de normas respeitadas por todo o ordenamento jurídico, o qual, além disso, não deve dispor de meios hábeis à alteração impensada e tendente a afastar direito sempre premente e amplamente proclamado pela sociedade.

Forçoso ressaltar que o direito adquirido, ultimamente e assim como em passado não tão distante do país – final do século XX e início do século XXI -, incorporou, no bojo de seu exercício, os anseios e objetivos dos mais variados grupos sociais, tornando-o garantia ainda mais válida e, sem qualquer impasse, impregnada de legitimidade, além de respaldo e aceitação social. Nesse prisma, mostra-se oportuno frisar que a evolução do Direito brasileiro enquanto ordem jurídica, seguindo e mantendo aspirações em prol de uma garantia efetiva do direito adquirido, levou o legislador constituinte a elevar o instituto a nível constitucional, fornecendo-lhe os subsídios necessários à sua fiel aplicação e defesa, emprestando-lhe, inclusive, as prerrogativas e vantagens da conhecida petrificação, isto é, inalterabilidade frente a quaisquer propostas que visem a invadir seu núcleo qualificadamente essencial.

Sob esse foco constitucional, cumpre retomar, ainda que brevemente, elementos, características e fatos que inserem o direito adquirido não só no cerne de uma Constituição Jurídica, mas também no bojo de uma Constituição Real. Cabe identificar, a Constituição Jurídica de Ferdinand Lassalle (2000) é por ele considerada mera *folha de papel*, caso não corresponda aos que convencionou chamar fatores reais de poder. Caso com estes detenha afinidade, no entanto, será a Constituição caracterizada como Real, amparada pelo *animus* da população em geral, a qual verá seus anseios solidificados e consolidados no documento magno de seu país. Foi-se tentar buscar, sob o foco de análise do referido estudioso, a ideia de essência da constituição, a fim de melhor compreendê-la, conferir-lhe eficácia e principalmente, efetividade.

Nos moldes supra estabelecidos, assim, o direito adquirido finda por aqui ser considerado uma espécie de união sólida e legítima das aspirações populares com o texto constitucional vigente, o qual, apesar de um tanto reajustado e reinterpretado⁷ em mais de seus

⁷ Além de atuações constantes e intensas no âmbito judicial, principalmente por meio do Supremo Tribunal Federal, a quem sempre incumbiu a guarda da Constituição, mas, paralelamente e, de modo cada vez mais

30 anos, já pôde concretizar e cimentar determinados valores há muito perseguidos e objetivados por variados grupos da sociedade civil brasileira. E isto, repita-se, mesmo diante de situações recorrentes, no âmbito tanto judicial, quanto executivo e legislativo⁸, de ameaça ao direito fundamental central debatido e examinado neste capítulo.

Portanto - em que pese e ao revés da defesa dos direitos fundamentais –, devem ser mais uma vez ressaltados os constantes desrespeitos e as inúmeras investidas políticas contra a suposta solidez e inalterabilidade do instituto do direito adquirido, assim como sua relevância histórica e importância no meio social. Tudo isso, associado à força normativa que lhe é inerente, fá-lo ser objeto de constante legitimação, fato incontestavelmente corroborativo do grau de inserção atingido pelo direito adquirido em nosso grupamento social.

Assim, mesmo sendo atacado e, às vezes mesmo sucateado, sua aqui reforçada legitimidade leva-o sempre a se novamente alçar e mostrar sua resiliência, máxime frente aos poderes e interesses que pretendem afastá-lo de agendas políticas, econômicas, jurídicas e sociais.

1.2 Conceito e fontes no direito brasileiro, sob a égide da clássica magnitude do direito adquirido enquanto direito fundamental

Partindo-se da análise inicial supra, ao se tratar do instituto do direito adquirido, não se pode, portanto, também prescindir de uma fiel e adequada conceituação, visto que, por meio dela, poder-se-á melhor compreender seu alcance e relevância. Por ser tema de considerável impacto no universo jurídico, não foram poucas as definições pronunciadas, cada qual diferentemente estatuinto sobre o mesmo ponto, qual seja, a significância da proteção ao jurisdicionado no que se refere à irretroatividade das leis.

enrobustecido, uma também maciça interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, em tantos casos, na opinião dos ora Autores, ultrapassando a própria medida hermenêutica entregue ao Poder Judiciário e à sua Corte mais alta, é imperioso lembrar que a Constituição possui, no momento da conclusão deste Artigo, já 100 Emendas Constitucionais, o que representa uma média de 3,22 Emendas por ano.

⁸ Como também adiante se ratificará, o Poder Executivo, com suas propostas de ajustes das finanças públicas, finda por não raro apresentar propostas de diminuição e recuo de incidência de direitos sociais, muitas das quais também mitigadoras ou eliminadoras de direitos adquiridos. O Poder Legislativo, ao abrir processos legislativos, ligados à criação de leis ordinárias e complementares, mas, sobretudo, de Propostas de Emendas à Constituição (PEC's), também, inúmeras vezes, exerce um papel de potencial ameaçador do direito adquirido enquanto direito fundamental. E, por fim, também o Poder Judiciário, ao julgar casos concretos com os quais se depara, inúmeras vezes – e que se diga, lamentavelmente, uma vez que se está diante do Poder a quem se entregou a defesa maior da ordem jurídica e constitucional – chegou a comprometer a fundamentalidade do direito adquirido, ainda mais em casos nos quais foi invocado para o exercício do tão relevante controle de constitucionalidade. De todo modo, tais questões são ora meramente anunciadas e, ao longo do texto, serão melhor explanadas.

Nesse rumo, no âmbito de estudo do direito adquirido propriamente dito e, a partir de análise conjunta dos fenômenos de fonte e conceito, mister destinar-se atenção inicial à Lei de Introdução ao antigo Código Civil brasileiro, à Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro e à Carta Constitucional brasileira. Conforme adiante se verá, cabe adiantar que o direito adquirido, juntamente com o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, encontram-se previstos no Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição de 1988.

Ademais, vale registrar que, até o advento da atual Constituição da República, encontravam-se tais institutos presentes somente na antiga Lei de Introdução ao Código Civil (hoje intitulada Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro), mais precisamente em seu art. 6º e parágrafos, com o parágrafo segundo encarregado da melhor explanação acerca do direito adquirido. Mas, a comprovar a magnitude e base histórica da temática que ora se enfrenta, a chamada Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro em nada modificou o teor dos dispositivo acima referidos, destinados a uma previsão e regulação normativa do direito adquirido.

Nesse sentido, assim continua statuindo o art. 6º, § 2º, da várias vezes modificada e atualizada Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, *in verbis*:

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Embora não seja descrição muito completa, ao menos pode ser estocada como ponto crucial de referência, quando da análise do tema sob foco.

Note-se, por outro lado, que a elevação ao patamar constitucional, colocou o direito adquirido em posição avantajada sobre demais regras e princípios infraconstitucionais. Nesse sentido, já partindo para uma primeira ligação do direito adquirido com matéria de direito previdenciário, a qual passará a ser observada com maior intensidade, afigura-se oportuna citação de fonte do Direito, oriunda do Poder Judiciário, presumidamente (presunção, logicamente, relativa, em razão da possibilidade constante, pelo Poder Judiciário, de revisão de suas próprias decisões) duradoura e emanada do órgão judicial mais elevado do país. Mais

precisamente, trata-se da Súmula nº 359 do Supremo Tribunal Federal (STF)⁹, a qual vem sendo periodicamente aplicada e interpretada pela referida cúpula do Poder Judiciário brasileiro.

Wladimir Novaes Martinez concluía, já há quase duas décadas, que, “em sua síntese, a Súmula STF n. 359 manda valer a norma, eficaz quando da reunião das exigências definidoras da prestação, e não a subsequente, se ela dá menos ou impõe requisito novo danoso para o titular” (MARTINEZ, 2000, p. 36). Portanto, o que se observa é que deve ser aplicada a lei vigente à época em que foram reunidos todos os requisitos necessários ao exercício de determinado direito, a fim de que se prestigie e faça valer a fundamentalidade do direito adquirido, claramente estampada na Constituição nacional. Nesse caso e, em ainda outras palavras, não deve o direito adquirido se sujeitar à lei nova restritiva de seus direitos.¹⁰

Já em matéria doutrinária, inúmeros são os trabalhos e ampla a fonte de pesquisa que sempre amparou o direito adquirido. Há mais de seis décadas, já se sustentava fortemente a necessidade de “completo respeito ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada” (MONTEIRO, 1978, p. 31). O acima mencionado autor, Wladimir Novaes Martinez, de modo mais preciso e específico, afirma ser “adquirido todo direito que: a) seja consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei do tempo no qual o fato se viu realizado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova a respeito do mesmo; e que b) nos termos da lei sob o império da qual se verificou o fato de onde se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu” (2000, p. 62).

Por conseguinte, como já se consegue depreender, para que um direito atinja o posto de adquirido é mister que o fato que lhe deu ensejo seja idôneo, isto é, apto a produzir os respectivos efeitos.

Em outra conceituação, Rubens Limongi França, em síntese, proclama que o direito adquirido “é a consequência de uma lei, por via direta ou por intermédio de fato idôneo; consequência que, tendo passado a integrar o patrimônio material ou moral do sujeito, não se faz valer antes da vigência de lei nova sobre o mesmo objeto” (FRANÇA, 1998, p. 65). E Alexandre de Moraes defende a ideia de acordo com o qual o direito adquirido “constitui-se num dos recursos de que se vale a Constituição para limitar a retroatividade da lei. Com efeito,

⁹ Destarte, estes são os termos ora consolidados da Súmula STF nº 359: “Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou o servidor civil, reuniu os requisitos necessários”. Tal Súmula foi inicialmente editada em sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, tendo sua redação alterada em 30 de março de 1973, no julgamento dos RE 72509 Ed-EDv.

¹⁰ Há quem sustente e defenda a tese segundo a qual não somente lei nova restritiva de direitos não retroagirá, mas também lei concedente de direitos. A irretroatividade deve ser regra geral e aplicável a qualquer situação, mesmo que lei mais recente venha a ampliar o já adquirido direito de alguém. Entretanto, conforme melhor se verá neste Artigo, nada disso impede a existência de novos direitos e relações jurídicas, para as quais se venha a aplicar o direito adquirido com toda sua força normativa.

esta está em constante mutação; o Estado cumpre o seu papel exatamente na medida em que atualiza as suas leis. No entanto, a utilização da lei em caráter retroativo, em muitos casos, repugna porque fere situações jurídicas que já tinham por consolidadas no tempo, e esta é uma das fontes principais da segurança do homem na terra” (MORAES, 2000, p. 100).

Finalmente, seguindo-se todas as descrições e explicações acima levantadas, quedaria incompleto o presente capítulo se o enfoque não fosse destinado à diferenciação existente entre direito adquirido e expectativa de direito, extremamente relevante, máxime em questões previdenciárias. Abstraindo-se de definir detalhadamente o direito adquirido, vastamente explorado em linhas anteriores, mas com foco sempre atento aos fins e recortes temáticos maiores deste trabalho, em breves palavras, expectativa de direito pode ser considerada uma “esperança”. Da seguinte forma:

E, nesta razão, não tem existência atual. Em relação ao direito é a mera possibilidade de vantagem que poderá, ou não, vir, pelo que bem se distingue do direito atual, adquirido, que já é existente. E não uma esperança de futura aquisição, em que se funda a expectativa. Desse modo, nem mesmo com o direito futuro se confunde, seja este deferido ou não deferido. Na expectativa não há direito nem mesmo futuro; há simples possibilidade de futura aquisição de direito. É o estado ou a situação de quem espera (esperança) adquirir alguma coisa (MARTINEZ, 2000, p.50).

Com efeito, o estado de expectativa mostra-se como mera possibilidade de aquisição de direito, momento ainda desprovido dos requisitos indispensáveis à conquista definitiva deste mesmo direito. E, vale dizer, dita reunião integral dos requisitos é *conditio sine qua non* para que um direito, então em fase de mera esperança de aquisição, transforme-se em direito definitivamente incorporado ao patrimônio do sujeito, passando, imediatamente, a ser regido pelas normas vigentes no período desta incorporação. E, adite-se, lei nova será aplicada aos que em expectativa de direito se encontrarem, excluindo do rol de seus destinatários os que, à data de sua entrada em vigor, já tinham seu direito consolidado, solidificado, adquirido.

A partir do que acima se levantou, o direito adquirido gira em torno de elementos distintos do da expectativa de direito e, por sua vez, leva à irretroatividade da lei contra si, assim como depende da comprovação de sua aquisição por fato considerado idôneo. Ressalte-se, conforme se pretende demonstrar no presente Artigo, para além das figuras do direito adquirido e da expectativa de direito, sobressair-se-á um instituto, denominado planejamento de vida, associado ao direito dele decorrente, muito embora sua existência seja entendida pelos aqui Autores como uma fenda, um hiato no âmbito jurídico.

Nesse rumo, entretanto, é possível trazer à tona o direito ao planejamento de vida, decorrente, por exemplo, de aprovação em concurso público sob a égide de legislação vigente

quando da posse de uma pessoa. Esta, certamente, planejará seu futuro a curto, médio e longo prazos, com base nas regras e princípios que norteiam sua carreira, repita-se, iniciada após o êxito e ingresso nos quadros do Estado.

Com efeito, ano após ano, sem que haja alteração em seu regime jurídico, um funcionário público procede a escolhas, opta e toma decisões, pessoais e, ressalte-se, também familiares, de acordo com o regime jurídico ao qual se encontra submetido. E nesse caso, conforme adiante se confirmará, não seria o direito ao planejamento de vida um direito adquirido?

Porque, se um funcionário público com mais de 10 anos no serviço, tem seu regime previdenciário drasticamente alterado por lei ou Emenda à Constituição, não seria razoável pensar que, durante este tempo, decidiu ou não ter filhos, decidiu ou não investir boa parte de sua remuneração em sua qualificação ou em suas relações familiares, enfim, decidiu ou não investir em uma previdência privada, com base na perspectivas ligadas ao regime jurídico consolidado de sua profissão e carreira?

Note-se, estabelecidas as clássicas bases sobre as quais se funda o direito adquirido, sobretudo em suas vertentes clássicas, o que ora se pretende é retirar da categoria de expectativa de direito uma série de situações que, sob um olhar superficial, representariam mera esperança, como acima já explicado. E, nesse viés, transformá-las em direito adquirido, porque pautadas em um fato idôneo, a saber, o planejamento de vida, o qual finda por interagir com uma série de outros direitos contemporâneos, como o da perda de uma chance, entre outros.

Retirar de uma pessoa não a esperança, mas a solidez ligada a um planejamento de sua vida, que envolve a tomada de decisões positivas e negativas, com impacto futuro indiscutível e considerável, significa injustamente colocar a mesma pessoa em uma espécie de limbo ou zona cinzenta, na qual seu direito cotidiana e preteritamente exercido, ligado ao ato de se planejar, vê-se destruído.

Quantos não são os funcionários públicos que, após aprovação em concurso público, abandonam carreiras ligadas à sua escolaridade; decidem optar pela paternidade ou maternidade; enfim, entre inúmeros exemplos, fazem um verdadeiro planejamento financeiro para suas vidas, com olhar voltado, inclusive, para o período de sua aposentadoria?

Por corolário, o que ora se defende não é uma mudança nas bases do direito adquirido e, sim, uma interpretação justa, razoável e proporcional sobre o que ele deve incidir e, mais precisamente, sobre sua necessária incidência sobre o regime jurídico que recaiu sobre pessoas que tomaram decisões irretroativas e imutáveis. A partir de um planejamento de vida decorrente da alta carga de confiabilidade relativa às leis que regiam sua carreira pública (e também

privada, muito embora a ilustração fática acima tenha recaído com maior facilidade sobre funcionários públicos) quando do ingresso e sequência de anos trabalhando, pagando tributos e contribuindo, de modo mais ou menos direto, para o desenvolvimento do país.

2 O DIREITO ADQUIRIDO NA CONSTITUIÇÃO, A SEGURIDADE SOCIAL E O PLANEJAMENTO DE VIDA

2.1 A Constituição da República de 1988, o Direito Adquirido e a Seguridade Social

No capítulo anterior, procedeu-se ao exame e estudo do direito adquirido, desde uma análise de sua força normativa, como norma de âmbito constitucional, até sua conceituação e definição pela doutrina pátria e alhures. Anunciou-se a relevância de se incentivar e prestigiar um mais justo e preciso entendimento de alguns direitos que devem ser alcançados pelo efeito e força normativa da fundamentalidade do direito adquirido, um dos quais o direito ao planejamento de vida, o qual, calcado em fato idôneo, merece restar protegido contra alterações legais e/ou constitucionais que o comprometam.

De todo modo, as próximas etapas proporcionarão atenção privilegiada ao texto da atual Constituição brasileira, perscrutando, inicialmente, a posição do direito adquirido na dita Carta e, em seguida, da seguridade social, além de fornecerem subsídios a uma epistemologia constitucional mais determinada à obtenção de resultados finais.

Primeiramente, no que se refere ao direito adquirido constitucional, deve-se, prontamente, anunciar sua posição privilegiada dentro do corpo da Constituição. Nesses termos, decidiu o legislador constituinte, além de elevar o instituto a nível constitucional, inseri-lo no capítulo referente aos direitos e garantias fundamentais do cidadão e de qualquer pessoa. Assim, o Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), da Constituição de 1988, foi o responsável por amparar uma série de direitos, elencando-os em seu Art. 5º e 77 incisos, já transformados em 78, a partir da inserção do correspondente inciso LXXVIII, por meio da Emenda Constitucional nº 45.

Nesse rumo, um dos incisos genericamente mencionados no parágrafo anterior, tratou especificamente do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. E o Art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição da República, desde sua entrada em vigor, estatui que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No que tange à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito¹¹ deve-se destacar sua relevância no cenário jurídico nacional uma vez que este, juntamente com o direito adquirido, serve de base sobre a qual se fundam tanto a segurança quanto a estabilidade jurídicas da nação brasileira. Conforme nitidamente se depreende, decidiu o legislador pátrio por inserir o direito adquirido na relação de direitos e garantias fundamentais.

Acrescente-se, entretanto, que a dita inclusão não somente elevou à hierarquia constitucional o instituto do direito adquirido, como também lhe emprestou característica peculiar, vale dizer, comum a todos os incisos do Art. 5º da Constituição e a inúmeros outros dispositivos, espalhados por todo corpo constitucional. Tal qualidade, imprescindível não somente para a sustentação e manutenção do ordenamento jurídico nacional, como também para a segurança e estabilidade visadas, faz com que qualquer alteração negativa do instituto, isto é, modificações tendenciosas à sua abolição, só possam ocorrer mediante convocação de nova Assembleia Nacional Constituinte, com o intuito de criar nova Constituição para o país. Está-se diante da já vastamente estudada petrificação de previsões constitucionais, isto é, das chamadas cláusulas pétreas¹².

E, se o direito adquirido, pelo menos teórica e constitucionalmente¹³, é fundamental e petrificado, não somente ele faz jus a tal condição. A seguridade social, instituto amplo, mas

¹¹ Em relação ao tema, Alexandre de Moraes traz afirmação de acordo com a qual ato jurídico perfeito “é aquele que se aperfeiçoou, que reuniu todos os elementos necessários a sua formação, debaixo da lei velha. Isto não quer dizer, por si só, que ele encerre em seu bojo um direito adquirido. Do que está o seu beneficiário imunizado é de oscilações de forma aportadas pela lei nova”. Já no que tange à coisa julgada, vale frisar, “é a decisão judicial transitada em julgado, ou seja, a decisão judicial de que já não caiba recurso (LICC, art. 6º, § 3º)” (MORAES, 2000, p. 100-101).

¹² Na lógica do Art. 60, 4º do Texto Magno vigente, não há sequer que se cogitar da possibilidade de criação de emenda constitucional tendente a abolir qualquer dos assuntos previstos nos incisos aludidos. Todavia, modificações em prol de uma ampliação de direitos serão sempre bem-vindas, tendo o legislador já previsto uma eventual melhora e modernização dos direitos e garantias fundamentais, normais se considerada a implacabilidade do tempo. Afigura-se imperioso frisar, contudo, que pode se mostrar possível admitir restrições aos direitos e garantias fundamentais. Tal teoria, um tanto difundida, funda-se no princípio segundo o qual, muitas vezes, para se garantir o exercício de um direito, há que se limitar o gozo de outro. Mas, cabe ressaltar, as ditas restrições são consentidas desde que não seja atingido o chamado núcleo essencial do princípio ou garantia fundamental. Adite-se, tal núcleo essencial ainda é tema consideravelmente tormentoso, visto que por muitos é declarado como conceito de difícil determinação. Apesar das minúcias doutrinárias, fato incontroverso continua sendo a importância alcançada pelo direito adquirido dentro do ordenamento jurídico pátrio, consideravelmente aguçada com a petrificação constitucional.

¹³ Na realidade, na linha da batalha em prol da defesa de direitos fundamentais várias vezes atacados durante a vigência da Constituição de 1988, em razão, sobretudo, não somente da atuação do Congresso Nacional, detentor do poder constituinte derivado reformador, mas também do Poder Judiciário, cada vez mais ativista do ponto de vista de criação judicial com efeitos legiferantes, o direito adquirido não conseguiu escapar de ser também massacrado. A título meramente ilustrativo, entre outros tantos casos, o Supremo Tribunal Federal fez balançar a fundamentalidade do direito adquirido e aprovou a tese segundo a qual aposentados deveriam também contribuir para a previdência social, não havia como se conceber tal posicionamento, na visão dos que ora aqui escrevem. No julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) nº 3.105 e nº 3.128, decidiu a Corte judicial maior brasileira que não seria inconstitucional o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional (EC) nº 41, de 19 de dezembro de 2003, a qual instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões

abarcado por ainda mais ampla categoria de direitos, que é a dos denominados sociais, encontra-se em igual patamar.

2.2 A Seguridade Social e o Direito Adquirido, antes e após a Emenda Constitucional nº 20/1998, e um novo regime jurídico decorrente da Reforma da Previdência de 2019

Em matéria de seguridade social, não há como se esquivar de exame profundo e análise específica de uma série de regras e princípios constitucionais, grande parte desses presentes no Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo II (Da Seguridade Social), da Carta Constitucional brasileira. Contudo, é mister ressaltar a constante existência de várias leis e decretos regulando especificamente diversos assuntos vinculados ao tema, merecendo realce inicial, o Decreto nº 3.048, de 06.05.1999 (também conhecido como Regulamento da Previdência Social)¹⁴, no qual se encontram consolidadas normas norteadoras da seguridade social e, principalmente, da previdência social, tudo com base na Constituição da República.

Preliminarmente, cumpre destacar, divide-se a seguridade social em três espécies, previstas expressamente no texto da Lei Suprema nacional: saúde, previdência social e assistência social. E assim também estabelece o Art. 194, reproduzido no aludido Decreto nº 3.048, ainda do ano de 1999 (BRASIL, 2019):

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Em breves linhas, serão anunciadas conceituações das espécies supra expostas, destacando-se, desde já, o maior cuidado e atenção destinada ao estudo da previdência social. Ademais, a Seção (Título VIII, Capítulo II, Seção III) constitucional responsável pela previsão das normas regedoras da previdência social foi inaugurada em 1988, quando da criação da Constituição, modificada por força da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, também chamada de Reforma da Previdência¹⁵ e, atualmente, novamente alvo de modificação, em razão da também e de forma idêntica denominada Reforma da Previdência.

Em espaço de uma década e, em seguida, de duas décadas, três regimes jurídicos distintos podem ser verificados, direcionados à maioria dos grupos sociais que integram o povo

dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações (BRASIL. ADI nº 3.105, 2003). (BRASIL, ADI nº 3.128, 2004).

¹⁴ Referência, igualmente, à Constituição da República (BRASIL 2019).

¹⁵ Ementa da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998: “Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências” (BRASIL, 2019).

brasileiro. Certamente, em conformidade com o que neste breve Artigo se expõe, tal histórico impôs aos destinatários das normas constitucionais brasileiras em matéria de seguridade e, mais precisamente, previdência social, uma situação de completo “desplanejamento de vida”, em especial para os setores da população situados na condição de trabalhadores ativos e ainda não aposentados¹⁶.

No que se refere à saúde, cumpre salientar sua expressa alusão no Art. 196 da Constituição da República e no art. 2º, do Decreto nº 3.048/99 (BRASIL, 1999), o qual, além de transcrever as letras da Constituição então e, até hoje vigente, determinou que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas “(...) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2019).

Contemplando, em sequência, a assistência social, prevista no Art. 203 da Constituição e no art. 3º do Decreto nº 3.048, deve-se frisar seu caráter não contributivo, visto que, conforme se lê no Art. 203 Texto Magno nacional “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, (...)” (BRASIL, 2019). O apenas citado dispositivo constitucional elenca, ainda, os objetivos do dito direito social, prevendo proteção à família, à infância, à adolescência, à terceira idade, dentre outras.

E, finalmente, a terceira espécie a ser aqui examinada, do gênero seguridade social, é a chamada previdência social. Não se deve negar que pode ser considerada o mais fértil terreno para a análise de questões relacionadas ao direito adquirido - principal objeto do presente trabalho - e suas múltiplas facetas, nuanças, possibilidades e raios de incidência.

Cumpre assinalar, encontra-se prevista no Art. 201 da Constituição da República¹⁷, com seus planos de benefícios instituídos pela Lei nº 8.213, de 24.07.1991, posteriormente regulamentada pelo já citado Decreto nº 3.048, de 06.05.1999.

¹⁶ Tradicionalmente chamados na condição de expectativa de direito, ora abrangidos, ora não, por chamados regimes de transição estabelecidos pelas Reformas, mas neste trabalho incluídos na condição de já detentores do direito ao planejamento de vida, mais precisamente, direito adquirido ao planejamento de vida. Valendo sempre lembrar do desde o início salientado, de acordo com o que não será objeto de grande aprofundamento, em respeito ao recorte temático deste Artigo, as figuras e institutos, isoladamente considerados, do direito adquirido, das normas de transição, da expectativa de direito e do direito ao planejamento de vida. Estão sendo e continuarão a ser, todos eles, abordados de modo preponderantemente contextualizado a partir das reformas de regimes jurídicos da seguridade social no Brasil.

¹⁷ Nos dizeres do legislador constituinte derivado reformador, assim passou a estatuir o dispositivo constitucional, após a Emenda Constitucional nº 20: “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º (...)” (BRASIL, 2019).

Com efeito, o Art. 201 supratranscrito, assim como o Art. 196 (saúde), dentre outros, integra o rol de dispositivos constitucionais indutores de direitos sociais. Não é à toa, também, que tal norma foi já por entendimento teórico (BARROSO, 2000, p.108) inserida no grupo de dispositivos qualificado de *normas definidoras de direito*, mais especificamente, no caso em tela, classificadas como normas constitucionais atributivas de direitos sociais.

A previdência social no país, em que pesem numerosas alterações em suas normas e princípios, deve então manter, na linha da socialização apontada e como consequência lógica e inseparável dos padrões sociais de justiça e equidade - conforme se depreende de numerosas decisões de nossos pretórios - substantiva preocupação com a segurança e tranquilidade de seus beneficiários. E isto se afigura comprovado com as constantes interpelações, inter-relações e áreas de interseção com o instituto do direito adquirido, amplamente difundido – apesar de nem sempre plena e adequadamente assegurado - em âmbito de seguridade social. E, enfim, igualmente não se esqueça do direito a que se vem fazendo menção neste estudo, considerado seu objeto centro-final de análise, qual seja, o direito ao planejamento de vida.

De qualquer maneira e seguindo para algumas ilustrações finais, mas ainda sobre as figuras e institutos do direito adquirido e da seguridade social, com suas múltiplas relações entre si, vale relacionar algumas situações concretas.

Assim, se determinado cidadão, trabalhador, aos 20 dias do mês de dezembro, do ano de 2000, reuniu todos os requisitos necessários para a obtenção de sua aposentadoria, esteve ele regulado por e sob o império da lei vigente naquele dia. Caso, aos 21 dias do mesmo mês e ano, sobreviesse alteração legal, impondo-lhe novo requisito para a assunção do benefício previdenciário, tal modificação não retroagiria seus efeitos a este cidadão, visto que estaria definitivamente protegido pela garantia fundamental e constitucional, qual seja, o direito adquirido. Perceba-se, neste primeiro exemplo ora citado, prestigia-se o direito adquirido em favor do beneficiário, uma vez que a própria aplicação dos direitos fundamentais em voga se mostra mais precisa e com clara subsunção, se levados em conta os dispositivos constitucionais, legais e o caso concreto.

Nesse sentido, merece atenção o Parecer CJ/MPAS nº 1.698, de 24.03.1999, corroborativo do alegado, de acordo com o qual:

Nos termos acima, todo e qualquer segurado, seja servidor público ou vinculado ao regime geral de previdência social, inclusive os dependentes, que tenham integralizado todos os requisitos necessários à obtenção da aposentadoria ou pensão até 16 de dezembro de 1998, data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, podem requerer a qualquer tempo a concessão desses benefícios, com base na legislação anterior, caso venha a ser vantajoso (in RPS n. 222/539) (MARTINEZ, 2000, p. 25).

Entrementes, e isto não se pode olvidar, se aos mesmos 20 dias do mês de dezembro, conforme acima explanado, tivesse o mesmo cidadão reunido, por exemplo, vinte e nove requisitos, dos trinta então imprescindíveis para a aquisição do benefício da aposentadoria, estaria sujeito às alterações impostas pela nova lei, datada de 21 de dezembro do mesmo ano. E, adite-se, sujeição esta corroborada pelo estado de expectativa de direito no qual se encontrava, o qual não lhe confere qualquer prerrogativa senão a de aguardar pela confirmação e transformação definitiva de sua expectativa em direito adquirido¹⁸.

Registre-se, ainda, posição adotada pelos Tribunais, no final da década de 90, do século findo, época em que a primeira reforma da previdência pós-Constituição de 1988 aconteceu, *in verbis*:

16021536 – PREVIDENCIÁRIO – DEPENDENTE DESIGNADO – PENSÃO POR MORTE – DIREITO ADQUIRIDO – EXCLUSÃO – LEI DE REGÊNCIA – Não há que se falar em direito adquirido, pois, in casu, a condição fática necessária à concessão do benefício da pensão por morte, qual seja, o óbito do segurado, sobreveio à vigência da Lei nº 9.032/95, já se encontrando a pessoa do menor designado excluída do rol dos dependentes da previdência social. – Recurso não conhecido. (STJ – REsp 222968 – RN – 5ª T. – Rel. Min. Felix Fischer – DJU 16.11.1999 – p. 222)

(...)

13000831 – PREVIDÊNCIA SOCIAL – IPESP – DECLARATÓRIA DE CONTRIBUINTES E FILHAS SOLTEIRAS, PARA QUE ESTAS CONTINUEM COM DIREITO À PENSÃO, EM CASO DE MORTE DAQUELES – CONDIÇÃO DE BENEFICIÁRIAS RETIRADA PELA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 698, DE 1992 – DIREITO ADQUIRIDO – INVOCABILIDADE – MERA EXPECTATIVA DE DIREITO – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA, MODIFICADO PARTE DO DISPOSITIVO PARA IMPROCEDÊNCIA – Recurso não provido. (TJSP – AC 37.499 – 5 – São Paulo – 4ª C.D.Púb. – Rel. Juiz Des. Soares Lima – J. 10.06.1999 – v.u.)¹⁹.

¹⁸ Que se realmente o propósito maior deste texto, trata-se do direito adquirido à aquisição de uma aposentadoria, para a qual 30 requisitos eram necessários, de acordo com a situação hipotética trazida à tona. Mas, sob outro foco, não se aludiu nem mesmo cogitou da existência de um novo direito, distinto do da simples obtenção das verbas previdenciárias, sob a égide de uma ou de outra ordem jurídica. E este novo direito nada mais seria do que o direito ao planejamento de vida, em relação ao qual também novos aportes teóricos, jurisprudenciais, legais e constitucionais precisam ser, de modo distinto e separado, avaliados.

¹⁹ Em defesa do direito adquirido, ainda, inúmeras decisões sempre compuseram e rechearam a jurisprudência pátria, ainda mais em momentos próximos, anteriores ou posteriores, a reformas constitucionais e, de acordo com o examinado neste Artigo, a mudanças de regimes jurídicos previdenciários, tais como: “27034271 – PREVIDÊNCIA PRIVADA – RESTITUIÇÕES DE CONTRIBUIÇÕES – RESERVAS DE POUPANÇA – OBEDIÊNCIA A NORMA DO REGULAMENTO – Irretroatividade da lei nova. Para o cálculo das restituições de contribuições, referentes as reservas de poupança, há que se observar as normas contidas no regulamento que rege o plano de benefícios, devendo ser calculada atuarialmente, em função da idade e tempo de contribuição. Ainda que normas de ordem pública, não alteram o conteúdo do regulamento ou do contrato existente antes de sua vigência. As leis sobre previdência social instituem normas de ordem pública absoluta, com força para derrogar as cláusulas estatutárias ou contratuais em curso, a menos que o direito nestas contido esteja no abrigo do direito constitucional – Como ‘direito adquirido’ – Com amparo no artigo 5, XXXVI, da Constituição Federal. Sentença confirmada. (TJRS – AC 598344786 – RS – 5ª C.Cív. – Rel. Des. Clarindo Favretto – J. 17.12.1998)” (BRASIL, 2019).

Impõe-se também asseverar que, em contrapartida ao sustentado anteriormente, sempre houve os que apregoaram, em defesa dos interesses dos que “quase direito adquirido possuísem”²⁰, a tese do direito à expectativa de direito. Isto é, àquele que reuniu os vinte e nove requisitos, de um total de trinta, estaria assegurada a aplicação da lei antiga, que lhe exigia os ditos trinta requisitos, e não da lei nova, a qual acrescentaria mais pressupostos para o alcance do almejado direito à aposentadoria. Nesse rumo, em texto publicado no Jornal Síntese nº 15 - MAI/98, pág. 13, denominado A Reforma Previdenciária, Sergio Pardal Freudenthal, advogado santista, bem expõe dados sobre o tema, textualmente:

O ilustre Mestre ANNÍBAL FERNANDES, em sua aula no 10º Congresso Brasileiro de Previdência Social, realizado em São Paulo, em 28 e 29 de junho de 1997 (“Jornal do Congresso”, publicado pela Editora LTr), após bem definir que “o que se apelida expectativa de direito é direito em formação” e que “integra o tipo de direito adquirido”, termina com qualquer dúvida:

O equilíbrio da sociedade produzido pelos direitos sociais, nomeadamente os previdenciários, decorre do respeito ao direito em formação, quanto mais ao já completado. Se fulano trabalha e contribui, não se modifique o sistema legal para surrupiar-lhe o benefício. Nem se venha com tabelas compulsórias ou fórmulas mágicas (lembre-se da 95...).

Mas, imperioso notificar, tal posição sempre seguiu um tanto discutível, tendo sido mais aceita a corrente segundo a qual o direito adquirido só se firma e consubstancia com a reunião integral dos requisitos necessários à aquisição de determinado benefício previdenciário.

Ressalte-se, paralelamente, que tal entendimento apenas salientado é o que mais se aproxima do que neste texto já se vem anunciando e, a seguir, confirmar-se-á. Mais especificamente, a ideia não de um direito à expectativa de direito, expressão e direito com históricas rejeições no âmbito teórico e prático, apesar de lutas, em igual patamar, em sua defesa. Mas um direito ao planejamento de vida que, se produtor de semelhantes efeitos a um direito à expectativa de direito, é muito mais claro, vasto e potente, uma vez que já se mostra totalmente vinculado a outros princípios e regras constitucionais, tais como as da dignidade da pessoa humana, o do bem-estar social, o da qualidade de vida, o da igualdade, entre outros tantos que poderiam ser citados.

2.3 Confirmação do Direito ao Planejamento de Vida enquanto Direito Adquirido

²⁰ Frise-se, o fato de se encontrarem em posição muito próxima ao direito adquirido, não lhes confere tal direito, apenas com base na manifesta invocação da situação de expectativa de direito. Diferentemente de um quadro de proclamação do direito ao planejamento de vida, conforma já aduzido e, a seguir, ainda melhor explicado.

Muito embora tenham sido os temas ligados ao direito adquirido e à expectativa de direito visitados e revisitados, inclusive em momentos históricos e espaciais distintos, uma vez que reformas de pensões e da chamada previdência, em mais de um momento de sua história contemporânea, já ocorreram no Brasil e em outros países, o presente estudo ganha força com mais uma reforma da previdência, apresentada e concretizada pelo Poder Executivo brasileiro em 2019. Novas e complexas normas compõem a referida alteração à Constituição brasileira de 1988, na qual o direito adquirido continua expressamente garantido²¹.

A expectativa do direito, em relação à qual já há tempos boa parte de teóricos do Direito e de outras áreas defende não ser um direito e, sim, expectativa, pode gravitar em torno de outra esfera, de modo a adquirir força normativa diferenciada. Algo a não ser uma mera situação fática mutável, mas um também direito a ser discutido e garantido pelo Estado e por suas instituições.

Ressalte-se que esperar, em um primeiro momento e interpretação, pode não parecer mesmo direito algum. Mas quando se está diante de uma longa espera, ligada a um quiçá direito, ao qual a doutrina aprecia conferir o nome de regime jurídico, dúvidas surgem e merecem ser melhor discutidas e enfrentadas. Pois uma coisa, em inicial e larga comparação, é esperar até 40 ou 50 minutos em uma fila de banco, outra é esperar por 10 anos ou mais, durante os quais a labuta não cessa e características trabalhistas mercadológicas mudam, por uma aposentadoria calcada em um regime jurídico vigente quando do início de uma relação de trabalho.

E daí, exatamente, é que se pode extrair uma também seminal noção de um direito a um planejamento de vida. Pois ao se saber, por 10 anos, por exemplo, que se terá direito, no futuro, a um determinado regime jurídico, pessoas, casais e, enfim, famílias montam um planejamento, na maioria absoluta das vezes difícil ou quase impossível de ser reajustado, revisto e, sobretudo, reiniciado. Afinal de contas, 10 anos – tempo aqui exemplificativamente escolhido²² –, pode representar uma inteira etapa geracional, um período durante o qual o próprio acesso ao mercado de trabalho muda completamente de figura.

Veja-se, ilustrativamente, o caso de uma pessoa de 30 ou de 40 anos tentar uma inserção ou reinserção no mercado de trabalho e se perceberá, com toda clareza, o que ora se pretende

²¹ Aqui este Artigo se refere à PEC nº 06/2019 (BRASIL, 2019), que deu origem à Emenda à Constituição nº 103, de 12 de novembro de 2019 (BRASIL, 2019).

²² Para fins de precisa e, não, hipotética e exemplificativa informação, de acordo com a Reforma da Previdência de 2019, o ano em que todas as possibilidades de transição estarão consolidadas para os servidores públicos é 2033, uma vez que é o ano no qual a pontuação mínima para os servidores públicos atinge seu máximo (Art. 3º, § 2º). Para acesso ao inteiro teor da Reforma, ainda no seu processo de formação, mas que veio a ser confirmado após aprovação e consolidação no Congresso Nacional, verificar a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 06/2019 (BRASIL, 2019).

defender. É certo que, aos 20 anos, o ingresso no mercado de trabalho possuirá características próprias, aos 30 igualmente, o mesmo ocorrendo aos 40, 50, 60 etc. E também não é complexo compreender que há faixas etárias mais e menos favoráveis a uma entrada no mercado de trabalho, sobretudo quando se pensa em determinadas profissões.

Ademais, vale realçar que, para além das faixas etárias e sua relação com a atratividade mercadológica laboral, o período aqui escolhido como base de estudo, isto é, 10 anos, para os casos em que uma pessoa se afasta completamente de suas atividades profissionais²³, pode significar também uma quase impossibilidade de reinserção, uma barreira sólida e difícil de ser derrubada em prol da reentrada de uma pessoa no mercado de trabalho e de uma retomada de suas atividades laborais, outrora executadas ou, a depender de cada caso, muitas vezes, não.

E, tudo isso, com agravantes da vida contemporânea, que fazem com que 10 anos possam parecer muitos mais em um mundo cuja evolução tecnológica atinge feroz e fortemente todos os setores sociais, inclusive os ligados às dinâmicas profissionais. Observe-se, entre outros, o caso da advocacia contenciosa. A mudança dos processos físicos para os eletrônicos não foi somente um avanço do ponto de vista digital e com reflexos apenas nos Tribunais brasileiros. Foi, igualmente, um impacto profundo na maneira pela qual se passou a exercer a advocacia, fazendo com que novos e bem diferentes procedimentos viessem à tona, antigos paradigmas fossem revistos e outros fossem criados.

Nessa linha, um profissional do Direito que, eventualmente, tenha exercido a advocacia há 10 anos atrás – considerando a data de elaboração e publicação do presente Artigo jurídico -, se pretender retomar suas atividades 10 anos após uma contínua paralisação, terá dificuldades que ultrapassarão o fator “faixa etária” acima já explanado e atingirão o fator “defasagem”, visto que uma atualização mostrar-se-á bem mais complexa. E isto, claro, sem se mencionar inúmeros outros fatores dificultadores de uma reinserção no mercado de trabalho de pessoas afastadas por longo período e detentoras de faixas etárias mais avançadas.

Assim, o direito ao planejamento de vida deve começar a ser melhor enfrentado, investigado e tratado. Pois também decorre, como acima já anunciado, de princípios

²³ Que se imagine uma família cuja mulher, aprovada em concurso público na área federal, mais precisamente, no âmbito da União, decide ter 02 filhos 03 anos após o ingresso na carreira pública. E, com a chegada dos 02 filhos, aos 4 e 6 anos de serviço público, seu marido ou companheiro abandona suas funções profissionais em prol da criação e cuidado com as crianças. Tudo isso, com base em um planejamento familiar, levando-se em conta a remuneração da mulher, o tempo diário de trabalho, sua necessidade de dedicação para progresso funcional e, enfim, sua aposentadoria. Perceba-se, então, que um planejamento de vida pode levar ao afastamento do Mercado de trabalho, conforme exposto no corpo do texto. Por fim, registre-se que a situação inversa da acima narrada, ou seja, o pai continuar exercendo suas atividades profissionais e a mãe abandonar as suas para o cuidado com a casa e a criação de seus filhos, costuma também ser muito comum. O que leva à conclusão de que planejamentos, não imediatos, mas mediatos, fazem parte do cotidiano de uma nação, ainda mais na esfera familiar, fazendo com que um direito deva efetivamente existir em proteção a todos os envolvidos.

constitucionais fundamentais variados. Em um breve exame, vejamos-se, abaixo, algumas relações com alguns dos princípios mencionados.

Em primeiro lugar, frise-se a relação íntima com o já considerado clássico e tradicional princípio da dignidade da pessoa humana. Expressamente previsto no Art. 1º, inciso III, da Constituição de 1988 e de modo mais ou menos direto espalhado – no que tange, principalmente, à influência exercida – por todo o corpo da Constituição brasileira, possui ligação íntima com o direito ao planejamento de vida. Afinal de contas, planejar a vida e esperar pelos resultados deste planejamento, com base em fatores e elementos concretos e objetivos de análise significa proteger a vida no presente e no futuro.

Em outras palavras, proteger o próprio direito à vida em todas as suas acepções, que incluem, pelo menos, as ideias de permanecer vivo e de ter vida digna. Pois, realce-se, mudanças bruscas externas e que venham a comprometer ou condenar o planejamento de vida, afetarão drasticamente e, muitas vezes, de maneira irreparável, um planejamento e, por consequência, inúmeras, milhares ou até milhões de vidas em um país como o Brasil, já repleto de desigualdades sociais. Valendo enfim lembrar que a valorização do trabalho humano é princípio norteador da ordem econômica brasileira, estampado no Art. 170, *caput*, da Constituição da República, entre outros dispositivos.

Em sequência, deve-se deixar claro que o princípio da igualdade é outro norteador do ordenamento jurídico brasileiro e que vem a ser desrespeitado diante de uma afronta ao direito ao planejamento de vida. Pois, tendo em vista que pessoas de diferentes faixas etárias (20, 30, 40, 50 etc., conforme acima já exposto) passam a ter regime jurídico semelhante, senão idêntico, não se pode conceber uma igualação justa. E, portanto, uma desigualação em desconsonância com critérios de avaliação²⁴ da presença e incidência do princípio da igualdade passa a preponderar no âmbito jurídico-fático, de modo romper com a isonomia em seu sentido mais amplo.

Enfim e, considerando apenas os princípios mais diretamente citados ao longo deste trabalho, qualidade de vida e bem-estar social são princípios que se extraem do próprio rol de direitos sociais e de sua manifesta fundamentalidade. Art. 6º, Art. 7º, inciso IV, Art. 182, entre tantos outros que poderiam ser aqui mencionados, deixam claro que o legislador constituinte

²⁴ Para os fins do ora citado, aproveita-se, neste trabalho, o magistério e escritos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem três critérios devem ser utilizados para que possa, de modo mais objetivo, reduzir o risco de desigualações e discriminações em situações concretas: (a) o fator de diferenciação; (b) a correlação lógica entre o fator de diferenciação e a diferenciação propriamente dita; e (c) a consonância da diferenciação procedida com os princípios constitucionais vigentes. Para aprofundamento específico no que apenas se fez menção, recomenda-se leitura do clássico e também já antigo trabalho de Celso Antônio Bandeira de Mello, intitulado “O conteúdo jurídico do princípio da igualdade” (MELLO, 1997).

originário pretendeu uma Constituição que, no presente e no futuro, pudesse auxiliar e ser verdadeiro suporte jurídico para a implementação gradativa e crescente de medidas em prol do crescimento da aplicabilidade e efetividade dos direitos sociais amplamente concebidos.

Nessa concepção, inserem-se com bastante precisão os referidos princípios da qualidade de vida e do bem-estar social, ligados, imediatamente, tanto a direitos fundamentais de segunda e terceira geração ou dimensão, quanto, ainda que mediamente, a direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão. Lembre-se, qualidade de vida e bem-estar social são princípios de direito ambiental e de direito urbanístico, a partir dos mais modernos estudos sobre o assunto. Nesse sentido, também princípios que a Constituição trouxe para iluminar o caminho de crescimento jurídico, social, econômico e político nacional e, certamente, não os obscurecer.

E, derradeiramente, no que diz respeito a esta avaliação relacional axiológica, que não se esqueça também e sempre do princípio da segurança jurídica, norteador de vários ordenamentos jurídicos estrangeiros e, igualmente, da ordem jurídica nacional. Um direito ao planejamento de vida requer a presença elementos paralelos, um dos quais a estabilidade, a qual só se consegue com a segurança jurídica enquanto princípio assegurando a todos uma existência digna, nos moldes do supra já mencionado Art. 170 da Constituição de 1988²⁵.

Por conseguinte, tal direito ao planejamento de vida, em comunhão com o direito adquirido e, máxime, deste àquele aplicado, além do exame auxiliar e imprescindível da expectativa de direito, formam, em conjunção com uma análise aplicacional com a seguridade e previdência social um verdadeiro bloco de normas, o qual merece, segundo os ora Autores, a maior e mais intensa atenção de juristas, grupos sociais e governantes, com potencial inclusão de membros dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário pátrios.

Novos arranjos, discussões, diálogos e interações institucionais e sociais devem, com base na ideia e direito que ora se defendem, buscar concretizar delimitações exatas para que possa não somente ser invocado, em tese, “um” direito ao planejamento de vida, como se uma quiçá nova norma programática fosse. Mas também, para que possa “o” direito ao planejamento de vida ter conceitos, delimitações, aplicabilidade e, por conseguinte, eficácia. Do ponto de vista teórico-conceitual, assim como do de estruturação para uma real aceitação social, crê-se ter o presente Artigo auxiliado para o crescimento e robustecimento do direito aqui tratado. Entretanto, não se arriscou, até presente momento, criar delimitações incidentais que pudessem conferir eficácia e, portanto, aplicabilidade imediata ao direito.

²⁵ Para todos os dispositivos constitucionais citados nos últimos parágrafos, conferir a Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2019).

É importante ressaltar, contudo, que, com base em pesquisas como a presente e outras tantas neste Artigo mencionadas, assim como em várias outras vindouras, poderá o Poder Judiciário, ao se deparar com casos concretos sobre a matéria, tentar melhor delimitar o direito ao planejamento de vida, em prol da proteção primeira das bases e alicerces centrais da Constituição da República. Nada afastando a atuação futura e complementar, igualmente, dos Poderes Executivo e Legislativo, em suas missões legiferante, regulamentadora e gerencial, respectivamente. E isso sem se olvidar da tão relevante missão de intérpretes, juristas e teóricos em geral^{26 27}, os quais, certamente, poderão fazer muito evoluir todo o neste Artigo²⁸ tratado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve o básico objetivo de pesquisa e aprofundamento do tema proposto, alicerçando pilares na Constituição brasileira de 1988, algumas de suas específicas Emendas e nas inúmeras decisões jurisprudenciais e posições doutrinárias, tanto internas, quanto alhures.

Visou-se, entretanto e, primeiramente, a esmiuçar o assunto sob foco, tentando obter explicações para sua aplicabilidade e condições de existência, sempre valorizando sua inserção e aceitação no meio social em questão. Direito adquirido e expectativa de direito ganharam um natural maior espaço exploratório, sem que, contudo, se olvidasse da proposta final de defesa de um quiçá novo direito, a ser amparado pelo próprio direito adquirido a que se fez menção.

²⁶ Para que se possa encerrar a investigação a que se propuseram os Autores nesta singela contribuição teórico-jurídica, poder-se-ia recomendar, sugestivamente, que instituições e setores sociais variados discutissem, refletissem e renovassem suas capacidades, de modo a estabelecer um novo ponto de partida: a quiçá irretroatividade da Reforma da Previdência de 2019 e sua aplicação apenas aos que futuramente ingressassem no mercado de trabalho, público ou privado, como contribuintes previdenciários. A proposição a que se fez agora menção teria o condão de servir como um estímulo reflexivo, pautado, inclusive, em todo estudo anterior sobre o direito adquirido, à própria expectativa de direito e a tudo que neste Artigo se trabalhou. Fazer qualquer cidadão sofrer consequências para as quais não contribuiu, das quais se encontrava resguardado por lei e por anterior Reforma da Previdência (Emenda Constitucional nº 20 e agora já modificada, conforme exposto, pela Emenda Constitucional nº 103), significa inseri-lo dentro do furacão denominado “insegurança jurídica”, contrário a um dos princípios constitucionais que pode imediatamente embasar o próprio direito ao planejamento de vida, ou seja, o explanado em linhas anteriores, princípio da “segurança jurídica”. É certo que a proposição seria altamente impactante e contrária, sobretudo, aos interesses políticos e econômicos que levaram a PEC nº 06/2019 a se transformar em Emenda. Mas é pela via da crítica, retórica, argumentação e pesquisa jurídicas que se pode construir e, não, obstacularizar, repita-se, considerando juridicamente todas as questões postas.

²⁷ Quando se pensa em caminhos para a mitigação de efeitos considerados drásticos, trazidos por reformas previdenciárias, conforme dito na nota de rodapé anterior, a modulação de efeitos de uma decisão ou de uma legislação, por exemplo, poderia ser encarada como um dos caminhos a que apenas se fez menção.

²⁸ Cabe ressaltar que o objetivo central do presente estudo não foi o de criação de profundas características e regulamentações para o direito ao planejamento de vida. Nem mesmo uma aguda construção teórica para a defesa de uma irretroatividade dos efeitos de uma reforma previdenciária. Anunciou-se e foram construídas bases teóricas e conceituais bem específicas, mas sem qualquer pretensão que ultrapassasse os seus objetivos desde o início anunciados. E isto a fim de que, principalmente, pudesse o presente Artigo manter-se fiel ao seu recorte temático.

O direito ao planejamento de vida, na parte final do estudo conclusivamente entendido como decorrência e corolário natural de princípios basilares da ordem jurídica brasileira, tal qual o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e, entre outros, o da segurança jurídica.

Assim, após exame exordial e regresso da força normativa e conceituação de direito adquirido e expectativa de direito, com menção a opiniões de diversos clássicos especialistas no assunto, partiu-se para estudo mais detalhado, cassando-se relações porventura existentes entre o direito adquirido e a seguridade social, máxime no que tange à previdência social e suas férteis facetas.

Nesse rumo, proclamou-se a imensa utilidade do direito adquirido dentro da estrutura social nacional, ressaltando-se sua importância ainda maior na aplicação e incidência das normas regedoras da seguridade social no país, mais precisamente, da previdência social. Quedou-se inafastável acentuar a relevância da garantia constitucional referente ao direito adquirido e sua profunda relação com as regras e princípios previdenciários, todos altamente dependentes um do outro e rigidamente submissos a padrões sociais impostos e, por que não afirmar, imanescentes a toda sociedade nacional.

Mas, tudo isso, sem que o estudo se desvinculasse da proposição ligada à necessidade de proteção do planejamento de vida de cada pessoa, a qual, se vítima de mudanças, por exemplo, previdenciárias, pode estar sujeita a um severo e indevido desrespeito a normas constitucionais fundamentais, assim como a uma desigualação descabida e reprovável. As chamadas normas de transição quando de uma reforma previdenciária findam por destruir planejamentos de vida.

Afinal de contas, se uma pessoa, por exemplo, passou a ser regida, em razão de aprovação em concurso público, por leis específicas e, durante 10 anos de sua vida laboral útil acreditou que faria *jus* a uma aposentadoria específica e de acordo com as normas vigentes quando de seu ingresso na carreira pública, uma alteração do citado regime jurídico, no intuito de diminuir direitos, pode colocar o cidadão em posição de irrecuperável desvantagem. Pois, na ilustração final ora dada, 10 anos representam muito tempo para um mercado de trabalho recessivo e, no caso brasileiro, bastante agressivo.

Não é fácil, é verdade, trabalhar com o fator tempo, mas longos períodos estabelecidos para normas de transição fazem com que os mais antigos, mais velhos e com maior dificuldade de novas procuras no mercado de trabalho sejam colocados à deriva. Na beira de um precipício do qual não há uma saída, na maioria absoluta dos casos. Reforce-se, a criação de uma diferenciação indevida, se levados em conta os jovens e recém ingressos no mercado de trabalho, para os quais comumente as portas se abrem com mais facilidade - e, sobretudo, para

quem um planejamento de vida ainda se encontra em fase inicial e passível de programação sensivelmente menos impactante -, deve ser evitada e, não estimulada. Por isso, se arriscou, em momento derradeiro, apresentar uma proposição, juridicamente embasada, mas, por certo, econômica e politicamente, preponderantemente desinteressante, ainda mais se observados os contextos e conjunturas que conduziram o país a um terceiro regime previdenciário em prazo de pouco mais de 30 anos.

Cumpra, por fim, afirmar que o ora estudo foi apenas singela pretensão de aprofundamento em tema tão rico, fértil e proveitoso, valendo-se, para tal, do constante auxílio de estudiosos do Direito e áreas afins, no que se refere tanto ao direito adquirido e à expectativa do direito, quanto aos direitos previdenciário e ao planejamento de vida, com a ressalva necessária de que este último valeu-se mais, ora de construções hermenêuticas, ora de conclusões diretas, mas decorrentes de desdobramentos e sub-exames fortemente alicerçados, das colocações teóricas, jurisprudenciais, legislativas e constitucionais relacionadas ao longo do texto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, p. 07-08.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. **Decisão do STF na ADI nº 3.105 de 2003**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>>. Acesso em 21 out. 2019.

BRASIL. **Decisão do STF na ADI nº 3.128 de 2004**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2199698>>. Acesso em 21 out. 2019.

BRASIL. **Decisão proferida na AC 598344786 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>>. Acesso em 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 05 de maio de 1999.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em 20 jul. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em 28 nov. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 22 set. 2019.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 06/2019.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>>. Acesso em 21 out. 2019.

BRASIL. **Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1580>>. Acesso em 21 out. 2019.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo.** 10. ed., vol. 1. Coimbra: Editora Almedina, 1997, 2 v.

_____. **Princípios fundamentais do Direito Administrativo.** Coimbra: Editora Almedina, 1996.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito.** 2. ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 07. Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

CUNHA, Lásaro Cândido da. **Reforma da Previdência.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos em Serio.** Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1997.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2000.

FILHO, Willis Santiago Guerra. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Direito adquirido na previdência social**. São Paulo: LTr, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1997.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 17. ed. São Paulo: Editora Editora Saraiva, 1978, p. 1-45.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 33-102.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

Submissão: 24/03/2020 Aprovação: 04/06/2021

A CALAMIDADE PÚBLICA COMO JUSTIFICATIVA PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO EXTRAORDINÁRIO

PUBLIC CALAMITY AS A JUSTIFICATION FOR EXTRAORDINARY ADMINISTRATIVE LAW

*Janriê Rodrigues Reck*¹
Universidade de Santa Cruz do Sul

*Vivian Paludo*²
Universidade de Santa Cruz do Sul

Resumo:

O presente estudo trata do tema da calamidade pública e suas utilizações como justificadora do sistema constitucional de crise e de estado de defesa, bem como estado de calamidade pública constante na EC nº 106/2020 e os reflexos dos estados de exceção. O tema se justifica pela atualidade e relevância tanto acadêmica quanto prática. O problema que se busca responder é como se dá o uso da expressão “calamidade pública” como justificativa para o estado de exceção e para o estado de calamidade pública, em especial o constante na EC nº 106/2020? Objetivando verificar o uso da calamidade pública como possibilidade de justificar estados de exceção. Utiliza-se a metodologia dedutiva para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Constatou-se que a gradação que pode justificar a decretação das exceções fica dependente de apreciações políticas subjetivas e pode ser usada como meio de suprimir direitos e de se tornar, a exceção, a regra.

Palavras-chave:

Palavras-chave: Calamidade pública. Estado de defesa. Estado de exceção. Estado de sítio.

Abstract:

This paper is about public calamity and its uses as a justification of the constitutional system of crisis and state of defense, as well as the state of public calamity contained in EC nº 106/2020 and the reflexes of states of exception. The theme is justified by the timeliness and relevance both academic and practical. The problem that is sought to answer is how is the use of the expression “public calamity” used as a justification for the state of exception and for the state of public calamity, especially the one contained in EC No. 106/2020? Aiming to verify the use of public calamity as a possibility to justify states of exception. Deductive methodology is used for the approach, the monographic procedure method and the bibliographic research technique. It was found that the gradation that can justify the enactment of exceptions is dependent on subjective political appraisals and can be used as a means of suppressing rights and becoming, the exception, the rule.

Keywords:

Keywords: Public calamity. State of defense. Exception status. State of siege.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade de Santa Cruz do Sul. Procurador Federal.

² Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela UNISC. Especialista em Processo Civil pela UNISUL. Graduada em Direito e Administração pela Universidade Federal de Pelotas.

As previsões constitucionais formam um todo que precisa ser compreendido nesta condição, para que haja coerência no ordenamento jurídico. Em especial quanto ao tema da calamidade pública, não se pode analisá-lo de outra forma. Ao mesmo tempo em que se encontra como justificador de uma das situações do sistema constitucional de crise inserido na Constituição Federal de 1988 (CF/1988), no que diz respeito à possibilidade de decretação do estado de defesa, ele está presente como justificação da decretação do estado de calamidade pública constante na recente Emenda Constitucional (EC) nº 106/2020.

Ocorre que a calamidade, então, serve tanto para permitir o estado de exceção quanto o de calamidade pública. Porém, essa constatação requer a análise pormenorizada de quando cabe um ou outro, ou ainda um segundo estágio do estado de exceção, que é o estado de sítio.

Em tempos de crise, em períodos anormais, as situações fáticas que se apresentam ao Estado são potencialmente mais complexas, como no caso da pandemia do SARS-CoV-2. A gravidade do caso requer repostas que nem sempre podem ser dadas pelos meios considerados “normais”; nessa senda, há que se buscarem soluções especiais e apropriadas às demandas. Porém, no caso da calamidade pública, o cuidado no seu manejo como justificadora requer maior atenção, porque através dela se pode adentrar no mundo jurídico das exceções. A partir disso, afastando-se a legislação de normalidade, os cuidados hão de ser exponencialmente ampliados. Ademais, com a permissão para a instalação de regimes jurídicos de exceção, o freio às pequenas (ou grandes) aberturas deve ser possível, para que não se tenha a tomada do direito normal pelo direito excepcional.

Diante disso, no presente estudo busca-se responder ao problema de pesquisa de como se dá o uso da expressão “calamidade pública” como justificação para o estado de exceção e para o estado de calamidade pública, em especial o constante na EC nº 106/2020. Para tanto, utilizam-se a metodologia dedutiva para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Tendo em vista o objetivo de analisar a expressão “calamidade pública” e as possibilidades de seu uso como justificação para o estado de exceção e para o estado de calamidade pública, em especial o constante na EC nº 106/2020, o presente estudo é dividido em três partes. A primeira parte verificará os instrumentos constitucionais de exceção, como o estado de defesa e o estado de sítio, o que se apresenta como fundamental, visto que a calamidade pública é uma das possibilidades constantes no texto da atual Constituição Federal que podem justificar a decretação do estado de defesa.

A segunda parte do texto abordará o princípio da legalidade, em especial na seara do direito administrativo, a fim de se compreenderem a função e as nuances da legalidade normal

(em oposição à legalidade excepcional que surge nos momentos de exceção) como alicerces do sistema jurídico.

Ao final, analisar-se-á a calamidade pública como justificadora tanto do estado de defesa (e de um posterior estado de sítio) como do estado de calamidade pública, este em especial como previsto na EC nº 106/2020, para que se compreenda como a mesma situação pode ser justificadora tanto de um quanto de outro. Isso se faz com atenção aos eventuais pontos de aproximação e de afastamento entre eles, através de uma análise comparativa.

Tal se mostra necessário em face do complexo momento político, social e jurídico em que as mudanças trazidas pela EC nº 106/2020 (produto da pandemia de covid-19) se inserem, bem como das delicadas e frágeis relações que podem se estabelecer e dos múltiplos resultados – tanto para a administração pública quanto para a sociedade – da utilização de um mesmo conceito como justificção de institutos que são, em tese, distintos.

2 ESTADO DE SÍTIO E ESTADO DE DEFESA

Na CF/1988, o estado de sítio e o estado de defesa estão dispostos no Título V, intitulado “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, sendo que uma das justificativas para o estado de defesa – e, por via reflexa, para o estado de sítio – é a ocorrência de calamidade. Exsurge, assim, a necessidade de compreender cada um deles, para que se possam estabelecer as relações e a dosimetria que definem quando se estará diante de uma possibilidade de ocorrência de um ou de outro.

A expressão “estado de exceção” não é um termo de significado único; diferentes utilizações podem ser dadas a ela, o que requer que se parta da definição de qual sentido é o utilizado no presente estudo. Saint-Bonnet (2007, p. 29) esclarece que a expressão é usada de duas maneiras distintas: na primeira acepção – a qual ele chama de clássica, sendo a adotada no presente estudo –, o estado de exceção é um momento em que as regras de direito existentes em períodos de calma são transgredidas, suspensas ou afastadas em razão de um perigo, de modo temporário, enquanto ele perdurar. A segunda definição – de Agamben, mais recente – cuida de modificações profundas em alguns sistemas jurídicos como forma de reação a perigos e ameaças duradouras.

A necessidade evidente é o centro do estado de exceção; ela determina sua declaração, sua justificção e seu limite. Essa necessidade deve ser imperiosa, urgente e irresistível (SAINT-BONNET, 2007, p. 30). Para Santos (1981, p. 33), o princípio fundante de todo o sistema constitucional de crises é a necessidade. Logo, não pode haver estado de exceção sem

que a necessidade dele seja imperiosa, dentro dos seus limites e até que ela persista. Disso conclui-se que há um cuidado ao se utilizar uma legislação extraordinária; o uso não pode se dar sem que tal não seja a única maneira jurídica de lidar com a situação.

No estado de exceção, há uma situação que não corresponde à normalidade, no sentido clássico de Saint-Bonnet; ocorre o afastamento das regras da normalidade, surgindo a partir dele a vigência de regras que não são as habituais, ou seja, regras que não eram utilizadas e não estariam no ordenamento se não fosse a pura excepcionalidade. Tal excepcionalidade – tão robusta – não pode e não deve se justificar por possibilidades fracas, o que gera a necessidade de que as situações que permitem o ingresso num estado de exceção sejam igualmente anormais, e as soluções que se apresentam não possam fazer frente às demandas geradas.

A presença do estado de exceção na história constitucional brasileira recebeu diferentes denominações: “segurança do Estado” (na Constituição de 1824), “estado de sítio” (nas constituições de 1891, 1934, 1946, 1967 e 1988), “estado de emergência” (na Constituição de 1937), “estado de guerra” (na Constituição de 1937) e “estado de defesa” (na CF/1988), segundo Godoy (2016, p. 287). A previsão constitucional da utilização de uma legislação excepcional em certas situações acompanha as constituições dos mais variados períodos históricos, inclusive a de 1988, sendo possível constatar que, por mais democrático que seja o momento vivido pela sociedade brasileira, sempre haverá a previsão de atuações específicas em casos de maior dificuldade. Ressalte-se, desde já, que a legislação excepcional não é ilimitada nem hierarquicamente superior à Constituição, ao menos na atualidade. Ainda, segundo Faller e Balthazar (2011, p. 420) “não basta positivar e garantir o exercício de direitos fundamentais, se faz necessário torná-los realidade concreta, sob pena de permanecemos em ‘estado de exceção’”.

O estado de defesa e o estado de sítio, assim, encontram-se dentro de o que se pode denominar “sistema constitucional de crises” – o qual, por sua vez, está ligado à defesa do Estado e dos compromissos democráticos. A defesa do Estado está relacionada, conforme disposição constitucional, à proteção do território contra invasões estrangeiras, à soberania nacional e à defesa da pátria (SILVA, 2012, p. 762). Segundo Santos (1981, p. 32-33), a sistematização constitucional de crises busca a defesa do Estado, bem como da ordem constitucional e dos indivíduos, ou seja, uma proteção mediata e indireta desses contra as circunstâncias devastadoras que acompanham os períodos de crise.

A relação entre o tratamento excepcional previsto nas constituições – em especial na de 1988 – se relaciona com situações de crises, ou seja, é um sistema previsto para as denominadas “situações excepcionais”. Porém, a possibilidade de se clamar por este sistema constitucional

de crises não pode ter por objetivo afastar o regime democrático; pelo contrário, ele deve ser utilizado para sua preservação e defesa. Nessa senda, toda e qualquer tentativa de se utilizar o estado de sítio ou o de exceção, sob a atual previsão constitucional, que não seja condizente com a democracia, deve ser de pronto rechaçada. Corrobora tal afirmação a atual colocação desses institutos na estrutura constitucional, de modo que não restem dúvidas a respeito disso.

O estado de defesa está relacionado à organização de medidas que objetivam afastar ameaças à ordem pública ou à paz social, conforme se depreende da leitura do art. 136³ da CF/1988, através de uma legalidade que se caracteriza como extraordinária, temporária e especialmente limitada. Assim, conclui-se que, para que ocorra a possibilidade de decretação do estado de defesa, há pressupostos e objetivos a serem observados. Os pressupostos de fundo são: grave ou iminente instabilidade institucional, que ameace a ordem pública ou a paz social; e a existência de uma calamidade de extensas proporções, que esteja ameaçando a ordem pública ou a paz social (SILVA, 2012, p. 766).

Além dos pressupostos de fundo, há pressupostos formais para que se possa instaurar um estado de defesa, os quais incluem: a manifestação dos Conselhos da República⁴ e de Defesa

³ Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º. O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

I - restrições aos direitos de:

a) reunião, ainda que exercida no seio das associações;
b) sigilo de correspondência;
c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica;

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

§ 2º. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação.

§ 3º. Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial;

II - a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação;

III - a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário;

IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

§ 4º. Decretado o estado de defesa ou sua prorrogação, o Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, submeterá o ato com a respectiva justificação ao Congresso Nacional, que decidirá por maioria absoluta.

§ 5º. Se o Congresso Nacional estiver em recesso, será convocado, extraordinariamente, no prazo de cinco dias.

§ 6º. O Congresso Nacional apreciará o decreto dentro de dez dias contados de seu recebimento, devendo continuar funcionando enquanto vigorar o estado de defesa.

§ 7º. Rejeitado o decreto, cessa imediatamente o estado de defesa. (BRASIL, 1988).

⁴ Art. 89. O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República, e dele participam:

I - o Vice-Presidente da República;

II - o Presidente da Câmara dos Deputados;

Nacional⁵; a decretação do estado pelo Presidente da República; e a especificação do tempo de duração (no máximo 30 dias, prorrogáveis por mais 30), da área de abrangência e das medidas a serem tomadas, dentre as possíveis constitucionalmente (SILVA, 2012, p. 766).

Dentre as decorrências do estado de defesa, há a particularidade de uma legislação específica para aquele momento e uma determinada área. Essa lei poderá versar sobre as possibilidades trazidas pelo art. 136 da CF/1988, as quais referem-se a restrições aos direitos de reunião, aos sigilos de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica, à ocupação e ao uso temporário de bens e serviços públicos e à prisão, em determinados casos (SILVA, 2012, p. 767).

Assim, tem-se que a calamidade pública deve estar ameaçando a paz social; porém, quem define o que seria uma ameaça suficiente para a decretação de estado de defesa é o Presidente da República, em última análise, visto que as consultas aos Conselhos da República e de Defesa Nacional não são vinculantes. Somente depois a matéria seguirá para a apreciação do Congresso Nacional, o qual poderá confirmar ou fazer cessar o estado de defesa.

Silva (2012, p. 766), ao tratar da calamidade, leciona que ela é “um fato de desajuste no âmbito de sua verificação”. No caso do estado de defesa, ela há que ser de grandes proporções, além de estar gerando perturbação da ordem pública ou da paz social; caso contrário, não se presta como justificção.

III - o Presidente do Senado Federal;

IV - os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados;

V - os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal;

VI - o Ministro da Justiça;

VII - seis cidadãos brasileiros natos, com mais de trinta e cinco anos de idade, sendo dois nomeados pelo Presidente da República, dois eleitos pelo Senado Federal e dois eleitos pela Câmara dos Deputados, todos com mandato de três anos, vedada a recondução. (BRASIL, 1988).

⁵ Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

I - o Vice-Presidente da República;

II - o Presidente da Câmara dos Deputados;

III - o Presidente do Senado Federal;

IV - o Ministro da Justiça;

V - o Ministro de Estado da Defesa;

VI - o Ministro das Relações Exteriores;

VII - o Ministro do Planejamento.

VIII - os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

§ 1º. Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

I - opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição;

II - opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal;

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo;

IV - estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático.

§ 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional. (BRASIL, 1988).

Outra questão relevante, quando se está cuidando de uma legislação excepcional, é a concernente aos controles. Silva (2012, p. 767-768) ressalta que, mesmo que a decretação do estado de defesa fique condicionada a um juízo de conveniência do Presidente da República, a partir do momento em que ele decide por estabelecê-lo, fica obrigado à lei do próprio estado de defesa, bem como aos ditames constitucionais que o regem. Então, são possíveis controles tanto de ordem política quanto judicial. O Congresso Nacional tem a oportunidade de realizar o controle político em várias oportunidades: quando da análise do decreto de instauração, durante sua efetividade – por meio da comissão que deve ser formada para acompanhar e fiscalizar a execução das medidas – e após encerrado o estado de defesa, por ocasião do necessário encaminhamento do relatório das medidas adotadas durante o período. Quanto ao controle judicial, ele se apresenta de modo expreso no caso das prisões, que devem ser encaminhadas à apreciação do Poder Judiciário.

Logo, a exceção do estado de defesa não é ilimitada nem livre; como se pode perceber, as situações que o autorizam devem visar aos objetivos que permitiram a sua decretação. É certo que, diante das medidas permitidas pela excepcionalidade em discussão, sua utilização pode conduzir a excessos; entretanto, estes não devem – nem mesmo em um estado de defesa – ser tolerados, permitidos ou justificados. Mesmo a exceção possui regras.

Outra das possibilidades constitucionais é o estado de sítio, o qual tem como justificção básica um estado de rebelião ou revolução e agressão armada que exija uma resposta imediata. Essas possibilidades estão previstas no art. 137⁶ da CF/1988. Então, para que se possa justificar faticamente o estado de sítio, deve haver situações críticas que não possam ser tratadas pela legislação de normalidade, e que requeiram uma legislação de exceção. Essas situações críticas de comoção grave – rebelião ou revolução nacional, ou fatos que não puderem ser tratados com as medidas do estado de defesa – também podem ser situações de guerra ou de reação a ataque armado estrangeiro (SILVA, 2012, p. 769).

Porém, não somente os requisitos fáticos podem justificar o estado de sítio; há que se cumprirem também os requisitos formais. Estes são: a audiência do Conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional; a autorização do Congresso Nacional; e o decreto

⁶ Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta. (BRASIL, 1988).

presidencial. O tempo de duração inicial do estado de sítio vai depender do pressuposto fático que o justificou: se foi com base no inciso I do art. 137 da CF/1988, é decretado por 30 dias, prorrogáveis por esse mesmo período, sem limitação quanto ao número de prorrogações; porém, se for com base no inciso II do referido artigo, o período será o tempo que durar a guerra ou o ataque armado. Dentro desses períodos, o mandamento constitucional busca limitar as ações àquelas estritamente necessárias para que a normalidade seja restabelecida, em defesa do Estado Democrático de Direito e em caso de guerra, não podendo servir a outro fim (SILVA, 2012, p. 769-770).

O estado de sítio se caracteriza, por exemplo, nas utilizações feitas pelos presidentes Deodoro da Fonseca, Floriano Peixoto, Hermes da Fonseca e Artur Bernardes – sob a análise histórica brasileira – como instrumento de uso em situações limítrofes, com a presença de autoritarismo e a supressão de garantias, sob a justificação de que, por meio do estado de sítio, estar-se-ia buscando a retomada da ordem (GODOY, 2016, p. 291-292). O estado de sítio esteve presente também na Constituição de 1946, na qual havia a disposição de que ele deveria ser reconhecido pelo Congresso Nacional (GODOY, 2016, p. 295).

Quando é decretado o estado de sítio, substitui-se a “legalidade constitucional comum” por uma “legalidade constitucional extraordinária”, a qual só será balizada pelos limites existentes naquela quando os pressupostos fáticos forem os do inciso I do art. 137. Assim sendo, quando for decretado estado de sítio com base nesse inciso, haverá a possibilidade de serem tomadas as seguintes medidas contra as pessoas: obrigação de permanência em local específico; possibilidade de prisão de pessoas em locais que não sejam destinados à prisão por crimes comuns; restrição quanto às liberdades de expressão, comunicação, correspondência, reunião e inviolabilidade de domicílio, podendo haver intervenção em empresas que prestam serviços públicos, bem como a requisição de bens (SILVA, 2012, p. 270-271).

Não obstante as medidas possíveis em um estado de sítio, devem-se sempre observar as disposições constitucionais, sendo possíveis os controles político e jurisdicional. O Congresso Nacional pode realizar o controle em três oportunidades: antes, durante e após o estado de sítio. O controle prévio é decorrente da necessidade de autorização parlamentar; o controle concomitante é feito por meio de uma comissão, que deve ser criada para acompanhar e fiscalizar as medidas que estão sendo tomadas durante o estado de sítio; e, por sua vez, o controle político posterior ocorre com o envio obrigatório de um relatório pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, descrevendo como, quem e o porquê das medidas que foram adotadas. Por seu turno, o controle judicial pode ser exercido quando houver abusos, utilizando-se de qualquer dos meios disponíveis. O estado de sítio, como previsto na CF/1988, intenta

afastar a arbitrariedade (SILVA, 2012, p. 772). Porém, não se pode ignorar que “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ser legal” (AGAMBEN, 2011, p. 12).

Segunda a classificação de Santos (1981, p. 34) a CF/1988 pode ser enquadrada como um sistema constitucional de crise rígido, visto que as medidas de cerceamento utilizáveis no enfrentamento da situação crítica ficam limitadas àquelas previstas na Constituição. Em oposição a isso, existem os sistemas flexíveis, que predeterminam as medidas possíveis.

Porém, quando se cuida da decretação do estado de sítio com base no art. 137, II, da CF/1988 – declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira –, pode-se considerar que a opção pelo sistema rígido é afastada, porquanto não há limitações, como se dá nos casos decretados com base no inciso I do citado artigo. Assim, o sistema rígido se amolda ao estado de defesa e, parcialmente, ao estado de sítio.

Apesar disso, a legalidade de exceção, em especial no Brasil, é aplicada de modo ilegal, mesmo que sob vieses de legalidade (RIBEIRO, 2018, p. 148).

Tendo em vista que os estados de exceção e de calamidade pública criam uma possibilidade de legislação excepcional, deve-se compreender o que representa a legalidade no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no direito administrativo, em função das excepcionalidades trazidas pela EC nº 106/2020.

3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

“Este é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”, afinal, é o que caracteriza o Estado de Direito; o direito administrativo nasce e é consequência do Estado de Direito. Há que se perceber que o princípio da legalidade busca ser a consonância de um propósito político que visa a impedir a escolha por meio de preferências ou perseguições (MELLO, 2009, p. 99-100).

Surge para combater o poder absoluto do príncipe, a partir da doutrina alemã da bifurcação da personalidade do Estado, donde surgiram, de forma separada, o direito de polícia e o direito civil, com a subsunção de parte das atividades estatais à lei e aos tribunais. Seguindo-se a isso, na segunda metade do Estado Moderno, com o liberalismo, o Estado passou a ter a função de proteger a propriedade e a liberdade dos cidadãos – ou seja, uma função negativa. Contudo, com o surgimento do Estado de Direito, com a separação dos poderes e a lei como resultante da vontade do povo, deu-se a superação dos princípios do liberalismo, passando a

haver preocupações estatais quanto ao bem comum, por meio de prestações ativas. Como uma necessidade dessa nova configuração, o Poder Executivo começou a ter certo poder normativo e a vinculação de toda a atividade da Administração Pública à lei, inclusive a discricionariedade passou a ser limitada pela lei (DI PIETRO, 2017, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>)

A legalidade se coloca como um subprincípio concretizador do “princípio do Estado de Direito”. Este é um princípio constitutivo que age tanto de forma material quanto procedimental e formal, definindo o conteúdo, a extensão e como se dá a atividade estatal através do poder conformador da Constituição, sendo que as regras de direito definem aspectos objetivos e subjetivos que se relacionam, de modo a preservar padrões de comportamento e medidas de especificações e de distanciamento do indivíduo em face dos poderes públicos e de outros indivíduos. Porém, além disso, o Estado de Direito tem uma função asseverativa do desenvolvimento da personalidade. Ligada ao Estado de Direito está a constitucionalidade, com uma Constituição como fundamental, supremo e vinculativo de todos os poderes públicos existentes no Estado – tanto em relação ao como agir quanto à medida dessa ação. (CANOTILHO, 1998, p. 238-239). Para Di Pietro (2017, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>), a constitucionalização traz para a legalidade – em sentido amplo – e para a atuação de todos os poderes os valores e princípios constitucionais.

Este princípio – o da legalidade – impõe que a atuação da Administração Pública necessariamente deve estar submetida à lei, devendo todo o agir estar de acordo com ela. Em especial no Brasil, por força dos arts. 5º, II⁷, 37, *caput*⁸, e 84, IV⁹, da CF/1988, não há espaço para que o Poder Executivo se afaste do princípio da legalidade (MELLO, 2009, p. 101-102). Ele traz um sentido de garantia, certeza jurídica e contenção do poder, além de revestir o poder de objetividade (MEDAUAR, 2012, p. 135).

O princípio da legalidade pode ser compreendido de dois modos: como compatibilidade e como conformidade. Como um princípio de conformidade, ele não é uma norma, e sim uma faculdade de atuação; como um princípio de compatibilidade, ele é uma regra, a mais universal do direito administrativo (EISENMANN, 1959, p. 69). Outra dicotomia possível de

⁷ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...]

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; [...] (BRASIL, 1988).

classificação da legalidade é: em sentido estrito e em sentido amplo. A legalidade em sentido estrito é a reserva da lei, o que expressa a necessidade de lei para a prática de atos pela Administração Pública. A legalidade em sentido amplo engloba a necessidade de lei, valores e princípios (DI PIETRO, 2017, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>).

Grau (1983, p. 166) propõe que a desmitificação do princípio da legalidade deva ocorrer em face do Estado de Direito Material, ou seja, não se deve, sob o pretexto da legalidade, afastar o conteúdo do Estado de Direito em sentido material; por meio da legalidade, deve-se, além de limitar a atuação estatal, definir a substância da atuação. No Estado Democrático de Direito, a preocupação também se coloca no conteúdo das leis, o que, na CF/1988, está nos valores e princípios, tanto implícitos quanto explícitos, o que limita ainda mais a discricionariedade e a possibilidade de controle (DI PIETRO, 2017, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>).

Saliente-se que o sentido da legalidade não é unicamente o de aptidão legal; a isso, acresce-se a vedação de a Administração atuar de qualquer modo contrário às normas do ordenamento jurídico (MEDAUAR, 2012, p. 137). Quando a Administração Pública tiver mais do que uma opção para atingir o mesmo fim, a escolha deve ser aquela que estiver de acordo com os princípios (DI PIETRO, 2017, <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>). “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal”; ademais, deve-se observar o bem comum (MEIRELLES, 2008, p. 89). Corroborando essa ideia, há a força normativa da Constituição, que assegura a vedação de dissolução político-jurídica em face da tentativa de prevalência de interesses outros sobre a normatividade da Constituição ou de supressão da função normativa constitucional (CANOTILHO, 1998, p. 242).

Tendo em vista a relevância do princípio da legalidade, particularmente para o direito administrativo, passa-se à análise de uma emenda constitucional que acabou por excepcionar algumas regras de direito administrativo em função da situação peculiar de pandemia: a EC nº 106/2020.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 106/2020 E O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

Parte-se, para a compreensão do proposto de ideia trazida por Luhmann (1997, p. 7-11) da relação entre organização (aqui se considera a Administração Pública como organização) e decisão, sendo que a decisão é uma eleição entre as várias possibilidades. Ocorre que a temporalidade dessa decisão não é somente uma diferença de posição no tempo mas, é uma um meio de transpassar a unidade da diferença de alternativas para a alternativa escolhida, de modo

que no resultado da decisão permanece como história e como contingência, convertendo-se a incerteza em risco. Outra consideração acerca da decisão é que ela muito mais sensíveis ao contexto, o que acaba por menos estáveis.

A emenda em questão é um caso singular de apêndice à Constituição: pelo seu modo de “localização” na Carta Magna, por sua causa e por seu conteúdo. Diante disso, seu estudo requer uma compreensão ampla desses elementos dentro de um contexto legal e social estranho à normalidade até então já experimentada pelo sistema legal brasileiro na vigência da atual Constituição.

A causa, os termos e o alcance da emenda: o estado de calamidade pública. O vocábulo “calamidade” está relacionado, no antigo grego, a *kalamos*, que significava “tormenta”. No latim, passou a ser *calamus* (“haste”), o que fazia alusão à distribuição dos trigais antes das colheitas. Porém, o significado foi se ampliando, passando a “indicar todos os males, de certa gravidade, que atingem uma coletividade” (PINHEIRO, 1954, p. 38).

A expressão “calamidade pública” traz consigo uma grande carga de subjetividade, o que permite, de certo modo, interpretações que podem se afastar de o que as constituições objetivam. Porém, partindo-se da concepção de que são infortúnios manifestos – que podem atingir desde uma pequena região até um país, com efeitos coletivos e anormais de grandes proporções –, eles requerem soluções que se mostrem eficientes, em tempo hábil e veemente. Com isso, conclui-se que, para a caracterização de um evento como uma calamidade, há que se analisarem diferentes aspectos: a natureza, a proporção, a consequência e a possibilidade de derivação de não serem tomadas medidas de contenção (PINHEIRO, 1954, p. 44-45). No inciso IV do art. 2º do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, há uma definição de calamidade pública na qual são trazidas como características para sua definição a anormalidade causada por desastres e capaz de gerar danos e prejuízos que comprometam a capacidade de resposta do poder público¹⁰.

Importante que se destaque que a legislação de exceção não tem uma função preventiva; logo, não é uma alternativa em tempos normais, ela “é uma derrogação verdadeira, justificada pelo cumprimento de condições substantivas que pretendem ser circunscritas pela ideia – pelo menos substancialmente – de não escolha”¹¹ (SAINT-BONNET, 2007, p. 34). Convém trazer

¹⁰ Art. 2º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se: [...]

IV - estado de calamidade pública: situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido; (BRASIL, 2010).

¹¹ “[...] elle est une véritable dérogation, laquelle est justifiée par la réunion de conditions de fond qui entendent être circonscrites par l’idée – au moins substantiellement – de non-choix.” (SAINT-BONNET, 2007, p. 34).

a distinção trazida por Reinach (1885, p. 202): quando cuida de “estado de sítio real”¹², está se referindo ao estado de sítio dos espaços de guerra. Esse conceito está na origem da oposição em relação ao “estado de exceção fictício” (AGAMBEN, 2011, p. 13).

Outro esclarecimento preliminar que se faz necessário é quanto à utilização do estado de calamidade nacional. O adjetivo “nacional” é acrescido para enfatizar a decretação do estado de calamidade em todo o território brasileiro, alcançando *status* constitucional com a Emenda nº 106/2020, e vieses mais próximos aos outros dois “estados” em questão. Até então, a calamidade na Constituição servia para atribuir à União o dever de planejar e promover ações contra calamidades públicas¹³, justificar o estado de exceção e autorizar a instituição de empréstimos compulsórios¹⁴ e a abertura de créditos extraordinários¹⁵.

Para Pinheiro (1954, p. 40), as calamidades geram um desequilíbrio social imprevisto, o que requer a atuação do Estado na previsão e na provisão das necessidades públicas, não podendo se esquivar do dever de tomar as medidas necessárias.

Pinheiro (1954, p. 43) – ao comentar a obrigação de ajuda da União aos Estados nos casos de calamidade, durante o período de vigência da Constituição de 1946 – ressalta que era uma obrigação da União fazê-lo, somente podendo se desobrigar se houvesse recusa por parte do Estado, desde que este tivesse recursos e agisse de forma eficiente em relação àquela situação: “Por êsse (*sic*) motivo não se deve nunca admitir que uma calamidade podendo ser cercada e debelada no nascedouro se alastre devido à inércia ou ao capricho de dirigentes locais”. (PINHEIRO, 1954, p. 44).

A EC nº 106, de 7 de março de 2020, tem uma previsão de um regime extraordinário administrativo, pois cuida de medidas excepcionais – quase um estado de exceção em direito administrativo –, tanto financeiras quanto fiscais e de contratação em decorrência da pandemia. Pode-se refletir acerca da excepcionalidade da excepcionalidade. Outro aspecto interessante e igualmente fora dos padrões comuns e correntes é o fato de esta emenda não ter alterado

¹² Para Agamben (2011, p. 15), a expressão “estado de exceção” é comum na doutrina alemã, mas não nas doutrinas francesa e italiana, as quais fizeram a opção por “estado de sítio” (político ou ficto) e “decretos de urgência”, enquanto a doutrina anglo-saxônica prefere “*martial law*” e “*emergency power*”.

¹³ Art. 21. Compete à União: [...]

XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; [...] (BRASIL, 1988).

¹⁴ Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; [...] (BRASIL, 1988).

¹⁵ Art. 167. São vedados: [...]

§ 3º. A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevísíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. [...] (BRASIL, 1988).

nenhum dispositivo constitucional; ela é um microssistema constitucional da crise, juntando-se ao sistema constitucional de crises como um apêndice temporário da Constituição. Veja-se que, conforme exposto, a Constituição já tem medidas de enfrentamento de crises; o que se criou foi um sistema à parte. O objetivo é exatamente o de permitir que o Poder Público possa agir de forma efetiva no enfrentamento da calamidade, e que isso ocorra no tempo adequado.

Não obstante já haver medidas para o enfrentamento, outras específicas foram criadas pela emenda constitucional em estudo para o combate da pandemia, e foi acrescido o estado de calamidade nacional à constituição. A justificação para isso é a calamidade pública. Isso cresce em importância tendo em vista que “[...] há algo de ideológico em todo discurso oficial e, portanto, o que é dito pode servir para silenciar a verdade.” (CASARA, 2017, s.p.).

Resulta a necessidade de que se esclareça – em especial para o direito administrativo – o que diferencia a calamidade pública (que pode tanto justificar as medidas já previstas na Constituição e nas leis infraconstitucionais) e a calamidade pública da emenda, bem como os reflexos no afastamento da legislação de normalidade. Afinal, a calamidade pode tanto justificar um estado de defesa quanto um estado de exceção, bem como empréstimos a estados e municípios.

Veja-se que a utilização da emenda e de suas exceções é permitida desde que não se possam usar as medidas regulares; assim, a emenda priorizou a manutenção da regularidade, sendo coerente com a excepcionalidade a ela inerente, conforme se depreende do seu art. 1º¹⁶.

Cabe o esclarecimento da possibilidade de a decisão estabelecer premissas para outras decisões, direcionando o sistema organizacional (LUHMANN; 1997, p. 70). O que, no caso, representaria a que a decisão de adoção de medidas excepcionais poderia servir como influência a outras decisões que também adotariam medidas excepcionais.

Percebe-se na emenda que as ações decorrentes da calamidade, tanto em estado de exceção quanto de calamidade pública nacional, são passíveis de controle. A EC nº 106/2020 não especifica quais órgãos, apenas menciona “sem prejuízo da tutela dos órgãos de controle”; assim, toda a estrutura de controle interno quanto externo, administrativa ou judicial, durante ou depois está apta a apreciar as medidas excepcionais decorrentes da pandemia. Ou seja: a calamidade possibilita medidas extraordinárias, mas não ilimitadas; é uma exceção controlável.

¹⁶ Art. 1º. Durante a vigência de estado de calamidade pública nacional reconhecido pelo Congresso Nacional em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, a União adotará regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, nos termos definidos nesta Emenda Constitucional. (BRASIL, 2020).

Ademais, no parágrafo único do art. 4º da EC nº 106/2020, está prevista a divulgação mensal dos valores das operações de crédito que ocorrerem no período.

Ademais, no que diz respeito a aspectos trazidos pela emenda em relação aos atos da Administração Pública, o art. 10¹⁷ expressamente convalida os atos de gestão que forem praticados a partir de 20 de março de 2020 e estiverem em conformidade com a emenda.

Dentro das medidas amparadas pela decretação do estado de calamidade pública, foram introduzidas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (a Lei de Responsabilidade Fiscal), algumas flexibilizações – tanto para a União quanto para os Estados e Municípios – em relação à verificação de limites para operações de crédito, contratação e transferências voluntárias, bem como foi afastada a impossibilidade de os entes da Federação realizarem diretamente operações de crédito, de antecipação de recebimentos, de contratação de obrigação sem que haja a respectiva autorização orçamentária e de não poderem contrair, nos últimos oito meses do mandato, obrigações que deverão ser pagas pelo próximo gestor. Essas flexibilizações estão permitidas desde que e necessariamente em função da destinação ao combate à pandemia.

Mesmo que se tenha pretendido analisar as exceções na concepção clássica – conforme definido no início – faz-se necessário algumas considerações, posto que ambos os enfoques acabam por se correlacionar, referentes à utilização tendenciosa das exceções, inclusive nos aspectos econômicos, em especial na América Latina, os poderes de emergência são utilizados para limitar os direitos da população com o objetivo de garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista (MARIANO, 2017, p. 278). Bercovici (2008, p. 95) esclarece que “o núcleo do sistema político democrático está na normalidade e na sua continuidade”, porém, se está em tempos que não são normais, ao contrário, há um estado de exceção econômica permanente.

Casara (2017, s.p.) considera que se está em uma crise paradigmática do próprio Estado Democrático de Direito, sendo que a crise, a qual justificaria excepcionalmente ou ocasionalmente o uso de “um instrumental autoritário em plena democracia” serve apenas de um novo modo de governar, independentemente da existência da referida crise justificadora, havendo um “Estado de Exceção permanente”.

Outra consideração acerca dos momentos de crise é a sua relação com a doutrina do choque trazida por Klein (2008, p. 26-27). Nessa o desastre original gera nas pessoas do local um “estado de choque coletivo”, levando a sociedade a ficar mais vulnerável e menos aguerrida e mais afugentada. Com isso, há mudanças no modo de agir, fazendo com que fique muito mais

¹⁷ Art. 10. Ficam convalidados os atos de gestão praticados a partir de 20 de março de 2020, desde que compatíveis com o teor desta Emenda Constitucional. (BRASIL, 2020).

fácil que desistam e aceitem o que até então não aceitariam. Ou seja, as situações de crise se apresentam como solo fértil para o aniquilamento das ideias sociais indesejadas.

Quanto à utilização do termo calamidade e dos demais aos quais se atem o presente estudo, como exceção e emergência, há, ainda, que registrar que são termos vagos, o que também merece consideração e cuidado. Warat (1981, p. 81-82) leciona que a necessidade de um estudo semiótico que, além de explicitar “as condicionantes sociais que os discursos do direito sofrem”, estabeleça, junto a isso, “as dimensões de poder que as diferentes linguagens do direito produzem na sociedade”. Ou seja, deve-se considerar a dimensão ideológica e política das palavras. Reck (2018, p. 145) analisa criticamente a “fábula fundante” estabelecida pelo positivismo, a qual busca trazer a ideia de que os conceitos são precisos – o que é refutado por gerar a perda da capacidade de enlace desse conceito.

Pois bem, veja-se que a questão é complexa e requer que se verifique a existência “verdadeira” da crise ou não e o uso do estado de exceção, que deveria ser a excepcionalidade das excepcionalidades, como algo permanente e velado.

Ao problema das exceções Valim (2017, p. 56) propõe a solução de levar o Direito à sério, no sentido de “libertá-lo” das exceções e “devolvê-lo” ao povo, que é o titular da soberania.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como pôde ser constatado, a calamidade pública dá ensejo a situações jurídicas com reflexos fáticos para a normalidade administrativa e reflexos sociais bastante consideráveis, o que demonstra o cuidado que a sua utilização requer. Porém, as definições e gradações que podem ensejar a decretação de estado de exceção ou de calamidade pública não estão objetivamente definidas. Em função disso, o fator de decisão política subjetiva se torna muito forte na utilização tanto de um quanto do outro, bem como subterfúgio para reduzir direitos.

Uma certa dosagem, porém, não se afasta da apreciação pessoal do decisor; é que a calamidade pública que ensejaria o estado de defesa teria que abalar a paz social e a ordem pública e, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição, abalar o Estado e a democracia. Enquanto que, para o estado de sítio, as medidas já tomadas no estado de defesa não teriam sido eficazes. Por seu turno, no estado de calamidade pública a situação seria igualmente grave, mas não estaria atingindo a ordem pública e a paz social; dela resultariam medidas muito mais voltadas a resolver a situação calamitosa do que propriamente a ameaçar as instituições e as bases da organização do Estado. Isso fica claro ao examinar-se a EC nº

106/2020, que excepciona determinações legais a fim de que a situação fática gerada pela calamidade possa ser rapidamente tratada, sem no entanto chegar a autorizar medidas drásticas relacionadas à liberdade de reunião ou ao sigilo de correspondência, por exemplo.

Em especial no direito administrativo, ela permite – como demonstrado no caso da EC nº 106/2020 – o afastamento inclusive de disposições muito caras e basilares, como o princípio da legalidade. No entanto, esse afastamento não pode ser total; deve-se continuar a observar a legalidade em sentido amplo. E, além da questão formal, há os valores e princípios constitutivos do Estado Democrático de Direito brasileiro, que não devem e não podem ser afastados sob a justificativa de situações de calamidade.

Tendo em vista que as situações de maior gravidade requerem – principalmente da Administração Pública – uma resposta rápida e à altura da crise, o cuidado que se deve ter é que esses estados de excepcionalidade sejam somente usados para dar uma efetiva resposta, como preconiza a Constituição, tanto no texto normal quanto na emenda constitucional excepcional (nº 106/2020), sempre preservando a defesa do Estado Democrático de Direito e os valores e princípios constitucionais. Então, o problema não reside na utilização propriamente dita dos estados de exceção, de sítio e de calamidade pública em defesa do Estado e das instituições democráticas para fazer frente às necessidades decorrentes da situação de excepcionalidade; ele reside no fato de se tentar adotá-lo para a consecução de fins diversos – quaisquer que sejam eles – ou para transformar uma situação temporária em permanente, o que geraria a mudança do significado do estado de exceção.

Nessa senda, a calamidade pública, para ser apta a justificar tanto um estado de exceção quanto o estado previsto na EC nº 106/2020, deve ser examinada em relação à intensidade que atinge, bem como qual a sua potencialidade de abalar a ordem pública e a paz social. Tanto as exceções mais severas quanto as mais amenas devem possuir o único objetivo de enfrentamento da situação de calamidade, e com o indeclinável respeito aos valores e princípios constitucionais. Qualquer tentativa de utilização diferente é inconstitucional. Ademais, não se deve prestar a inverter a característica essencial de excepcionalidade extrema por regra geral de “exceção contínua”.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. O estado de exceção econômico e a periferia do capitalismo. **Pensar**, Fortaleza, v. 11, p. 95-99, 2008. Disponível em: <http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/1642.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010**. Regulamenta a Medida Provisória nº 494 de 2 de julho de 2010, para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil - SINDEC, sobre o reconhecimento de situação de emergência e estado de calamidade pública, sobre as transferências de recursos para ações de socorro, assistência às vítimas, restabelecimento de serviços essenciais e reconstrução nas áreas atingidas por desastre, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda constitucional nº 106, de 7 de maio de 2020**. Institui regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc106.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

BRASIL. **Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>. Acesso em: 13 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Princípio da legalidade. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/86/edicao-1/principio-da-legalidade>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

EISENMANN, Charles. O Direito administrativo e o princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 56, p. 47-70, abr. 1959. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/19443/18166>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca; BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. Constituições econômicas no século XX e a Constituição econômica brasileira contemporânea: o estado de exceção permanente no Brasil. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 362-423, jul./dez. 2011. Disponível em:

<<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/70/69>>. Acesso em: 24 set. 2020.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O estado de exceção na experiência constitucional brasileira. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 286-302, set.-dez. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2016.83.03/5716>>. Acesso em: 4 jul. 2020.

GRAU, Eros Roberto. Algumas notas para a reconstrução do princípio da legalidade. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 78, p. 161-166, 1983. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66986>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

KLEIN, Naomi. **A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. O Brasil para junto com as rodas dos caminhões: perspectivas da contrademocracia e seus limites políticos e institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 76. P. 393-410, jan./jun. 2020. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/142>>. Acesso em: 27 set. 2020.

LUHMANN, Niklas. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento**. Barcelona: Anthropos, 1997.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

PINHEIRO, Hésio Fernandes. Calamidade pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 36, p. 38-46, abr. 1954. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/13699>>. Acesso em: 1 Jul. 2020.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica do silogismo jurídico e sua incapacidade em resolver o problema da definição do serviço público. In: BITENCOURT, C. M.; RECK, J. R. (Org.). **Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**, 2018, p. 135-149.

REINACH, Théodore. **L'état de siège: étude historique et juridique**. Paris: Cotillon, 1885. Disponível em: <<https://ia800200.us.archive.org/26/items/deltatdesigeetu00reingoo/deltatdesigeetu00reingoo.pdf>>. Acesso em: 1 jul. 2020.

RIBEIRO, Marcus Vinicius de Barros Magalhães. Dois contos de crise: os institutos de exceção nos EUA e na França. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 5, n. 2, p. 119-150, 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/143724/142154>>. Acesso em: 3 jul. 2020.

SAINT-BONNET, François. L'état d'exception et la qualification juridique, **Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux – CRDF**. Caen, n. 6, 2007, p. 29-38. Disponível em: <<https://www.unicaen.fr/puc/html/ecriture/revues/crdf/crdf6/crdf0603saintbonnet.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. **O estado de emergência**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

WARAT, Luis Alberto. À procura de uma semiologia do poder. **Revista Sequência**, ano II, 1981, p. 79-83.

Submissão: 21/10/2020 Aprovação: 22/09/2022

REFLEXÃO CRÍTICA E NORMATIVIDADE JURÍDICA: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CONSIDERAÇÕES DE JOHN DEWEY SOBRE A DEMOCRACIA

CRITICAL REFLECTION AND LEGAL NORMATIVITY: AN ANALYSIS BASED ON JOHN DEWEY'S REMARKS ON DEMOCRACY

*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida*¹
Faculdade Damas da Instrução Cristã

*George Browne Rêgo*²
Faculdade Damas da Instrução Cristã

Resumo:

O presente artigo busca pensar uma forma de normatividade jurídica a partir das noções de experiência e reflexão crítica tal como John Dewey as compreende em sua teorização sobre a democracia. Sem pretensões de investigar consequências mais profundas no horizonte da teoria do direito, a pesquisa desenvolve uma noção de normatividade jurídica que se encontra ajustada aos valores que caracterizam a forma de vida democrática tal como Dewey a concebe, destacando as noções de experimentação e criatividade. Por meio da leitura de Gregory Fernando Pappas, a pesquisa pretendeu explorar as possibilidades teóricas de uma normatividade jurídica enraizada na forma de vida democrática, enfatizando a criação de direitos. Essa criação de direitos, por sua vez, é pensada por meio de uma racionalidade crítica autorreflexiva diante das transformações sociais e divergências políticas. A conclusão a que essa pesquisa chega é a de que, muito embora Dewey opere uma dissociação entre o seu conceito de democracia e o aparato institucional da sociedade, uma normatividade jurídica como a que estamos investigando pode se constituir como uma ponte entre os dois, onde o ethos democrático transforma as instituições ao mesmo tempo em que é também influenciado por elas.

Palavras-chave:

Dewey. Pragmatismo. Normatividade Jurídica. Criação de Direitos.

Abstract:

This present article aims to present a conception of legal normativity based on the notions of experience and critical reflection as John Dewey conceives them in his theorization of democracy. Setting aside deeper concerns related to legal theory, this research introduces a kind of juridical normativity that is not only well adjusted to the values that characterizes the democratic life form envisioned by Dewey, such as experimentalism and creativity. The research aims to explore the theoretical possibilities of a juridical normativity rooted in a form of democratic life as conceived by Dewey, with emphasis on the creation of rights, through the work of Gregory Fernando Pappas. The creation of rights is thought within the exercise of a critical self-reflexive rationality in face social transformations and political dissent. The research concludes that, even though Dewey dissociated the concept of democracy from the institutional underpinnings of society, the juridical normativity mentioned in this research could bring them closer inasmuch the democratic ethos transforms the institutions at the same time that is also modified by them.

Keywords:

Dewey. Pragmatism. Juridical Normativity. Creation of Rights.

¹ Doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2012), Bacharel em Direito - Faculdades Integradas Barros Melo (2010) e Bacharel em Filosofia pela Universidade Federal de Pernambuco (2009). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã/FADIC.

² Bacharel em Filosofia pela Universidade Católica de Pernambuco (1966) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1963). É Phd em Filosofia (Abordagem Interdisciplinar) pela Tulane University, USA, (1976). Pós-Doutor na Universidade de Londres e Visiting Professor nas Universidades de Oxford e Frankfurt. Atualmente é professor Doutor da Faculdade Damas da Instrução Cristã e Professor Titular Aposentado e Professor Emérito da Universidade Federal de Pernambuco.

1 INTRODUÇÃO

Desde o seu desenvolvimento inicial, a partir dos trabalhos clássicos de Charles Sanders Peirce, William James e John Dewey, o pragmatismo se estabeleceu como uma filosofia animada pelo espírito da investigação e pela reflexão crítica, avessa às diversas formas de dogmatismo, sendo aberta ao diálogo com as ciências de sua época. A incursão pela lógica da pesquisa científica e uma reconsideração da metafísica à luz de um conceito reformulado e distinto de experiência marcaram as filosofias de Peirce e James. Peirce, aliás, fora o responsável por estabelecer os principais referenciais epistemológicos que vão caracterizar o pragmatismo, a exemplo do raciocínio abduutivo e o conceito pragmático de verdade.

A partir de John Dewey, o pragmatismo passa a contemplar com mais cuidado as questões e os desafios do espaço da política sem com isso abdicar da preocupação epistemológica que acompanhara a filosofia de Peirce ou de sua reflexão acerca da experiência, ambos já assentados na obra de James. No desenrolar da filosofia de Dewey, o conceito de democracia desempenha um papel transversal às diversas temáticas desenvolvidas pelo autor. Os temas da moralidade, da ética e da política foram abordadas desde à sua reflexão em torno da experiência e mesmo de uma reconsideração da lógica, inclusive repensando-a à luz de temas jurídicos e em diálogo com as descobertas científicas do seu tempo. Décadas após os trabalhos de Dewey, o pragmatismo se espalha, assume outras características e facetas, mescla-se com tradições filosóficas as quais permaneceu distante, ao menos em sua origem e, dessa maneira, também tem as suas pretensões ampliadas.

A proposta desse artigo reside em esboçar uma relação entre reflexão crítica e a normatividade jurídica, tendo como fio condutor o conceito de experiência tal como se fizera presente em alguns momentos da trajetória do pragmatismo. Sendo assim, após uma breve digressão sobre a relação entre democracia e experiência a partir de Dewey, o artigo recorre às considerações de Gregory Fernando Pappas, Roberto Frega e Richard Bernstein para tentar investigar como uma normatividade jurídica pode ser examinada à luz de certas preocupações políticas que animam o imaginário democrático inicialmente estabelecido na filosofia de Dewey e depois retomado, ainda que de maneiras distintas, por Richard Bernstein e Richard Rorty.

Entendemos que conceber uma normatividade jurídica na direção que estamos propondo é relevante para ao menos três áreas de pesquisa: teoria do direito, teoria da democracia e o aspecto jurídico da filosofia de Dewey. No tocante à primeira delas, a teoria do direito, pensar

uma normatividade jurídica a partir do pragmatismo pode contribuir para um esclarecimento acerca da criação de direitos em meio a uma concepção reflexiva de democracia que já não se circunscreve mais às dinâmicas institucionais, as quais frequentemente a teoria do direito se encontra restrita. No tocante à segunda área, a teoria da democracia, acreditamos que Dewey desenvolve uma concepção muito específica sobre democracia, podendo beneficiar a maneira com que se analisa os direitos fundamentais, a deliberação política e as demandas dos movimentos sociais à luz de uma teoria da democracia.

Por fim, no tocante a um estudo mais específico sobre o lugar do jurídico na filosofia de Dewey, a relevância de nossa pesquisa estaria em propor, mesmo que só preliminarmente, uma incursão pelo jurídico que não se encontra integralmente amparada pelo conhecido artigo do autor, *My Philosophy of Law*. Uma vez que adotamos como ponto de partida a reflexão do filósofo sobre a democracia, será através dessa perspectiva que conceberemos o normativo no direito. No desenvolvimento dessa leitura, adotamos vários elementos do estudo que Pappas apresentou em seu estudo sobre a democracia em Dewey, a exemplo da reflexão crítica.

A pesquisa foi desenvolvida a partir da seguinte estrutura: nas seções iniciais será esclarecida, em linhas muito gerais, o que seria o imaginário democrático e qual a sua relação com a experiência tal como Dewey a concebe. Apresentado esse esclarecimento analítico preliminar, a pesquisa se volta para a relação entre reflexão crítica e normatividade, também tendo como ponto de partida a posição de Dewey, mas atentando para as considerações de Pappas, Frega e Bernstein sobre essa temática. Por fim, na terceira e última parte, a pesquisa pretende explorar de que maneira a normatividade crítica teria o seu lugar dentro de uma defesa da democracia, já compreendida em termos de experiência, pautada pela reflexão crítica.

Em termos metodológicos, o trabalho foi conduzido por meio de uma revisão de literatura que tem como fio condutor a relação entre democracia e experiência no desenvolvimento da filosofia de Dewey. Foram selecionadas obras de Dewey através das quais a discussão sobre a democracia se mostrasse mais acentuada e, desta maneira, pensá-la a partir de sua noção de experiência, mais presente e discutida nos seus escritos epistemológicos.

Uma vez organizado esse quadro teórico, a discussão jurídica foi construída tendo como fio condutor o esclarecimento de uma noção de normatividade que estivesse associada a uma compreensão de experiência democrática, mas trazendo para o contexto jurídico. A partir dessa relação, a pesquisa tratou de esclarecer o que seria a reflexão crítica e qual o lugar de uma possível normatividade jurídica neste ponto, o que traduz a sua natureza interdisciplinar.

2 DA DEMOCRACIA COMO INSTITUIÇÃO À DEMOCRACIA COMO EXPERIÊNCIA

Uma das primeiras preocupações analíticas de John Dewey em sua abordagem da democracia foi a de diferenciá-la de uma concepção usual na qual ela é definida como forma de governo (DEWEY, 1946, p. 82 e ss). Pensar a democracia nesta direção geralmente implica em trazer à tona uma preocupação normativa mediante a qual possam ser demarcados os critérios e parâmetros que possibilitem distinguir a democracia das formas com as quais ela seja incompatível ou aspectos tidos como disfuncionais, a exemplo das restrições à participação de uma parcela da população (DEWEY, 2008a, p. 401 e ss). Se Dewey assim procede é porque compreende que, por melhores que sejam os desenhos institucionais, sem o *ethos* democrático, eles se tornam vazios (DEWEY, 2008a, p. 401 e ss; BERNSTEIN, 2010, pp. 70-71)³. O primeiro e mais decisivo traço dessa abordagem reside, portanto, em compreender a democracia em termos de experiência.

O conceito de experiência, tal como desenvolvido pela tríade de autores que constituem o primeiro momento do pragmatismo, é suficientemente complexo e multifacetado para fazer com que uma análise pormenorizada extrapole os limites deste trabalho⁴. A estratégia analítica adotada, então, é a de examinar o sentido da experiência no contexto da reflexão proposta por Dewey em torno da democracia. Um dos seus principais ensaios sobre a democracia, *Creative Democracy*, foi escrito em meados de 1939, um contexto histórico marcado pela emergência de regimes autoritários (o nazismo e o fascismo), ou seja, também um contexto que pode ser definido pela retração dos valores e ideais democráticos. A caracterização da democracia em termos de modo de vida e uma eventual relação com elementos institucionais, como a legislação, é estabelecida por Dewey nos seguintes termos:

A democracia como modo de vida é controlada por uma fé operacional nas possibilidades da natureza humana. A crença no homem comum é um ponto familiar no credo democrático. Aquela crença é sem base ou relevância exceto enquanto meio para uma fé no potencial da natureza humana tal como a natureza é exibida em cada ser humano independentemente de raça, cor, sexo, nascimento e família, de riquezas materiais ou culturais. Essa crença pode ser estabelecida na legislação, mas será apenas algo escrito em papel a menos que seja imposta nas atitudes que os seres humanos demonstram uns aos outros em todos os momentos e relações da vida

³ Uma preocupação muito similar concernente à deliberação prática, democracia e agência social também fora esboçada por Habermas, assinalando bem a influência explícita do pragmatismo na elaboração de sua teoria do discurso (BAYNES, 2001, p. 54 e ss).

⁴ Para um maior aprofundamento desse conceito no horizonte da filosofia do conhecimento de Dewey, Cf. (DEWEY, 2000; HOHR, 2013).

cotidiana (DEWEY, 2008b, p. 226. Tradução própria)⁵.

O conceito de forma de vida aqui é utilizado como uma contraposição aos elementos constitutivos do arcabouço institucional do governo: a forma de vida está presente nas vivências cotidianas, acompanhando as relações sociais, as sensibilidades individuais e as demandas políticas que, de modo, constituem o imaginário político dos diferentes grupos (DEWEY, 2008b, p. 225 e ss; FESMIRE, 2003, p. 55 e ss). A ênfase na figura do “homem comum” (*common man*), para além de sublinhar o caráter igualitário dessa ideia, também reafirma uma certa especificidade da sociedade dos Estados Unidos diante daquelas do velho continente: não importa a origem ou classe em que se nasceu, e sim a maneira como o potencial que se traz consigo - o que se saber fazer (*know how*), habilidades – será efetivado no espaço da existência coletiva (DEWEY, 2008b, p. 226 e ss). O desenvolvimento das potencialidades intrínsecas de cada ser humano é, neste sentido, parte fundamental na caracterização da democracia como experiência.

Em síntese, ao mesmo tempo em que, na defesa da igualdade subjacente a cada cidadão, Dewey rompe com os tradicionais critérios de segmentação inscritos nas sociedades do velho mundo, o sentido da liberdade deixa de ser aquele mais normalmente associado aos direitos fundamentais de primeira geração ou de um exercício desimpedido da vontade individual (HERMANN, 2011, p. 110). A liberdade possui um sentido mais associado à autonomia e ao cultivo das potencialidades que cada indivíduo traz consigo em meio à singularidade das suas vivências (HERMANN, 2011, p. 111 e ss). As restrições ao exercício do poder estatal, que remetem aos direitos negativos, são pensadas a partir de um confronto com as disposições políticas autoritárias ao invés de um conjunto de direitos.

Nos pressupostos de sua filosofia, o autor praticamente reitera uma persistente caracterização da sociedade dos Estados Unidos: uma sociedade de iguais, sem hierarquias pré-definidas, na qual as diferenças individuais são respeitadas e as capacidades específicas de cada um, cultivadas. Se essa representação, por sua vez, pode ser considerada fidedigna ou não, esse não seria o ponto principal: o decisivo é propor uma conexão, por mais tênue que seja, entre a reflexão pragmática inscrita no âmbito da filosofia e intervenções práticas que são animadas por uma sensibilidade política que é também moldada e decorrente de sua filosofia pragmática.

⁵ No original: “Democracy is a way of life controlled by a working faith in the possibilities of human nature. Belief in the Common Man is a familiar article in the democratic creed. That belief is without basis and significance save as it means faith in the potentialities of human nature as that nature is exhibited in every human being irrespective of race, color, sex, birth and family, of material or cultural wealth. This faith may be enacted in statutes, but it is only on paper unless it is put in force in the attitudes which human beings display to one another in all the incidents and relations of daily life”.

Enquanto modo de vida, interessa a Dewey que os referenciais valorativos de igualdade e liberdade se consolidem a partir de baixo, das relações cotidianas mais imediatas entre os cidadãos, para que, a partir daí, venha a adquirir certa materialidade nos espaços políticos (DEWEY, 2008b, pp. 226–227). Experiência, portanto, remete diretamente ao já mencionado *ethos* democrático no qual a articulação da liberdade com a igualdade remete a um modo de vida caracterizado pela tolerância, pelo pluralismo⁶ e por uma sensibilidade investigativa que pode ser também compreendida – e será esse um dos pontos de proposição desse trabalho – como reflexão crítica (DEWEY, 2008c, p. 368 e ss).

Se, por um lado, Dewey não desenvolveu uma ética normativa, caracterizada por máximas e preceitos, por outro lado a preocupação com o normativo acompanha a sua reflexão política. O cerne dessa normatividade reside nos diferentes compromissos responsáveis por atribuir significação ao modo de vida democrático. Ao abordar a maneira como Dewey compreende a vida moral adequada, Gregory Fernando Pappas a caracteriza a partir de três dimensões que são interdependentes: o inteligente, o estético e o democrático. Todas essas noções, observaremos adiante, remetem diretamente aos contextos e circunstanciais imediatos nos quais os indivíduos já se encontram inseridos a partir do seu cotidiano. Quanto à primeira dimensão, a de inteligência, Pappas escreve o seguinte:

Dizer que a vida moral possui uma dimensão de inteligência significa dizer que aquele que vive uma vida moral educa a si mesmo (i.e., aprende) e transforma situações moralmente problemáticas a partir dos seus próprios recursos. O que Dewey chamara de “inteligência experimental” contempla os hábitos de investigação por meio dos quais as hipóteses são testadas e através dos quais conexões operacionais são encontradas entre hábitos antigos, costumes, instituições, crenças e novas condições (PAPPAS, 2008, p. 165. Tradução própria)⁷.

A inteligência implica em uma instrumentalização prática dos recursos simbólicos disponíveis a partir das circunstâncias problemáticas com as quais os indivíduos tendem a se defrontar em suas vivências coletivas. As conexões estabelecidas entre esses recursos simbólicos permitem, por sua vez, a elaboração de novos cursos ação e abordagens no tratamento daquelas circunstâncias: instaura-se uma dinâmica criativa e circular na qual as vivências individuais são continuamente redefinidas e reformuladas em meio às vivências

⁶ O conceito de pluralismo é empregado aqui para acentuar uma forma de vida aberta, tolerante e autocrítica, Cf. O’ SHEA, 2000.

⁷ No original: “To say that a moral life has a dimension of intelligence is to say that one who lives the moral life can educate herself (i.e., learn) and transform morally problematic situations through her own moral resources. What Dewey called “experimental intelligence” involves those habits of inquiry by means of which hypotheses are tested and by means of which working connections are found between old habits, customs, institutions, beliefs, and new conditions”.

subsequentes (DEWEY, 2008d; DEWEY, 2008e). Inteligência, nesse sentido, contempla a resolução de problemas, mas é preciso enfatizar o caráter contextual dessa resolução, a articulação dos recursos simbólicos presentes em cada situação e, por fim, uma transformação desses mesmos recursos a partir de novas experiências (DEWEY, 2008f, p. 107 e ss).

Essa concepção de inteligência é de grande importância para que Dewey desenvolva uma forma de racionalidade prática a partir de uma lógica de investigação na qual a autorreflexão e a autocorreção da agência humana não somente promovam a uma expansão do conhecimento, como também o seu aprimoramento. Roberto Frega apreende essa dinâmica em dois aspectos:

O primeiro é através de um avanço radical nas ciências humanas e sociais com o propósito de desenvolver o conhecimento empírico dos principais aspectos que caracterizam a vida individual e coletiva. O segundo é através de uma série ampla de atitudes inquisitivas nas questões humanas, levando à prática e à agência a serem autocorretivas, tornando os agentes mais capazes de aprender e aprimorar. Consideradas juntamente, essas duas abordagens definem o pano de fundo da concepção que Dewey tem de racionalidade prática e quais as metas e os limites que a caracterizam (FREGA, 2010, p. 592. Tradução própria)⁸.

A atitude inquisitiva mobiliza os saberes estabelecidos em novos contextos, expandindo-os e confrontando-os em meio a uma análise contínua da vida individual e coletiva. Pensar o aprendizado nessa maneira implica conceber formas de autoajuste entre o que os indivíduos conhecem e a emergência de circunstâncias problemáticas em que o saber adquirido, por si só, já não é suficiente para a proposição de soluções ou cursos de ação considerados adequados – e é nesse processo de autoajuste que são estabelecidas as práticas articulatórias. Remetendo ao que Gregory Pappas apontou em seu estudo, a inteligência associada à vida moral implica em utilizar os diferentes recursos, juízos e valores inscritos nas tradições e costumes, ou seja, as experiências passadas, para desta maneira se moldar as experiências futuras (PAPPAS, 2008, p. 166; DEWEY, 2008g, p. 277 e ss). Essa relação entre passado e futuro, na qual novas relações e usos são estabelecidos entre os recursos simbólicos, é o que nós compreendemos por relação circular criativa.

A dimensão estética se refere ao processo de reconstrução moral que envolve o engajamento com os recursos estabelecidos. Neste ponto, mais uma vez, a criatividade é fundamental, mas aqui se encontra associada à pretensão de unificar e integrar os recursos

⁸ No original: “The first is through a radical advancement in the human and social sciences in order to develop the empirical knowledge of the main factors that characterize individual and collective life. The second is through the extensive diffusion of the inquiring attitude in human affairs, as it would render practice and agency self-corrective, making agents more able at learning and improving. Taken together, these two approaches define the framework of Dewey’s conception of practical rationality and the aims and limits that characterize it”.

simbólicos com a situação particular em que eles são mobilizados (WHALEN-BRIDGE, 2008, p. 143 e ss). A dimensão estética, portanto, integra o subjetivo e o objetivo, o individual e o coletivo: “Dewey contrasta o estético com o mecânico, o fragmentário, o não-integrando e todas as outras formas não-significativas de engajamento. Lidar com uma situação inteligentemente implica lidar com ela esteticamente” (PAPPAS, 2008, p. 166. Tradução própria)⁹.

O estético remete a uma compreensão da criatividade que não é consequência exclusiva do arbítrio individual, ainda que ele se faça presente, mas também da articulação circunstancial das regras e dos objetivos inscritos nos contextos práticos em que eles se encontram integrados (FESMIRE, 2003, p. 108 e ss)¹⁰. A criatividade, vale salientar, encontra-se ancorada em uma compreensão de agência social pautada pela transubjetividade (DEWEY, 2008h, p. 219 e ss).

A terceira e última dimensão da vida moral adequada, seguindo a interpretação de Pappas, é a do democrático. É nela que a dimensão que uma sensibilidade subjacente ao coletivo e as formas de interação social que lhes acompanham são tematizadas com mais atenção pelo autor. É aqui que o vínculo entre comunidade e comunicação é trazido para o primeiro plano. Pappas caracteriza essa última dimensão nos seguintes termos:

O aspecto democrático da vida moral significa que a vivência da vida moral envolve uma certa maneira de interagir com os outros, um tipo de comunicação e comunidade. Dewey compreende a democracia como forma de associação moral na qual uma certa forma de vida é estabelecida em relação e em interação com os seus cidadãos (PAPPAS, 2008, p. 166. Tradução própria)¹¹.

A confluência dessas três dimensões na vida moral adequada inclina os indivíduos a lidarem com a crescente complexidade dos problemas coletivos de uma maneira mais flexível, aberta ao invés de fechada e dogmática. O sentido dessa contraposição não implica em reiterar um dualismo mais rígido, especialmente quando Dewey almejou se desvencilhar dele, antes em determinar o primado da experiência e, indiretamente, da própria vida, frente às narrativas e outras formas de representação da realidade (TAN, 2008, p. p. 35 e ss). Isso não significa que a consideração desses elementos acabe por perder importância, antes que eles não devem se sobrepor às complexidades e às nuances apresentadas pelos problemas que emergem em cada contexto.

⁹ No original: “Dewey contrasts the aesthetic with the mechanical, the fragmentary, the non-integrated, and all other non-meaningful forms of engagement. To engage a situation intelligently is to engage it aesthetically”.

¹⁰ É importante explorar, neste assunto, as contribuições de Richard J. Bernstein, amparadas em um diálogo entre pragmatismo, hermenêutica e teoria da práxis, na superação da tensão entre objetivismo e relativismo, Cf. BERNSTEIN, 1983.

¹¹ No original: “The democratic aspect of moral life means that living the moral life involves a certain way of interacting with others, a certain kind of communication and community. Dewey understands democracy as a form of moral association in which a certain way of life is instituted in the relations and interactions of its citizens.

Uma abordagem não-dogmática seria, preliminarmente, contextual: isso significa que as respostas surgem *a posteriori*, após uma análise detida da natureza dos problemas que brotam de cada uma das circunstâncias particulares. Considerando dois problemas semelhantes, mas surgidos em contextos distintos, a resposta eventualmente poderá ser diferente, senão oposta, em função das características diversas dos contextos (DEWEY, 2008i, p. 116 e ss). Por outro lado, entendemos que uma resposta dogmática exige que a experiência, em sua complexidade e dinâmica, seja apreendida através das categorias e dos pressupostos que delimitam certa perspectiva: aqui as soluções, formas de análise e diagnóstico, já se encontram pré-definidas (FESMIRE, 2003, p. 42 e ss).

Por essa razão também as três dimensões enunciadas por Pappas não devem ser vistas como compartimentalizadas e independentes. A distinção entre os objetivos e os interesses do campo artístico, religioso, político e científico termina por obstruir uma vivência mais rica, abrangente e multifacetada: a tendência a uma maior especialização dos saberes, ainda que fruto de amplas transformações sociais, concorre também para o empobrecimento da experiência (PAPPAS, 2008, p. 167).

Em paralelo a essa temática, Dewey também se mostrou apreensivo frente às dificuldades referentes à falta de cooperação entre os indivíduos para que juntos possam confrontar problemas coletivos e morais presentes nas sociedades caracterizadas por um grau de complexidade. Essa ausência de cooperação, em parte, é fruto das diferentes transformações tecnológicas ao longo do século vinte e da subsequente fragmentação do espaço público (HABERMAS, 1991). A deliberação, porém, persiste como um aspecto fundamental que envolve não apenas a abordagem de Dewey sobre a democracia, como, mais abrangente, a maneira como ele pensa o espaço público (DEWEY, 2008b, p. 229 e ss). Sobre essa questão, Pappas tece o seguinte comentário:

O que é tido por deliberação pública sobre problemas compartilhados é dificilmente efetivo em resolver essas situações. Muito embora nós precisemos tentar subverter as fontes do mal moral neste mundo e lidar com as desavenças morais em um mundo pluralista em expansão, existem formas melhores e piores de realizar essas tarefas. Dewey estava preocupado que a busca pela certeza, no meio de um mundo precário, levou muitos a adotarem hábitos de pensamento que, embora reconfortantes, simplificam os problemas que eles encontram (PAPPAS, 2008, p. 167. Tradução própria)¹².

¹² No original: “What passes for public deliberation about shared problems is hardly effective in ameliorating these situations. Although we must try to undermine the sources of moral evil in the world and confront moral disagreement in a growing and pluralistic world, there are better and worse ways to accomplish these tasks. Dewey was concerned that the quest for certainty, in the midst of a precarious world, had led many to adopt habits of thought that, though comforting, oversimplify the problems they encountered”.

Em função da crescente complexidade do mundo social, as convicções e posicionamentos fechados e inflexíveis dificilmente conseguem apreender as diferentes facetas de um determinado problema ou mesmo conjuntura, muito menos a maneira como elas se transformam e adquirem outras configurações. A deliberação representativa, em parte, a maneira como Dewey concebe um engajamento coletivo na resolução dos problemas públicos animado por um espírito investigativo no qual cada ponto de vista, sendo relevante, é sempre limitado e aberto ao questionamento. Esses questionamentos, por sua vez, permitem que gradualmente sejam desenvolvidas soluções e respostas consideradas mais adequadas. Aqui é preciso considerar a dinâmica de ajuste progressivo entre o moral e o social para que teoricamente possamos associar a deliberação com a normatividade. Roberto Frega escreve:

Assim como Mead, Dewey observa o individual e o social como duas interfaces contrárias em necessidade constante de um ajuste mútuo. Ele concebe os bens e os deveres como constantemente inacabados e interagindo entre si em todos os níveis da vida social. Das formas de vida primitiva às modernas, da família ao Estado, os seres humanos compõem ideias acerca do bem, ideias não podem ser formadas fora da sociedade e que, precisamente por essa razão, sempre podem entrar em conflito (FREGA, 2015, p. 71. Tradução própria)¹³.

A formação do indivíduo está diretamente associada às diferentes esferas do social nas quais ele se encontra inserido, mas essas esferas, por sua vez, são também moldadas e transformadas a partir do engajamento individual. As contradições apontadas por Frega surgem e se desenvolvem em meio às diferentes dinâmicas constitutivas dessas esferas: uma vez que os bens e os valores sociais serão sempre inacabados, posto que são consequência das transformações contínuas pelas quais passa o social, eles se constituem em elementos de disputas entre grupos que pretendem fixar os seus sentidos e abrangências.

É importante reiterar que a preocupação com a colaboração e a deliberação, no que concerne à participação política, não faz com que Dewey tenha uma visão minimizada do conflito e da discordância política. Essas formas de divergência constituem mais uma oportunidade para a criatividade reflexiva da democracia, ou seja, a partir dessas tensões os indivíduos são forçados a reconsiderarem o sentido e os fundamentos políticos da conjuntura democrática na qual se encontram, tendo que esclarecer as consequências, os objetivos e as preocupações que envolvem os seus diferentes projetos políticos (HICKMAN, 2008, p. 24 e

¹³ No original: “Just like Mead, Dewey sees the individual and the social as two interfacing counter-parties constantly in need of mutual adjustment. He sees goods and duties as constantly in the making and interacting at all levels of social life. From primitive to modern forms of life, from the family to the state, human beings form ideas about the good, ideas which cannot be formed or realized outside society but which, precisely for this reason, always stand the risk of coming into conflict”.

ss). De maneira mais ampla, Dewey dedicou uma série de textos ao pensamento reflexivo, dentre os quais *Analysis of Reflective Thinking* e *The Place of Judgment in Reflective Activity*. Neste último, encontramos uma formulação na qual a relação entre a atividade reflexiva, a faculdade de julgar e a resolução de problemas é tornada clara pelo autor:

(...) nós tratamos a atividade reflexiva como um todo, primeiro, porque os juízos não ocorrem isoladamente, mas em conexão com a solução de um problema, o esclarecimento de algo obscuro ou perplexo, a resolução de uma dificuldade; em síntese, como unidades em uma atividade reflexiva. O propósito de resolução dos problemas determina que tipo de juízo deve ser feito (DEWEY, 2008d, p. 210. Tradução própria)¹⁴.

As dificuldades e os obstáculos, então, apresentam-se como oportunidades para demarcar e redefinir padrões de ação, pensamento, hábitos e sensibilidades. O pensamento reflexivo não apenas elenca diferentes cursos, opções e respostas frente a um mesmo acontecimento, como também os corrige a partir do surgimento de novas circunstâncias e dados (DEWEY, 2008j, p. 125 e ss; DEWEY, 2008e)¹⁵. Essa linha de argumentação exige o esclarecimento de uma noção mais particular de normatividade e que, mediante uma leitura particular da filosofia de Dewey, ela estaria enraizada na compreensão mais abrangente que o autor possui da democracia como modo de vida. A próxima seção tratará de desenvolver esse tema.

3 A NORMATIVIDADE ENRAIZADA DA DEMOCRACIA

Uma vez estabelecida em termos de experiência e modo de vida, a normatividade da democracia já não pode ser somente apreendida a partir de imperativos, critérios ou regras específicas que possibilitem a justificação e o respaldo dos enunciados morais sem que haja uma prévia análise contextual. Vimos, na análise da tipologia apresentada por Gregory Pappas das três dimensões – inteligência, estética, democracia -, caracterizadoras da forma de vida moral ideal, que o tipo de pragmatismo esboçado por Dewey é profundamente contextual no tocante à proposição de análises, respostas e sugestões para os problemas (DEWEY, 2008d, p. 212 e ss).

¹⁴ No original: “...we have treated reflective activity as a whole, first, because judgments do not occur in isolation but in connection with the solution of a problem, the clearing away of something obscure and perplexing, the resolution of a difficulty; in short, as units in reflective activity. The purpose of solving a problem determines what kind of judgments should be made”.

¹⁵ Para uma discussão mais aprofundada e recente sobre normatividade, deliberação e pensamento reflexivo, Cf. BAYNES 2001, p. 58 e ss; KORSGAARD, 1996.

A normatividade é, então, também pensada em termos particulares. Estaria Dewey endossando uma forma de relativismo através do qual todos os enunciados normativos possuiriam o mesmo peso e relevância a depender do contexto? Continuando esse raciocínio, então, seria aceitável que, diante dessa vida moral ideal, atos e soluções autoritárias, explicitamente contrárias aos valores e às sensibilidades alinhadas com a dita vida moral, fossem implementadas? Todos esses questionamentos convergem para uma interrogação quanto ao lugar e ao modo de desenvolver a normatividade no contexto do pragmatismo proposto pelo autor.

Um primeiro ponto para analisar é se o lugar da normatividade, nessa conjuntura teórica, reside no que poderíamos chamar de função – ou mesmo reflexão – crítica da filosofia. Em sua trajetória intelectual, Dewey estivera consciente das limitações da filosofia, sobretudo no tocante à resolução dos diversos problemas concretos da coletividade. Contudo, como bem observa Pappas, a filosofia pode desenvolver uma reflexão crítica na qual os métodos e as abordagens que amparam a elaboração das soluções para os problemas são escrutinizados e confrontados em suas insuficiências, equívocos e também formas de reducionismo (PAPPAS, 2008, p. 167 e ss; TAN, 2008, p. 36 e ss). Embora por si só isso não se confunda com as soluções propriamente ditas, a crítica às metodologias e às abordagens contribuem para o aprimoramento dessas soluções e para uma consciência mais abrangente das nuances e complexidades dos problemas. Pappas comenta:

O filósofo pode não ser plenamente capaz de solucionar problemas concretos e particulares, mas pode criticar métodos, ou seja, detectar ou retificar equívocos de metodologia ou investigação quando trata dos problemas. Equívocos nos métodos são obstáculos a um melhoramento efetivo. Desta maneira, o filósofo empírico pode alertar teóricos de diferentes campos sobre os perigos do intelectualismo, reducionismo, dualismos e outros vícios não-empíricos (PAPPAS, 2008, p. 168. Tradução própria)¹⁶.

Os perigos mencionados pelo autor levam ao desenvolvimento de teorias e respostas que, ao invés de solucionarem os problemas, tentam ampliá-los ou distorcê-los. Por exemplo, no campo jurídico, o intelectualismo leva a formulação de descrições e construções teóricas com pretensões estritamente normativas, mas dissociadas dos contextos institucionais particulares através dos quais elas são consideradas e discutidas. Esse excesso de abstração termina por levar a uma simplificação dos problemas jurídicos uma vez que as soluções

¹⁶ No original: “Philosophy might not be able to fully solve situated and concrete problems, but it could criticize methods, that is, detect or rectify mistakes in methodology or inquiry when dealing with problems. Mistakes in method are obstacles to effective amelioration. Therefore, the empirical philosopher can warn theorists in different fields about the dangers of intellectualism, reductionism, dualisms, and other non-empirical vices”.

propostas, normalmente apenas preocupadas com a proposição – ou reformulação – de critérios normativos, desconsideram a experiência jurídica em termos de práticas institucionalizadas¹⁷.

Uma vez adotado esse rumo, não raro as soluções são marcadas por uma compartimentalização que termina por ignorar a maneira como diferentes lógicas, dinâmicas e forças concorrem para a organização de um campo de práticas. Mais uma vez, no tocante às teorias do direito e às descrições que as acompanham, é comum não atentar para a maneira como certa ideologia política, aspecto cultural ou plataforma econômica tendem a intervir na maneira com que os problemas são moldados e abordados na perspectiva do próprio teórico (FREGA, 2010, p. 310 e ss).

Se, por vezes, a abstração seria fruto da necessidade do teórico de lidar com uma complexidade profunda e desafiadora, o pragmatismo lida com esse ponto por meio da sua disposição à investigação e a uma abertura crítica que envolve os seus próprios pressupostos. Se a realidade é fluída, dinâmica e multifacetada, então nenhuma teoria ou solução pode perdurar indefinidamente ou apreender integralmente o real: o que resta são tentativas, experimentos, que podem ser, como Pappas bem observara, aprimorados, mas sem jamais se chegar a um ponto final.

Justaposto a essa compreensão mais epistemológica da normatividade, é plausível operar uma transposição para o plano das relações políticas. A rigor, as preocupações e as necessidades do plano epistemológico e aquelas presentes no plano da política são envolvidas por dinâmicas distintas, porém esse tipo de separação é por si só visto com suspeita pela abordagem pragmática de Dewey, como podemos observar a partir das suas ressalvas referentes à compartimentalização dos saberes (DREON, 2013, p. 2).

Como Dewey desenvolve a sua concepção específica de democracia, é perceptível observar a maneira como o espírito de investigação, a abertura para o diálogo e o papel na redefinição das crenças estabelece o pluralismo em um sentido que é, ao mesmo tempo, epistemológico e político (FREGA, 2010, p. 311 e ss). Sendo assim, não obstante o caráter contextual que norteia a reflexão crítica, é possível também concebê-la em um nível mais abstrato especificamente no que se refere às formas de vida que tendem a obstruir ou rechaçar os valores constitutivos do pluralismo¹⁸.

¹⁷ Não obstante Dewey não ter elaborado uma teoria do direito, o jurídico aparece em diferentes momentos de sua obra, frequentemente associado à investigação e à experiência, Cf. DEWEY, 2008k.

¹⁸ Para isso, porém, é preciso pensar em uma outra maneira de se compreender a racionalidade, uma que abdique do “ponto de vista do olho de Deus” para acolher a perspectiva de participantes que criticamente refletem sobre a sua inserção em contextos específicos. O que ocorre neste ponto é uma reformulação da racionalidade ou, por assim dizer, uma socialização da razão, o que em si não necessariamente vai comprometer as suas pretensões

Em termos exemplificativos, um modo de vida autoritário se caracteriza também pela imposição de uma perspectiva, orientação ou conjunto de valores sem que os mesmos possam ser confrontados por aqueles que são obrigados a adotá-los: o espírito de investigação cede espaço a uma obediência fundada sob o temor. Qualquer perspectiva diversa daquela que é imposta será prontamente desconsiderada e até perseguida. Observe-se que, neste caso, o juízo de valor que recai sob o modo de vida autoritário não está tomando como base um contexto específico no qual esse modo de vida se manifesta, mas os valores e posturas que tendem a lhe caracterizar. Pode parecer uma incongruência defender, por um lado, a necessidade de consideração dos contextos particulares no tocante à elaboração de respostas e soluções e, por outro lado, operar uma crítica em um nível mais abstrato e carente de contexto.

Trata-se de uma incongruência apenas aparente. O modo de vida autoritário não representa uma solução ou resposta a um problema, e sim uma perspectiva através da qual as soluções e respostas poderão ser pensadas. Desta maneira, o que a reflexão crítica faz é assinalar as limitações decorrentes desse modo de vida para a consideração não apenas das diversas hipóteses e soluções viáveis, como também confronta diferentes formas de simplificação da realidade.

As instituições e as garantias jurídicas proporcionadas pela autoridade política permanecem sendo importantes para Dewey, como observado na seção anterior, porém é necessário que elas estejam acompanhadas por um cultivo autorreflexivo do *ethos* democrático no qual a colaboração, a deliberação e as atividades coletivas na abordagem dos problemas que emergem do social. Em um artigo onde repensa a abordagem democrática de Dewey no contexto da sociedade dos Estados Unidos do século vinte e um, Richard J. Bernstein escreveu:

Democracia, para Dewey, não é primeiramente um conjunto de instituições, procedimentos formas ou garantias jurídicas. Não é que eles não sejam importantes. Eles são bastante importantes e merecem ser cuidadosamente considerados, mas sem um cultivo contínuo do *ethos* democrático, eles se tornam vazios e mortos. É este *ethos* que incorpora uma nova vida neles. A democracia abrange uma *fé reflexiva* na capacidade de todos os seres humanos, não obstante a diversidade e a diferença dos seus panos de fundo, na cooperação, no julgamento inteligente, na deliberação e na ação coletiva – desde que as condições sejam proporcionadas (BERNSTEIN, 2000, p. 217. Tradução própria)¹⁹.

universais. Para um maior aprofundamento dessas questões, Cf. BOHMAN, 2001, p. 88 e ss; MCCARTHY; HOY, 1994, p. 81 e ss.

¹⁹ No original: “Democracy, for Dewey, was not primarily a set of institutions, formal procedures or legal guarantees. It is not that these are unimportant. They are all-important, and deserve serious consideration, but without the continual cultivation of a democratic *ethos*, they can become empty and dead. It is this *ethos* that breathes life into them. Democracy involved a *reflective faith* in the capacity of all human beings, no matter how diverse and different their backgrounds, to engage in cooperation, intelligent judgment, deliberation and collective activity - if the proper conditions are furnished.

A abordagem do *ethos* democrático é marcada por uma dupla dimensão que, sendo distintas entre si, encontram-se dispostas em uma relação circular: as instituições, as garantias jurídicas e demais elementos fornecidos pelas autoridades políticas fornecem, por sua vez, as condições pelas quais os valores e atividades subjacentes ao *ethos* podem ser cultivadas, e, em contrapartida, o cultivo desse *ethos* leva a um aprimoramento contínuo, e ou até expansão, daquelas instituições e garantias jurídicas já estabelecidas. Em síntese, as condições – instituições e garantias – são mobilizadas por atividades inscritas no *ethos* democrático – cooperação e deliberação – com o propósito de problematizar, melhorar e expandir as condições das quais se parte.

As condições também formam um pano de fundo no qual os modos de vida que limitam, obstruem ou mesmo contestam a igualdade entre os cidadãos e a livre interlocução entre eles, possam ser questionadas. Sem o pano de fundo valorativo, expressão do *ethos* democrático, o questionamento por si só vai carecer de referenciais normativos que lhe serviriam de respaldo: um modo de vida só pode se mostrar adequado ou inadequado quando julgado a partir de um conjunto de valores, expectativas e imaginários sociais que envolvem a ideia de nação (WHALEN-BRIDGE, 2008, p. 141 e ss). Uma normatividade enraizada, portanto, remete aos diferentes elementos que já se encontram disponíveis e assimilados tanto nas relações sociais quanto na estrutura política de uma conjuntura específica.

Roberto Frega tende a abordar essa questão através do conceito de articulação, onde os elementos indeterminados que compõem um dado pano de fundo (*background*) social são trazidos à tona, tornando-os deste modo determinados. A articulação neste sentido, conforme Frega, está diretamente associada a uma concepção expressiva de investigação: em circunstâncias problemáticas, caracterizadas por posições e perspectivas questionadas e controvertidas, é importante articular as crenças, hábitos, premissas e atitudes implícitas à posição que defendemos para, desta maneira, esclarecer os compromissos que eles estabelecem, como também as consequências para aqueles que os sustentam. Frega esclarece:

O conceito de investigação – e ainda mais o de investigação *expressiva* – implica que o raciocínio deve ser concebido como amparado em uma série de crenças, hábitos e atitudes implícitas, e que em situações problemáticas nós precisamos articulá-los para que nós nos tornemos conscientes deles e das suas consequências (nossos compromissos inferenciais). Nessa medida, articulação e transformação são partes logicamente irredutíveis de qualquer forma de raciocínio (FREGA, 2010, p. 308. Tradução própria)²⁰.

²⁰ No original: “The concept of inquiry - and so that of expressive inquiry - implies that reasoning should be conceived as being grounded in a set of implicit beliefs, habits, and attitudes and that in problematic situations we

A fé reflexiva apontada por Bernstein, principalmente no tocante à cooperação e à comunicação, de modo algum impede uma consideração sobre as tensões e conflitos políticos, também fundamentais para as transformações das democracias, o que inclui o advento de novos direitos e a expansão da participação política. Considerando a maneira como Dewey insiste no potencial deliberativo que acompanha a participação política, algo que mais adiante será aprofundado pelas diversas teorias deliberativas da democracia, é fácil concluir que o autor minimizou a significação e o impacto das tensões conflituosas tanto na formação do *ethos* democrático, como nas amplas transformações pelas quais passaram as instituições e as garantias jurídicas.

Assim como Hannah Arendt, Bernstein destaca que Dewey foi confrontado por certa nostalgia, romantismo e utopia que caracterizaria a sua investigação filosófica sobre democracia, participação pública e deliberação (BERNSTEIN, 2000, p. 224 e ss). Bernstein, porém, observa que essa mesma linguagem contestada fora, por sua vez, não apenas apropriada pelos movimentos em prol do direito civil, como por outros que também vieram a se contrapor ao *status quo*. Bernstein escreve:

A própria linguagem da democracia participativa de Dewey fora apropriada pelos movimentos em prol dos direitos civis e nos primórdios da Nova Esquerda... É verdade que Arendt fora crítica da crescente burocracia onde a “terra de ninguém” prevalece, e Dewey alertou para as consequências antidemocráticas da “mentalidade empreendedora” que se infiltra em todos os aspectos da vida social e política. Mas uma maneira inteligente de lê-los seria enfatizar as maneiras com que eles buscaram *revigorar* sociedades democráticas amplamente complexas “já existentes” (BERNSTEIN, 2000, p. 224. Tradução própria)²¹.

Existe um sentido mais profundo nessa apropriação da linguagem de Dewey nas estratégias discursivas empregadas pelos movimentos sociais na proposição das suas demandas, um que revela certas possibilidades políticas radicais que estariam inscritas na filosofia pragmática proposta pelo filósofo dos Estados Unidos. A primeira delas, e que de certa maneira está presente também na reflexão proposta por Arendt, tal como Bernstein assinala na citação acima, é uma crítica à burocracia, sobretudo na maneira como ela limita – ou mesmo anula – as possibilidades democráticas.

need to articulate them in order to become aware of them and their consequences (our inferential commitments). To this extent, articulation and transformation are logically irreducible parts of any form of reasoning”.

²¹ No original: “The very language of participatory democracy was appropriated from Dewey in the early civil rights movement and the beginnings of the New Left... It is certainly true that Arendt is critical of the growth of bureaucracy where the “rule of nobody” prevails, and Dewey warned about the antidemocratic consequences of “business mind” infiltrates to all aspects of social and political life. But the intelligent way of reading both of them is to emphasize the ways in which they sought to invigorate “really existing” large-scale complex “democratic” societies”.

Em diversos países que passaram por experiências revolucionárias comprometidas com o fortalecimento político da população e, desta maneira, com o aprofundamento da experiência democrática, o que se teve foi a implementação de uma estrutura burocrática autoritária onde as demandas populares possuíam pouca – ou nenhuma – relevância. Agora é necessário esclarecer de que maneira a conexão entre essa concepção de normatividade e uma reflexão crítica se entrelaçam para, desta maneira, pensar o potencial transformador da forma de vida democrática.

4 NORMATIVIDADE, REFLEXÃO CRÍTICA E CRIAÇÃO DE DIREITOS

O projeto democrático de Dewey encontra diversos pontos de diálogo com a tradição marxista ao mesmo tempo em que, no que diz respeito às experiências históricas do socialismo, mantém-se crítico e vigilante à perda das liberdades e formas de participação que se fariam presentes nessas circunstâncias políticas (DEWEY, 2008g, pp. 277–278). Em certo sentido, apesar das ressalvas ao impacto do capitalismo no panorama político das democracias desenvolvidas, a reflexão pragmática de Dewey o faz mais próximo de uma teoria crítica da democracia do que de uma crítica político-econômica ao sistema capitalista, como aquela encontrada por Marx, embora essa reflexão se mostre crítica do individualismo econômico que norteia as perspectivas pautadas pelo livre mercado (DEWEY, 2008g, p. 277; DEWEY, 2008l).

Ainda que estabelecido de maneira um tanto quanto sutil, a ênfase no democrático pode significar que o cultivo desses ideais é mais relevante para transformar politicamente o capitalismo no sentido de levar a uma formação social mais igualitária, sem com isso se abdicar das liberdades e das garantias individuais, do que as rupturas revolucionárias foram capazes de fazê-lo. Pode-se dizer que, em termos de uma reflexão política a ser desenvolvida a partir da filosofia pragmática de Dewey, o fortalecimento do imaginário democrático substitui a preocupação com uma crítica à economia política ou qualquer forma de mobilização que proponha uma ruptura radical com o sistema.

Termos como aprimoramento e revigoração são recorrentes na maneira como Dewey aborda as transformações sociais através de sua concepção particular de forma de vida democrática. Dentre as consequências relevantes, pode-se dizer que as transformações, sejam elas superficiais ou profundas, estão associadas aos diferentes processos de comunicação e interação que ocorrem a partir do espaço público (DEWEY, 1946; HABERMAS, 1991). Seria através deles que novas sensibilidades são forjadas e valores e referenciais que outrora se estabeleciam como dominantes podem passar a ser objetos de questionamento e de indagação

de um ou de outro segmento do social (BAYNES, 2001). Ao mesmo tempo em que não se distancia da importância da mobilização política para que novos direitos sejam conquistados e que antigas relações de dominação sejam confrontadas, trata-se de um processo muito mais abrangente, contemplando uma multiplicidade de atores sociais, ao invés de ser o produto da visão de um partido, de um grupo ou mesmo de uma pessoa.

Em nosso entendimento, a importância da reflexão crítica residiria em apontar os obstáculos, fatores e relações que comprometem os valores que seriam condição para um modo de vida democrático, a exemplo de liberdade e igualdade. Essa relação entre a reflexão crítica e os valores inscritos na existência individual e coletiva foi também abordada diretamente pelo autor (DEWEY, 2008m). Essa análise, por sua vez, é necessariamente contextual, ou seja, precisa levar em consideração as experiências coletivas específicas de cada comunidade (PAPPAS, 2008, p. 12 e ss). Desta maneira, as relações assimétricas referentes à liberdade e à igualdade, por exemplo, precisam ser consideradas contra o pano de fundo cultural em que a forma de vida democrática necessariamente se desdobra.

As diferenças culturais não se constituíram em um obstáculo significativo para Dewey no tocante à sua concepção de democracia (TAN, 2008). Sendo alguém que entrou em contato com as mais diferentes culturas, tendo vivido na China durante alguns anos, além de sua proximidade com os países europeus, a sua concepção de modo de vida é abrangente o suficiente para não ser afetada pelas diferenças culturais, mas concreta ao ponto de não as desconsiderar no tocante à maneira como os indivíduos assimilam e reproduzem determinados valores, formas de relações sociais, instituições e projetos existenciais (HUAJUN, 2019).

Uma vez que o modo de vida democrático não se deixa descaracterizar pelas diferenças culturais ao mesmo tempo em que é também sensível a elas, é preciso ressaltar uma dimensão hermenêutica através da qual os indivíduos consideram os valores e os referenciais associados com o modo de vida democrático e tendem a reinterpretá-los a partir de suas experiências cotidianas enraizadas. A reflexão crítica, nesta conjuntura teórica, opera a partir da experiência, mas a ela não se limita: uma vez que confronta o presente a partir de determinadas referências valorativas, essa espécie de reflexão também propõe o desenvolvimento de possibilidades, transformações e caminhos que não foram contemplados, o que inclui trazer ao primeiro plano as relações e estruturas sociais vistas como patológicas à luz do modo de vida democrático²².

É também no horizonte da reflexão crítica que se pode situar a criação de novos direitos como expressão, ainda que parcial, das reivindicações políticas dos segmentos da sociedade.

²² Para um maior aprofundamento desse ponto e do papel da reflexão crítica dentro da filosofia da educação de Dewey, Cf. LAMONS, 2016.

A apropriação da linguagem apresentada por Dewey pela *New Left* e pelos movimentos em prol dos direitos civis, como já apontara Bernstein, salienta o potencial de transformação inscrito no modo de vida democrático, sobretudo na maneira como os ideais são cultivados e trazidos à tona nos conflitos sociais do presente (BERNSTEIN, 2000).

Para além de sua função normativa, a qual se revela a partir de sua inserção no ordenamento jurídico positivo, determinados conjuntos de direitos representam também a materialização das conquistas políticas de grupos sociais. Dessa maneira tendem a afetar também o sentido e a abrangência dos ideais políticos já estabelecidos. Como é recorrente no posicionamento teórico de Dewey, os tradicionais binômios já não assumem mais a forma de dicotomias, oposições, mas de complementariedade e entrelaçamento. Bernstein observa:

Dewey reconheceu a importância do compromisso com os ideais – com as projeções imaginárias de um futuro melhor. Mas ele nunca pensou esses ideais como divorciados da realidade, assim como ele confrontava a ideia dos meios separados dos fins. Um ideal que nós todos estamos comprometidos não é apenas uma meta a ser conquistada; é um significado a ser sentido, valorizado (BERNSTEIN, 2000, p. 219. Tradução própria)²³.

Na citação acima é perceptível como o normativo, no contexto de uma filosofia pragmática, é estruturado a partir do entrelaçamento dos ideais com a realidade, o que leva também a uma reconsideração da distinção fato/valor: a realidade mesma não é passível de ser avaliada sem o auxílio a um conjunto de critérios e valores que estipulam o que é importante, relevante e o que não seria: os valores não são construções abstratas que se sobrepõem à realidade a qual se pretende julgar, antes emergem e são constitutivos dessa própria realidade.

A criação de direitos pode ser também considerada como uma resposta institucional através da qual se conectam ideal e realidade, meios e fins. Os novos direitos exigem uma reconsideração das demandas, das realidades e das tensões que compõem o espaço social de modo a trazê-las para a semântica própria do sistema jurídico. Essa dinâmica também traz considerações, por vezes impactantes, para a maneira como esses valores são coletivamente compreendidos.

As demandas dos movimentos sociais, por exemplo, confrontam certas formas de relação social que indevidamente restringem, prejudicam, marginalizam ou mesmo oprimem certos grupos (MORRIS, 1986). Nesse processo, esses movimentos tendem a colocar em

²³ No original: “Dewey recognized the importance of a commitment to ideals - to imaginative projections of a better future. But he never thought of ideals as divorced from reality, just as he challenged the very idea that means could be separated from ends-in-view. An ideal to which we are committed is not just a goal to be attained; it is a significance to be felt, appreciated”.

questão os sentidos usuais de valores como os de liberdade e igualdade, apontando o caráter problemático de certos arranjos sociais. Das barreiras indevidas que certos grupos precisam enfrentar para que possam adentrar em um dado mercado profissional até as variadas formas de discriminação, as relações assimétricas frequentemente levam a um déficit de participação política que, por sua vez, compromete o caráter colaborativo da democracia.

A criação de direitos, direta ou indiretamente associada à formulação das demandas dos movimentos sociais, pode contribuir para uma problematização das relações assimétricas, bem como um alargamento da participação social. Em paralelo a isso, essa criação fomenta uma autorreflexão por parte dos atores jurídicos e políticos em torno das práticas e dos conceitos que integram a base do próprio ordenamento. Essa dinâmica permite uma redefinição contínua dos limites, elementos e associações estabelecidas entre os conceitos que constituem um campo dogmático em particular (DEWEY, 1946, p. 26 e ss). Uma problematização sobre o gênero e sobre a estrutura familiar, ao se tornar amplamente presente nos espaços políticos institucionalizados, pode levar a modificações relevantes no tocante aos conceitos de família, maternidade, paternidade, dentre outros, abrindo espaço para o reconhecimento jurídico de outras formas de arranjos familiares, por exemplo.

A relação entre a criação de direitos e a concepção democrática esboçada por Dewey remete a uma certa dimensão estética que não cessa de ser recorrente no desenvolvimento de sua filosofia. Essa forma de criação ocorre em meio às novas circunstâncias e panoramas políticos decorrentes da inevitável transformação do social e, desta maneira, necessariamente os conceitos jurídicos estabelecidos acabam sendo confrontados ao serem empregados em contextos sociais bastante diversos daqueles em que os conceitos foram elaborados²⁴. Em termos mais abrangentes, a criatividade é também um aspecto muito enfatizado por Dewey na caracterização da forma de vida democrática, sendo relevante para amparar o experimentalismo e a flexibilidade que também a definem. Richard J. Bernstein escreve:

Primeiro, a sua compreensão da democracia pressupõe e incentiva indivíduos criativos. A criatividade situada é uma das categorias mais básicas do pensamento de Dewey. A personalidade democrática é uma que é flexível, falível, experimental e imaginativa. Aqui também, nós vemos o porquê de Dewey ter colocado tanta ênfase em torno da educação em uma sociedade democrática. Sem imaginação e inteligência criativas, os indivíduos carecem de recursos para lidar com novas situações (BERNSTEIN, 2000, p. 226. Tradução própria)²⁵.

²⁴ É importante, nesse contexto, pensar também sobre o papel da abdução na resolução de problemas e, sobretudo, nas práticas articulatórias. Acerca da lógica pragmática como uma lógica abdutiva e calcada na experiência concreta, Cf. PEARCE, 2020, p. 290 e ss.

²⁵ No original: “First, his understanding of democracy both presupposes and fosters creative individuals. Situated creativity is one of the most basic categories in Dewey’s thinking. The democratic personality is one that is flexible,

Conceber a emergência do novo a partir de uma forma de criatividade situada pode ser importante para se pensar o surgimento dos novos direitos em termos de redescrições e reflexões críticas acerca dos direitos e valores já estabelecidos (DEWEY, 2008b, p. 226 e ss). A promulgação de uma nova Constituição, por exemplo, não obstante a sua relevância histórica e o impacto no ordenamento jurídico em geral, é também fruto da articulação de valores, ideais, projetos políticos e imaginários sociais estabelecidos. Diferentes indivíduos e grupos sociais, em função dos contextos nos quais se encontram inseridos, contextos esses que jamais são estáticos, tendem a reformular conceitos e sentidos em meio às suas práticas articulatórias, e para isso precisam tornar explícitos as premissas das quais partem, a maneira como concebem cada um desses valores, e o entendimento que possuem dos problemas coletivos. Precisam também justificar as suas propostas a partir das consequências e efeitos que decorreriam de sua adesão e implementação.

Sendo assim, desenvolvendo o exemplo da Constituição, no contexto brasileiro de 1988, é preciso vê-la também como um documento no qual a herança da ditadura militar, as aspirações por uma sociedade mais democrática na qual diferentes demandas sociais, outrora ignoradas nas décadas precedentes, as novas tensões entre forças políticas conservadoras e progressistas, dentre inúmeros outros fatores conjunturais, encontraram-se articulados. Sob uma abordagem pragmática – e pensamos que é essa a direção apontada por Dewey na leitura de Bernstein – o novo é pensado em termos de emergência ao invés de uma criação *ex nihilo*, concebida em termos de uma ruptura completa com o passado: a natureza e a vida, para Dewey, manifestam continuidade na medida que estruturas e padrões tendem a persistir em meios às transformações (DEWEY, 2008n, p. 327 e ss).

É esse um dos pontos que nos chama atenção na criação de direitos como um aspecto relevante de uma normatividade jurídica enraizada: considerando a forma de vida democrática aqui descrita, pode-se dizer que as diferentes formas de transformações pelas quais passa a sociedade, associada a uma sensibilidade crítica, leva aos indivíduos e aos grupos a uma problematização dos limites e insuficiências dos direitos estabelecidos à luz dos desafios e conflitos em função daquelas transformações. Se os aspectos das relações sociais, outrora prontamente aceitos e reproduzidos sem que fossem confrontados, convertem-se em questões que precisam ser urgentemente deliberadas, essa passagem do natural ao problemático

fallible, experimental, and imaginative. Here again, we see why Dewey placed so much emphasis on education in a democratic society. Without creative imagination and intelligence, individuals lack the resources to deal with novel situations”.

frequentemente tende a trazer implicações para a maneira como os grupos e os indivíduos repensam o conjunto de direitos diretamente associados àquelas questões.

Em síntese, ao mesmo tempo em que emerge a partir de um determinado contexto social, a normatividade jurídica que estamos tematizando a partir da filosofia de Dewey está também fundada em uma série de valores e sensibilidades políticas que extrapolam a circunstância atual dos arranjos sociais na medida em que articulam imagens e projeções do que a sociedade poderia ser. Uma vez que Dewey confronta a distinção entre meios e fins, podemos também observar o seguinte: as projeções futuras revelam os potenciais presentes da sociedade que ainda não foram plenamente atualizados ao invés de ser um retrato dissociado dessa realidade e com o qual ela será contrastada, como ocorrera com as diversas representações e modelos das sociedades utópicas.

5 CONCLUSÃO

O objetivo desse artigo residiu em analisar, a partir da filosofia pragmática de John Dewey, uma concepção de normatividade jurídica associada ao seu conceito de experiência e a uma certa sensibilidade crítica que pode ser extraída das suas considerações acerca da democracia. A divisão em três seções adotou como ponto de partida a concepção de democracia sustentada por Dewey em determinados artigos para desta maneira explorar a compreensão particular do autor acerca da experiência, mesmo que de maneira um tanto quanto sucinta.

Se a primeira seção teve como objetivo pontuar o modo como Dewey repensou a democracia em termos de experiência ao invés de forma de governo, a segunda seção tratou de desenvolver o sentido – ou os sentidos – da normatividade que, de algum modo, estaria articulado ao conceito de democracia do autor. Neste ponto foram decisivas as abordagens de Gregory Fernando Pappas, Richard J. Bernstein e Roberto Frega não somente acerca da posição de John Dewey, como também do pragmatismo em geral. Uma parcela significativa da segunda seção é devedora da leitura particular de Bernstein em torno do desenvolvimento analítico do conceito de democracia no desenvolvimento da filosofia de Dewey.

Através de sua concepção de vida moral ideal, explorada ao longo deste artigo por meio da leitura de Pappas, uma perspectiva particular de normatividade foi apresentada, uma que é também relevante para se compreender a maneira como o autor pensa a democracia em direta associação com o seu conceito de experiência. Uma das dimensões importantes dessa noção de normatividade é a reflexão crítica. É por meio dessa espécie de reflexão que os indivíduos conseguem articular, contra o pano de fundo das práticas sociais que os envolvem, visões e

expectativas sociais idealizadas. Estas servem como referência para confrontar aspectos problemáticos – ou mesmo patológicos – do social, a exemplo de relações assimétricas que comprometem a participação de certos grupos.

A terceira e última seção foi dedicada a explorar de que maneira essa normatividade amparada pela reflexão crítica poderia trazer consequências pertinentes para a teorização do direito. Em síntese, nesta seção nós pensamos uma concepção de normatividade introduzida nas seções anteriores a partir da dinâmica particular do sistema jurídico nas democracias liberais contemporâneas. Tendo como fio condutor a noção de reflexão crítica apresentada na segunda seção, apontamos como ela pode ser importante para se pensar a transformação social por meio da criação de novos direitos.

Uma das razões para tanto é a de que a reflexão crítica, ao mobilizar valores, normas e outros elementos culturais enraizados na experiência cotidiana, questiona e confronta também aspectos da realidade social à luz dos ideais que, a rigor, estariam implicitamente caracterizados a partir dos seus valores: as dicotomias realidade/ideal ou fato/valor já não fazem mais sentido no âmbito dessa reflexão crítica. Em nosso entendimento, a criação de novos direitos reflete essa dinâmica descrita: se, por um lado, a criação requer a mobilização de elementos estabelecidos na propositura de demandas específicas, a exemplo das garantias e dos direitos positivados, por outro lado essa mesma mobilização é também a materialização dos ideais e dos valores subjacentes às práticas políticas da comunidade.

Uma normatividade jurídica concebida a partir da concepção de Dewey sobre a democracia possibilita pensar um caminho no qual antigas dicotomias estabelecidas pela teoria do direito e, mais amplamente pela tradição filosófica em geral, possam ser superadas a partir de uma perspectiva abrangente da experiência, conforme se observou no tocante à criação de direitos. Ao mesmo tempo em que não propõe resoluções para problemas específicos, o pragmatismo pode ser concebido em termos de um esforço metateórico no qual métodos, pressupostos e panos de fundo em geral podem ser examinados, no que diz respeito ao modo como as teorias enquadram e organizam a realidade a partir dos seus conceitos e demarcações.

É o que se passa quando, ao abordar a democracia, Dewey expande o conceito para além dos marcos institucionais em que ele normalmente é apreendido, ou quando almeja superar a distinção entre o real e o ideal, o que também pode levar a uma rejeição da distinção entre fato e valor. No desenvolvimento desta pesquisa nós procuramos apontar a viabilidade de se conceber uma forma de normatividade jurídica enraizada nos contextos sociais em que os indivíduos já se encontram situados ao invés de uma orientação abstrata e contextualmente independente. Enfatizamos, no entanto, que essa mesma normatividade transcende e transmite

os ideais que capturam as expectativas e os anseios coletivos pelo que eles entendem ser uma sociedade melhor.

REFERÊNCIAS

BAYNES, Kenneth. Practical Reason, the "Space of Reasons", and Public Reason. In: REHG, William; BOHMAN, James (org.). **Pluralism and the Pragmatic Turn: The Transformation of Critical Theory**. London: The MIT Press, 2001. pp. 53-86

BERNSTEIN, Richard J. **Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983.

BERNSTEIN, Richard J. Creative Democracy - The Task Still Before Us. **American Journal of Theology & Philosophy**, v. 21, n. 3, pp. 215-228, 2000.

BERNSTEIN, Richard J. **The Pragmatic Turn**. Cambridge: Polity Press, 2010.

BOHMAN, James. Participants, Observers, and Critics: Practical Knowledge, Social Perspectives, and Critical Pluralism. In: REHG, William; BOHMAN, James (orgs.). **Pluralism and the Pragmatic Turn: The Transformation of Critical Theory**. London: The MIT Press, 2001. pp. 53-86. 87-114.

DEWEY, John. What is Thinking? In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 8, 1925 - 1953: 1933, Essays and How We Think**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008i. p. 113-125.

DEWEY, John. Analysis of Reflective Thinking. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 8, 1925 - 1953: 1933, Essays and How We Think**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008e. p. 196-210.

DEWEY, John. Contribution to Democracy in a World of Tensions. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 16, 1925 - 1953: 1949 - 1952, Essays, Typescripts, and Knowing and the Known**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008a. p. 399-406.

DEWEY, John. Creative Democracy - The Task Before Us. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008b. p. 224-230.

DEWEY, John. Criticism and Perception. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 10, 1925 - 1953: 1934, Art as Experience**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008n. p. 302-328.

DEWEY, John. Democratic Ends Need Democratic Methods for Their Realization. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey, Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany**. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008c. p. 367-368.

DEWEY, John. Ethical Problems of the Economic Life. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 7, 1925 - 1953: 1932, Ethics. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008l. p. 373–384.

DEWEY, John. Existence, Value and Criticism. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 1, 1925 - 1953: 1925, Experience and Nature. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008m. p. 295–326.

DEWEY, John. **Experience and Nature**. New York: Dover Publications, 2000.

DEWEY, John. Intelligence and Power. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 9, 1925 - 1953: 1933-1934, Essays, Reviews, Miscellany, and A Common Faith. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008f. p. 107–111.

DEWEY, John. My Philosophy of Law. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008k. p. 115–122.

DEWEY, John. The Basic Values and Loyalties of Democracy. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008g. p. 275–277.

DEWEY, John. The Objectivism-Subjectivism of Modern Philosophy. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 14, 1925 - 1953: 1939 - 1941, Essays, Reviews, and Miscellany. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008h. p. 189–200.

DEWEY, John. The Place of Judgment in Reflective Activity. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 8, 1925 - 1953: 1933, Essays and How We Think. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008d. p. 210–220.

DEWEY, John. **The Public and Its Problems: An Essay in Political Inquiry**. Chicago: Gateway Books, 1946.

DEWEY, John. Why Reflective Thinking Must be an Educational Aim. In: BOYDSTON, J. A. (org.). **The Later Works of John Dewey**, Volume 8, 1925 - 1953: 1933, Essays and How We Think. Carbondale: Southern Illinois University Press, 2008j. p. 125–139.

DREON, Roberta. Was Art as Experience Socially Effective? - Dewey, The Federal Art Project and Abstract Expressionism. **European Journal of Pragmatism and American Philosophy**, v. 1, pp. 1-16, 2013.

FESMIRE, Steven. **John Dewey and Moral Imagination: Pragmatism in Ethics**. Indianapolis: Indiana University Press, 2003.

FREGA, Roberto. Beyond Morality and Ethical Life: Pragmatism and Critical Theory Cross Paths. **Journal of Philosophical Research**, v. 40, pp. 63-96, 2015.

FREGA, Roberto. Expressive Inquiry and Practical Reasoning. **The Journal of Speculative Philosophy**, v. 23, n. 4, pp. 307-327, 2010.

FREGA, Roberto. From Judgment to Rationality: Dewey's Epistemology of Practice. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 46, n. 4, pp. 591-610, 2010.

HABERMAS, Jürgen. **The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society**. 6. ed. Cambridge, MA: The MIT Press, 1991.

HERMANN, Arturo. John Dewey's Theory of Democracy and Its Links with Heterodox Approach to Economics. **Eidos**, n. 14, pp. 106-131, 2011.

HICKMAN, Larry A. The Genesis of Democratic Norms: Some Insights from Classical Pragmatism. In: TAN, Sor-Hoon; WHALEN-BRIDGE, John (orgs). **Democracy as Culture: Deweyan Pragmatism in a Globalizing World**. Albany: State University of New York Press, 2008. pp. 21-30

HOHR, Hansjörg. The Concept of Experience by John Dewey Revisited: Conceiving, feeling and "enlivening". **Studies in Philosophy and Education**, v. 32, pp. 25-38, 2013.

HUAJUN, Zhang. Dewey and Chinese Education: A Centennial Reflection. **Beijing International Review of Education**, v. 1, n. 4, 2019, pp. 586-591.

KORSGAARD, Christine M. **The Sources of Normativity**. New York: Cambridge University Press, 1996.

LAMONS, Brent. Dewey and Critical Pedagogy. In: PETERS, Michael A. (eds) **Encyclopedia of Educational Philosophy and Theory**. Singapore: Springer, 2016.

MCCARTHY, Thomas; HOY, David Couzens. **Critical Theory**. London: Basil Blackwell, 1994.

MORRIS, Aldon D. **The Origins of the Civil Rights Movement: Black Communities Organizing for Change**. New York: Free Press, 1986.

O'SHEA, James R. Sources of Pluralism in William James. In: BAGHRAMIAN, Maria (org.). **Pluralism: The Philosophy and Politics of Diversity**. London: Routledge, 2000. pp. 17-43

PAPPAS, Gregory Fernando. **John Dewey's Ethics: Democracy as Experience**. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 2008.

PEARCE, Trevor. **Pragmatism's Evolution: Organism and Environment in American Philosophy**. Chicago: University of Chicago Press, 2020.

TAN, Sor-hoon. Reconstructing 'Culture': A Deweyan Response to Antidemocratic Culturalism. In: TAN, Sor-Hoon; WHALEN-BRIDGE, John (orgs). **Democracy as Culture: Deweyan Pragmatism in a Globalizing World**. Albany: State University of New York Press, 2008. pp. 31-49

WHALEN-BRIDGE, John. Nonduality and Aesthetic Experience: Dewey's Theory and Johnson's Practice. In: TAN, Sor-Hoon; WHALEN-BRIDGE, John (orgs). **Democracy as**

Culture: Deweyan Pragmatism in a Globalizing World. Albany: State University of New York Press, 2008. pp. 139-162.

Submissão: 25/08/2020 Aprovação: 26/08/2022

LISTA NEGRA DE BABÁS NO WHATSAPP: PADRÕES DISCRIMINATÓRIOS PRÉ-CONTRATAÇÃO E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

*NANNIES' BLACKLIST IN WHATSAPP: PRE-CONTRACTUAL DISCRIMINATORY
PATTERNS AND THE RIGHT TO BE FORGOTTEN*

Lília Carvalho Finelli¹
Universidade Federal de Minas Gerais

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo identificar como o Direito do Trabalho pode atuar nos casos em que o direito ao esquecimento é ofendido pela criação de listas negras contendo informações sobre babás que, por reflexo, induzem a padrões discriminatórios pré-contratação. O método utilizado foi puramente analítico, utilizando-se estudo de caso fictício, embora baseado em fatos reais. Como objetivos específicos, se apontou a necessidade de (i) indicar a nova realidade diante da qual o trabalho doméstico se encontra, com a elaboração de listas negras de babás, analisando as repercussões jurídicas; (ii) compreender o conceito de direito ao esquecimento e desvinculá-lo do right to be let alone norte-americano; e (iii) indicar em qual medida pode o Direito do Trabalho mediar esses conflitos. A hipótese aqui sugerida é a de que a formação de listas negras de babás no aplicativo Whatsapp fere não só o direito ao esquecimento como sua fonte: a dignidade da pessoa humana, concluindo-se que tais listas acabam por confirmar padrões discriminatórios já existentes. E, em se tratando de relações trabalhistas, se entende que cabe a este ramo regular as consequências destes atos.

Palavras-chave:

Direito do Trabalho. Discriminação pré-contratual. Direito ao esquecimento. Trabalho doméstico. Justiça social.

Abstract:

This article aims to identify how Labor Law can act in cases where the right to be forgotten is offended by the creation of blacklists containing information about nannies that, by reflex, induce discriminatory pre-employment standards. The method used was purely analytical, using a fictitious case study, although based on real facts. As specific objectives, it was pointed out the need to (i) indicate the new reality facing domestic work, with the elaboration of black lists of nannies, analyzing the legal repercussions; (ii) understand the concept of the right to oblivion and unlink it from the American "right to be let alone"; and (iii) indicate to what extent labor law can mediate these conflicts. The hypothesis suggested here is that Whatsapp's blacklisting of nannies hurts not only the right to be forgotten but also its source: human dignity, concluding that such lists confirm existing discriminatory patterns. And when it comes to labor relations, it is stated that it is up to this branch to regulate the consequences of these acts.

Keywords:

Labor law. Pre-contractual discrimination. Right to be let alone. Domestic work. Social justice.

1 UM SIMPLES ARQUIVO QUE CHEGOU PELO WHATSAPP: INTRODUÇÃO À LISTA NEGRA

O celular mostra uma chuva de mensagens. No aplicativo Whatsapp, mais um grupo de mães movimentado em uma segunda-feira de férias escolares. Qual será o assunto da vez?

¹ Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Mestra em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

Carrinhos à venda? Sono do bebê? Ou confissões sobre como viraram outras após o nascimento de cada filho?

Junto às 200 mensagens de discussão, uma planilha do Excel. Uma lista. A lista negra das babás. Babá faltou para acompanhar o próprio filho no hospital? Lista negra. Atrasou porque caiu uma chuva horrível? Lista negra. Cuida direito, mas canta o tempo inteiro? É gorda? Come muito no almoço? Lista negra também.

Uma ideia “brilhante”: se há tanto problema para encontrar uma empregada que cuide dos filhos da empregadora com perfeição até maior que a própria mãe, não seria útil detalhar a experiência que cada uma teve com fulana ou beltrana? O que parecia uma iniciativa inocente de comentar fatos do cotidiano logo mostrou o pior lado das relações domésticas: o nível de vigilância e intromissão em aspectos pessoais de cada família (e, nesse caso, de cada trabalhadora), fazendo com que diversas situações fossem lembradas de forma eterna e utilizadas, dessa forma, em seu desfavor.

Foi a partir de um estudo de caso real, aqui retratado de forma fictícia para preservação de dados, por meio de uma metodologia puramente analítica, que surgiu a ideia deste artigo. Em termos metodológicos, adotar-se-á um estilo literário mais livre, embora baseado em conceitos doutrinários consolidados sobre o *right to be let alone* norte-americano e o direito ao esquecimento à brasileira. Nos estudos de caso, também serão analisadas as origens da expressão referida, com a indicação dos julgamentos *Olmstead v. United States* e *Wiebesick v. Golden Valley*.

A pergunta a que se quer responder com o texto é a seguinte: até que ponto vai o direito à memória, no tocante às informações sobre o trabalho doméstico, sem se chocar com o direito ao esquecimento e causar como reação padrões de discriminação? E o que tem o Direito do Trabalho a ver com isso?

Como marco teórico, se apontará o conceito de direito ao esquecimento conforme compreendido atualmente pela doutrina e jurisprudência brasileiras, enfocando em sua aplicação a este ramo do Direito, via método dedutivo. O objetivo geral é trazer à tona uma discussão relevante e nova, que diz respeito à linha que separa indiscrições pouco danosas daquelas que causarão verdadeira discriminação pré-contratual.

Como objetivos específicos, se buscará (i) indicar a nova realidade diante da qual o trabalho doméstico se encontra, com a elaboração de listas negras de babás, analisando as repercussões jurídicas; (ii) compreender o conceito de direito ao esquecimento e desvinculá-lo do *right to be let alone* norte-americano; e (iii) indicar em qual medida pode o Direito do Trabalho mediar esses conflitos. A hipótese aqui sugerida é a de que a formação de listas negras

de babás no aplicativo Whatsapp fere não só o direito ao esquecimento como sua fonte: a dignidade da pessoa humana. E, em se tratando de relações trabalhistas, cabe a este ramo regular as consequências destes atos.

2 A LISTA

Pode parecer surreal. E é.

Ao comentar todas as situações horríveis que acontecem n'O conto da Aia (*Handmaid's Tale*), Margaret Atwood diz que a pior parte de sua obra de ficção é que o leitor saiba que todas essas situações ocorreram em algum momento da História, em algum lugar. Nada foi inventado.² O mesmo ocorrerá aqui, quando se tratar da lista negra de babás. Todos os comentários foram realmente feitos, embora não necessariamente juntos, e normalmente acompanhados de mensagens como “- Talvez seja *fake news*, mas eu não duvido”.

Para quem faz parte do universo materno, é comum ouvir de forma incessante sobre todos os defeitos e – mais raramente – qualidades de diversas trabalhadoras domésticas³. Certamente, a lista que deu base a este texto não é única. Já foi pensada antes. Provavelmente antes mesmo de existir internet e se tornar impossível apagar qualquer fato desabonador que se pratique.

O que esse tipo de lista faz é apenas mostrar o quão desiguais são as relações de trabalho doméstico, deixando empregadoras confortáveis em compartilhar fatos da vida de suas empregadas como se eles nada significassem e até fossem úteis para evitar que outras as contratassem. Como se a afronta à dignidade não as atingisse tanto. Afinal, quem limpa banheiro o dia inteiro já aguentou coisas bem piores do que alguns comentários inocentes, não?

O documento em si não era nada de demais. Uma tabela simples. O problema estava mesmo no conteúdo, que mostrava diversos motivos para não contratar cada uma das que constavam na lista.

Entre acusações no estilo “ouvi falar que deu Rivotril para o bebê dormir, pode divulgar a foto dela” e “sumiu uma blusa minha e não emprestei para ninguém, então provavelmente foi a babá quem pegou”, que devem ser deixadas a cargo do Direito Penal e que, infelizmente, não se repetem apenas nesse contexto, haviam algumas claramente racistas, gordofóbicas ou apenas

² A afirmação foi feita em sua aula magna para o portal Masterclass.

³ Neste artigo, constantemente se referirá à categoria de trabalhadores domésticos no feminino, em consideração ao predomínio do gênero feminino nas funções domésticas, que envolvem não só babás como cuidadores de idosos, jardineiros, motoristas particulares etc.

más. E também as que serão objeto de estudo por ora: recordando fatos desabonadores que, embora verdadeiros, geravam nas demais mães (contratantes em potencial) uma discriminação pré-contratual ainda não totalmente prevista na legislação.

Nessa linha, entrariam como ofensas puras à dignidade (ou seja, sem calúnia, difamação, injúria ou racismo) as seguintes afirmações:

- Muito agitada. Um dia correu tanto atrás do ônibus que caiu de cara no chão. Aqui a foto. Só não repassem, ok?
- Come muito. Fica olhando enquanto comemos pra ver o quanto vai sobrar. Melhor já avisar que tem que levar o próprio almoço.
- Canta durante o serviço. Muito irritante, então só serve para quem não for ficar em casa durante o dia.
- Briga com o marido. Um dia discutiram na frente do prédio e o síndico teve que me ligar para eu resolver. Muito inconveniente.
- Marquei e não veio. Não recomendo contratar. Justificou depois e pediu desculpas, mas não aceitei.
- Tem dois filhos, então falta muito. Um dia o filho caiu e ela foi com ele para o hospital e me deixou na mão. Um absurdo!
- Votou no candidato X. Já sabemos de qual lado está, então melhor nem contratar.
- Fulana? Li no jornal que ela se envolveu numa briga após o jogo de futebol. Quem briga por futebol briga por qualquer coisa, né?
- Contratei, mas depois descobri que ela tem muitas dívidas, então achei melhor dispensar. Quem não controla nem as próprias finanças, vocês já sabem o que dá, né?

Este artigo não tem como objetivo fazer com que mães se sintam culpadas (embora deveriam). No ímpeto de ajudar as demais, escreveram coisas que não deveriam nem sequer ser pensadas. O discurso é sempre o mesmo: “– Só quis alertar outra mãe sobre uma conduta que alguém que cuidará de seus filhos poderá ter”. Essa é a síntese da dificuldade que reveste as relações empregatícias domésticas.

Dificuldade essa que não se resume à proximidade entre as partes, mas provém de toda uma tradição brasileira de exploração de classe, raça e gênero, que transformou as escravas de ontem em domésticas de hoje. (CARDOSO, 2008). E, nessa transformação, quem não merece reparação social esquece várias coisas. Não se lembra, normalmente, que aquela trabalhadora também é mãe. E deixa seus filhos com outras, para poder cuidar dos filhos de outras mulheres. Mulheres que acham que alguns detalhes de suas vidas devem ser conhecidos por todos e, com

isso, acabam criando o cenário perfeito para a discriminação pré-contratual. Mas, antes disso, ferem um direito importante: o ao esquecimento.

3 TODAS PRECISAM SABER? OU HÁ ALGO QUE SE PODE ESQUECER?

Depois de muita discussão sobre a utilidade ou não de ter uma lista que falasse por quais motivos se recomendava ou não determinada empregada, a autora da lista, entendendo que não tinha sido uma boa ideia, mesmo achando inicialmente que todas deveriam ter acesso a essas informações, fez um pedido:

– Realmente, não foi legal essa lista. Vamos fazer assim: é só todo mundo apagar o arquivo.

Existe mesmo, com a internet, a possibilidade de apagar o que se viu? Ainda que houvesse, como garantir que todas apagaram? Se apagaram, iriam esquecer as impressões que tiveram de cada uma que constava da lista?

Nesse aspecto, o direito ao esquecimento toma mais uma faceta. Dessa vez, em prol do Direito do Trabalho. Para melhor compreender como se dá essa aplicação, se fará a seguir sua conceitualização, diferindo-o do *right to be let alone* norte-americano, para depois passar a seus contornos constitucionais e legais, assim como apontando uma de suas consequências, a discriminação pré-contratual.

3.1 *Right to be let alone*? Diferenças entre o direito ao esquecimento brasileiro e o *privacy* norte-americano

Embora o conceito internacional não seja sempre coincidente, muitos relacionam o direito ao esquecimento com a ideia norte-americana de “direito de ser deixado em paz” (*right to be let alone*). No entanto, essa compreensão vem sendo utilizada nos Estados Unidos da América (EUA) mais para proteger cidadãos da interferência do governo (SANDERS, 2016) do que para evitar que fatos sejam recordados a todo momento. Tanto que, em sua primeira menção na jurisprudência⁴, na sustentação oral feita por Louis Brandeis no caso *Olmstead v.*

⁴ A primeira menção na doutrina é atribuída à obra de Thomas Cooley, de 1880, denominada “*A treatise on the law of torts*”, ou seja, um tratado sobre a responsabilidade civil. No entanto, indica Leonardo Zanini (2015) que, à época, não se relacionou o “*right to be let alone*” com a noção de privacidade.

United States, em 1928, a ideia era meramente a de proteger indivíduos contra a imprensa, fotógrafos ou qualquer pessoa que tivesse aparelhos reprodutores de cenas ou sons. Ideia essa que foi desconsiderada com a sentença da Suprema Corte norte-americana, que entendeu que as escutas telefônicas feitas pelo governo não violavam direitos constitucionais. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1928).

Um bom exemplo da diferença mais atual entre “ser deixado em paz” e “não ter fatos sobre sua vida recordados a todo momento” é o caso *Wiebesick v. Golden Valley*, no qual o governo da cidade de Golden Valley, localizada no estado de Minnesota (EUA), pediu um mandato administrativo para fiscalizar se determinado casal mantinha sua casa limpa e lavava as louças. (SANDERS, 2016). Ser deixado em paz, portanto, envolve muito mais aspectos do que a simples modulação do direito à informação.

Hoje, quase 100 anos após essa primeira menção norte-americana, muito ainda se discute sobre o tema, tendo em vista que é possível, com o advento da internet e das mídias sociais, não só ter diversas informações sobre si mesmo relevadas a qualquer momento e sem autorização, como pode-se renunciar ao próprio direito de ser deixado em paz.⁵ Nesse sentido, o *right to be let alone* seria muito mais amplo do que o conceito que se utiliza no Brasil, já que todas as violações aos direitos de privacidade, segundo William Prosser, afetariam a possibilidade de ser deixado em paz. Segundo Leonardo Estevam de Assis Zanini, Prosser passou a classificar o *privacy* (direito de privacidade) em quatro espécies:

1) invasão em assuntos privados da pessoa (*intrusion*); 2) publicação de fatos embaraçosos relativos à vida privada de determinada pessoa (*public disclosure*); 3) publicação que leve a opinião pública a uma falsa compreensão (*false light*), o que se assimila à difamação (*defamation*), mas, enquanto esta requer que a informação seja falsa, no *privacy* a informação geralmente é verdadeira, mas cria uma falsa impressão; e 4) abuso do nome ou da imagem de outrem para benefício próprio (*appropriation*),⁽⁵⁷⁾ conceito que se aproximaria do *right of publicity*, no entanto, este direito protege a pessoa contra a exploração comercial não autorizada (*property right*), enquanto o *privacy* diz respeito à tutela de valores pessoais da personalidade. (ZANINI, 2015).

Levando em consideração essa classificação, o direito ao esquecimento brasileiro se vincularia muito mais ao *public disclosure* e ao *false light* do que propriamente a tudo relativo ao *right to be let alone*. No Brasil, o conceito não tem menção em lei, mas foi apontado pelo Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em interpretação do art. 11 do Código Civil de 2002 (CC/02), que ditou:

⁵ Sobre os desafios que Brandeis enfrentaria na atualidade, cf.: BURROWS, 2013. No caso brasileiro, o art. 11 do CC/02 torna esse direito irrenunciável.

Enunciado

A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Justificativa

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013).

Ressalte-se, portanto, que diferentemente do afirmado por Ana Paula Didier Studart e Luciano Martinez, o direito ao esquecimento não é só “o direito que o indivíduo tem de apagar informações sobre ele, depois de um certo período de tempo” (STUDART; MARTINEZ, 2019, p. 122). Para fins deste artigo, não só o tempo transcorrido não tem relevância direta com a intensidade do direito, como também não se trata de apagar fatos ou reescrevê-los, como bem ditou o Enunciado nº 531, mas sim de discutir o uso desses fatos (em especial sobre o modo e a finalidade). Entende-se que os autores realizaram um esforço de exegese na conceituação, porém, se trata mais da regulação da forma e da intenção do que do uso ou não da informação. Inclusive, no caso da lista negra, quando o fato ocorreu não tem qualquer importância. Aliás, a veracidade também não interessa.

No Brasil, portanto, o conceito mais adotado de direito ao esquecimento traz a possibilidade de diminuir o acesso a determinada informação sobre si mesmo ou alterar a forma ou a finalidade dessa lembrança. Não se trata, assim, de apagar fatos da memória coletiva, mas de modular o uso das informações, mesmo se elas tiverem sido ofertadas ao público pelo próprio autor (art. 11 do CC/02). Diferentemente dos EUA, porém, a CR/88, o CC/02⁶ e o Marco Civil da Internet trazem elementos sobre a temática, como se verá a seguir.

3.2 Contorno constitucional e legal do direito ao esquecimento e sua aplicação ao Direito do Trabalho

A CR/88 prevê, no rol de direitos e garantias fundamentais, o direito de resposta e a indenização por dano material, moral ou à imagem (art. 5º, V); a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano

⁶ A título de recordação, a Constituição norte-americana não traz em nenhum de seus textos o conceito de proteção à privacidade. Além disso, os códigos civis, bem como toda a regulação sobre responsabilidade civil (*torts*), são estaduais, quando existentes.

material ou moral decorrente de sua violação (art. 5º, X); e a inviolabilidade de sigilo, salvo ordem judicial (art. 5º, XII). (BRASIL, 1988). Todavia, como já afirmado, é o princípio da dignidade humana que faz com que derivem todas as conceituações sobre o esquecimento, que ficam apoiadas pelos demais direitos fundamentais.

Na compreensão de Sarlet, o direito ao esquecimento é derivado diretamente da tutela da dignidade, não se tratando “propriamente de um novo direito, mas sim, de uma particular manifestação [...] de um conjunto de princípios e direitos fundamentais já consagrados” (SARLET, 2015). No entanto, o autor entende ser possível classificá-lo como direito fundamental implícito, de forma a conferir caráter mais amplo do que as previsões legais específicas, que estão no CC/02 e na Lei do Marco Civil da Internet.

Esta última possui previsão de menor alcance do que os direitos fundamentais, apontando apenas para a exclusão de dados que tenham sido fornecidos pelo próprio dono a determinada aplicação da internet, sendo possível somente a ele requerer a exclusão:

Art. 7º - O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

[...]

X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação da internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstos nesta lei. (BRASIL, 2014).

Por isso entende Sarlet que, embora as decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não tenham se preocupado em indicar a autonomia e âmbito de prestação do direito ao esquecimento, ele de fato se incorporou no cenário jurídico brasileiro. (SARLET, 2018). Além disso, mesmo diante de uma previsão incompleta do Marco Civil, em relação à determinação do CC/02 “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002), menção que amplia sua aplicação.

Mas qual seria a sua utilidade no Direito do Trabalho?

Em 2018, o STJ fixou, em acórdão que discutia o direito ao esquecimento no caso de uma promotora de justiça que tinha o nome constantemente vinculado ao tema “fraude em concurso para juiz” em buscas no Google, que a essência desse direito não é “efetivamente apagar o passado, mas [...] permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente lembrado” (STJ aplica..., 2018).

Foi possível, portanto, desvincular o esquecimento relativo apenas a fatos criminais e ampliá-los para fatos desabonadores.⁷

Sendo direito fundamental, sempre haverá aplicação a todos os ramos jurídicos. Porém, diferentemente dos ramos penal e cível, o Direito do Trabalho necessita do que Studart e Martinez denominaram como “quarta vertente” do direito ao esquecimento, indicando a aplicação nas relações de trabalho para garantir direitos fundamentais.

Nesse sentido, há uma infinidade de fatos desabonadores que podem trazer consequências para as relações trabalhistas. Estes podem acontecer antes, durante ou após o estabelecimento da relação empregatícia, porém, neste artigo, serão considerados apenas os ocorridos previamente, dando azo a formas de discriminação pré-contratual.

Sobre essa fase, Studart e Martinez exemplificam uma forma de aplicação:

Durante uma seleção de emprego, uma pessoa que esteja concorrendo a determinada vaga pode querer que o empregador ou um preposto do mesmo que esteja realizando o processo seletivo, não saiba ou não tenha acesso a determinada informação sobre si. Aqui, além de questões penais, ou seja, os antecedentes criminais ou até mesmo algum processo que tenha respondido ou movido na área penal, tendo sido inocentado ou não, estão englobadas também questões relativas a reclamações trabalhistas antigas ou até mesmo ainda em curso, grupos ou manifestações políticas que tenha participado, entrevistas para algum programa televisivo no qual expressou uma opinião pessoal, ou até mesmo questões familiares que possam ter sido divulgadas nas mídias e meios de comunicação. (STUDART; MARTINEZ, 2019).

É sabido que existem diversas formas de discriminação e a pré-contratual por vezes passa despercebida, por seu tom subjetivo e nem sempre expresso. O que se iniciou como um reconhecimento de que os antecedentes criminais não poderiam barrar a contratação⁸, hoje assume novos contornos, nos quais posição política, econômica e até gostos pessoais fazem com que se atue com padrões discriminatórios.

No caso da lista negra, a conexão é simples: cada empregadora ou ex-empregadora faz um comentário negativo sobre a respectiva empregada ou ex-empregada, para que futuras empregadoras evitem a contratação antes mesmo do contato inicial. A isso, se está denominando discriminação. Porém, com a agravante de ofensa ao direito ao esquecimento.

3.3 Direito ao esquecimento e padrões discriminatórios

⁷ No art. 202 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), existe a possibilidade de impedir, após o cumprimento da pena, que a informação de condenação conste de documentos, salvo para instruir processo por nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

⁸ A discussão sobre algumas profissões nas quais a ficha de antecedentes criminais seria relevante ainda persiste, bem como a relativa à possibilidade de pedir a ficha como requisito pré-contratual: NJ ESPECIAL, 2017; TST DEFINE..., 2017.

O direito ao esquecimento, portanto, é a possibilidade de não ter sobre si divulgados atos desabonadores por toda a eternidade, mesmo que eventualmente eles possam ser encontrados em veículos de comunicação (nos quais se incluem aqui as conversas feitas pelo aplicativo Whatsapp). E, por desabonadores, se consideram quaisquer atos que causem, no receptor, o efeito de diminuir quem os praticou.

Como visto na exemplificação das falas de empregadoras, não necessariamente os atos praticados são, em si, desabonadores. Qual seria o problema de comer muito? E a relevância de cantar durante o serviço? De brigar com o marido? Parecem observações inocentes, mas servem como barreiras à contratação.

Por mais que se pense na aplicação do direito ao esquecimento em casos extremos, como babás condenadas por crimes violentos ou por danos ao patrimônio, ele também se aplica a fatos corriqueiros, situações que não possuem qualquer necessidade de serem compartilhadas. Mas que o são. Para gerar exatamente o que produzem: a discriminação na contratação.

Assim, quem tem acesso às planilhas de lista negra evita inclusive o primeiro contato. Vê cada nome como alguém que cometeu um erro que merece ser revivido (se é que o erro realmente existiu) e propagado. Mas certamente alguém afirmará que essa elaboração não gera discriminação, mas é simples decorrência do direito à informação. Inclusive, a leitura seca das normas internacionais poderia levar a essa conclusão.

Aprovada em 1964 e promulgada em 1968, com vigência desde 1966, a Convenção nº 111 da OIT define o que viria a ser a discriminação, iniciando pelas distinções, exclusões ou preferências fundadas em (i) raça; (ii) cor; (iii) sexo; (iv) religião; (v) opinião política; (vi) ascendência nacional; ou (vii) origem social. Para que se considere quaisquer desses atos como discriminação, o efeito deve ser o de destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego e profissão.

De forma mais abrangente, a Convenção ainda trata como discriminação quaisquer distinções, exclusões ou preferências que causem o mesmo efeito, desde que especificadas pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações de representação. Percebe-se, portanto, que inicialmente os atos abordados no estudo de caso não se amoldaria às previsões internacionais. Porém, a conexão com o direito ao esquecimento mostra que a discriminação vai muito além das citadas na enumeração.

Mas a previsão legal brasileira não para por aí.

Da mesma forma como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) prevê critérios que caracterizam a discriminação, como sexo, cor, etnia, nacionalidade, estado gravídico, idade,

situação familiar, opinião política, atuação sindical (arts. 5º, 373-A, 461, 510-B), a Lei nº 9.029/95 proíbe discriminação também por deficiência, reabilitação profissional, estado civil e adiciona o termo “entre outros”, permitindo ao aplicador a utilização de novos critérios, dando contorno a mais formas discriminatórias. Nesse sentido, também está a Súmula 443 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que acrescenta a possibilidade de o trabalhador portar o vírus HIV ou possuir doença grave que suscite estigma ou preconceito ter sua dispensa presumida como discriminatória.

Existe, portanto, uma autorização legal para classificar novas formas de discriminação, como a que vem ocorrendo em função da divulgação de listas contendo fatos desabonadores sobre empregadas domésticas que cumprem a função de babá. E, por esse ângulo, se nota uma ofensa ao direito de modular os fatos da própria vida, para que eles não repercutam mais do que o necessário. Nessa lógica vem se delineando a jurisprudência trabalhista, afirmando Guilherme da Hora Pereira que os atuais critérios dos tribunais envolvem:

O empregador não pode se valer de critérios de seleção que não tenham relação com o cargo a ser preenchido (por exemplo, não selecionar mulheres grávidas ou casadas para uma determinada vaga);
O empregador não pode se valer de critérios variáveis para o preenchimento da vaga (por exemplo, exigir o preenchimento de requisitos diferentes para homens e para mulheres que concorrem à mesma vaga); e
O empregador não pode se utilizar de procedimento de seleção que exclua grupos específicos de pessoas (por exemplo, não selecionar pessoas que professem a fé islâmica); (PEREIRA, 2016).

Além disso, sobre os danos ocorridos na fase pré-contratual, já afirmou o TST que:

[...] Conclui-se ser possível o pedido de indenização por danos morais ocorridos nas negociações preliminares. Como a controvérsia em questão decorre de relação de trabalho, ainda que na fase das tratativas, compete à Justiça do Trabalho o seu julgamento. [...] (BRASIL, 2006).

A publicação de um documento contendo essa modalidade de dados fere o direito ao esquecimento e, por consequência, a dignidade. Quando ganha contornos de discriminação pré-contratual (e pós, diga-se de passagem), fere também a igualdade e gera danos. Por isso a resposta ao comentário de quem propôs a lista é negativa: não é possível apagar o conteúdo após sua propagação pelo Whatsapp. Mais do que nunca, a palavra é como flecha; uma vez lançada não há mais como parar seu trajeto.

Se está diante, portanto, de novos padrões de discriminação, derivados de ofensa a esses direitos fundamentais. E o que o Direito do Trabalho pode fazer sobre isso?

4 DIREITO PARA QUÊ?

Não é incomum ouvir reclamações de empregadoras domésticas sobre a quantidade de direitos adquiridos pelas trabalhadoras. “Esse tanto de direito para quê?” Essa incompreensão vem do próprio fato de o Direito do Trabalho – e, de quebra, a CR/88 – ter tratado de forma diferente essas relações.

A CR/88 foi publicada em um claro contexto de continuidade dos processos de escravidão no Brasil (que nunca foi de fato abolida, embora tenha se tornado ilegal), concedendo menos direitos aos trabalhadores domésticos que aos demais, na medida em que o parágrafo único do art. 7º dizia: “São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social”. (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o rol completo do art. 7º, protetor dos direitos fundamentais trabalhistas, não se aplicava à categoria doméstica, e por isso a essas trabalhadoras não era estendida, entre outros direitos, a proteção da jornada, o que fazia, por exemplo, com que pudessem trabalhar vinte e quatro horas por dia sem jamais receber horas extras. Inclusive, é essa uma das maiores queixas que acompanham as chamadas listas negras de babás: “– Mas ela não dorme com o bebê?” ou “– Preciso de indicação de babá que fique 24 horas e trabalhe nos finais de semana, não estou achando nenhuma que tope”. Sem contar as que culpam a Lei Complementar nº 150/2015 pela instituição de horas extras e adicional noturno, ao que parece ser uma referência ao período escravagista no qual os domésticos moravam na casa dos patrões e podiam ser chamados a trabalhar em qualquer hora, inclusive durante o descanso noturno. (MELO; FINELLI, 2015).

Contudo, depois da Emenda Constitucional nº 72/13, o parágrafo único do art. 7º sofreu alterações, teoricamente pondo fim a anos de discriminação constitucional de direitos. E se diz teoricamente porque não foi o que ocorreu na prática. Primeiro, porque em vez de simplesmente mudar o *caput* e inserir na redação “são direitos dos trabalhadores urbanos, rurais e domésticos⁹”, preferiu adicionar os diversos incisos do art. 7º ao parágrafo único, pulando alguns que ninguém perceberia (incisos V, XI, XIV, XX, XXIII, XXVII, XXIX, XXXII e

⁹ Como se domésticos não fossem trabalhadores urbanos nem rurais.

XXXIV), sob a justificativa de não serem aplicáveis. Ressalte-se que, nessa omissão, faltou estender às domésticas o direito ao piso salarial (inc. V), à prescrição (inc. XXIX), a adicionais (inc. XXIII) e à proteção do mercado de trabalho da mulher (inc. XX), entre outros.

Certamente, a nova redação trouxe direitos que antes não existiam, como a proteção de jornada, nisso incluindo a limitação do labor a oito horas diárias e 44 semanais, adicional noturno, adicional de horas extras, fundo de garantia por tempo de serviço obrigatório etc. E como consequência, também a proteção contra a discriminação. (BRASIL, 2018). Porém, a legislação surgiu da pressão internacional, após a Convenção nº 189 e a Recomendação nº 201 da OIT (2011) terem determinado a “concessão dos mesmos direitos dos empregados urbanos aos trabalhadores domésticos, não tendo sido, infelizmente, fruto de uma profunda mudança na sociedade e nos legisladores da forma de tratar o trabalho doméstico” (MELO; FINELLI, 2015, p. 6).

Exatamente por isso, esses direitos são constantemente questionados. E geram nas empregadoras a sensação de que, se agora precisam pagar mais, que pelo menos o produto (ou seja, a pessoa) seja melhor. E que se possa saber sobre ele todas as especificações antes da aquisição. Onde estão essas especificações? Na lista. E a quem cabe regular conflitos entre trabalhadores? Ao Direito do Trabalho. É para isso que ele serve.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é tarefa fácil organizar de forma discreta temas de ampla suscetibilidade. Toda vez que o trabalho produtivo se choca com o reprodutivo, o que acontecerá fatalmente no campo do trabalho doméstico, os limites ficam dispersos e a cientificidade acaba indo a favor de determinadas correntes ideológicas.

A necessidade de propagar informações com impulsividade tem sido colocada, nesse sentido, acima do que o Direito indica merecer proteção: o direito ao esquecimento. É o que vem ocorrendo com as listas negras; atitudes antiéticas disfarçadas de informação.

Os objetivos deste artigo eram analisar as repercussões jurídicas das listas negras, por meio de um conceito real de direito ao esquecimento e não do *right to be alone* norte-americano, que se mostrou não relacionado ao tema, muito embora seja usado sem parcimônia pela maioria da doutrina. Feito isso, confirmou-se a hipótese de que as referidas listas ferem esse direito e também sua fonte, cabendo ao Direito do Trabalho regular tais situações.

O "direito de ser deixado em paz" foi incorporado na doutrina brasileira sem a devida reflexão sobre seu significado e origem, conectada esta diretamente à proteção de cidadãos da

interferência do governo e não dos outros cidadãos. A própria menção original, no caso *Olmstead v. United States*, em 1928, indica de forma clara que a proteção é contra a imprensa, fotógrafos ou quaisquer pessoas que tivessem aparelhos reprodutores de cenas ou sons. O caso *Wiebesick v. Golden Valley* indica, por sua vez, a amplitude do direito de ser deixado em paz, que não limita a modular o direito à informação.

O *privacy* (direito de privacidade norte-americano) possui espécies que abarcam maior amplitude e se dividem na proteção aos assuntos privados (*intrusion*), publicação de fatos embaraçosos (*public disclosure*), publicação similar à difamação (*false light*) e o abuso do nome ou da imagem (*appropriation*). Nesse sentido, o direito ao esquecimento brasileiro se vincula ao *public disclosure* e ao *false light* do que ao *right to be let alone*.

Assim, fixou-se, por meio do estudo de caso, que o conceito brasileiro de direito ao esquecimento tem sido propagado de forma incorreta pela doutrina, indicando apenas a possibilidade de que cada um apague informações sobre si mesmo após um período de tempo. No contorno constitucional, Ingo Sarlet corretamente vincula o direito ao esquecimento à tutela da dignidade, como sua particular manifestação e, talvez, direito fundamental implícito.

Na seara trabalhista, a não observância desse direito acaba por acarretar padrões discriminatórios pré-contratuais. Em termos legais, a proteção mais intensa provém da Lei nº 9.029/95, que proíbe a discriminação por outros motivos além dos já tratados constitucionalmente e pela CLT.

O que começa como uma inocente conversa entre mães pode se tornar um conjunto de danos às trabalhadoras a elas vinculadas. Pode parecer exagero, mas o direito ao esquecimento faz com que cada um se coloque no lugar do outro e se pergunte: eu gostaria que esse fato íntimo – ou não – sobre a minha vida fosse propagado indefinidamente por meio do Whatsapp? Como eu me sentiria se não tivesse mais oportunidades de trabalho em decorrência dessa propagação?

Cabe assim, ao Direito do Trabalho, porque cumpridor do princípio da Justiça Social, indicar o limite entre a divulgação natural de informações sobre trabalhadoras e a propagação de listas negras que têm um claro objetivo: barrar, antes mesmo do contato, a contratação.

Exatamente por ser um ambiente de, na maioria das vezes, difícil convivência, pelo nível de intimidade, é que as atuações deveriam ser revestidas de discrição, evitando formar em possíveis empregadoras um pobre conceito sobre cada trabalhadora. E a jurisprudência logo terá que se ocupar com isso, assim como a doutrina.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. **Enunciado nº 531**. 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 17 abr. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União, 24 abr. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em 26 set. 2021.

BRASIL. **Lei complementar nº 150, de 1º de junho de 2015**. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 2 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Ministério do Trabalho. Secretaria de Inspeção do Trabalho. **Perguntas e respostas sobre discriminação no trabalho**. Brasília: Ministério do Trabalho, 2018. Disponível em: https://enit.trabalho.gov.br/portal/images/manuais/Discriminacao_no_Trabalho.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 93100-69.2003.5.07.0006**, 3ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 10/02/2006. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/52989255e89fa9b0db346f651148b5f2>. Acesso em: 26 set. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 443**. Dispensa discriminatória. presunção. empregado portador de doença grave. estigma ou preconceito. direito à reintegração - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html. Acesso em: 26 set. 2021.

BURROWS, Leah. To be let alone: Brandeis foresaw privacy problems: what would the privacy-law champion make of surveillance programs like PRISM? **Brandeis Now**, 24 jul. 2013. Disponível em: <https://www.brandeis.edu/now/2013/july/privacy.html>. Acesso em: 28 set. 2021.

CARDOSO, Adalberto. Escravidão e sociabilidade capitalista: um ensaio sobre inércia social. **Novos estud.** - CEBRAP, São Paulo, n. 80, p. 71-88, Mar. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002008000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 18 jul. 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. **Olmstead v. United States**, 277 US 438 (1928). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/277/438/>. Acesso em: 28 set. 2021.

MELO, Geraldo Magela; FINELLI, Lília Carvalho. **Lei complementar nº 150/2015 comentada**. Belo Horizonte: RTM, 2015.

NJ ESPECIAL: a exigência de certidão de antecedentes criminais antes da contratação pode gerar a obrigação de indenizar? **Portal TRT3**, 6 jan. 2017. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-juridicas/importadas-2017/nj-especial-a-exigencia-de-certidao-de-antecedentes-criminais-antes-da-contratacao-pode-gerar-a-obrigacao-de-indenizar-06-01-2017-06-04-acs>. Acesso em 26 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação**. Aprovada na 42ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 1958. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em: 26 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 189 e Recomendação nº 201 sobre trabalho decente para as trabalhadoras e os trabalhadores domésticos**. Aprovada na 100ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Genebra, 2011. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_169517.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

PEREIRA, Guilherme da Hora. Discriminação pré-contratual. **Jusbrasil**, 26 jan. 2016. Disponível em: <https://guilhermedahora.jusbrasil.com.br/noticias/300482531/discriminacao-pre-contratual>. Acesso em: 26 set. 2021.

SANDERS, Anthony. The right to be left alone. **Institute for justice**, v. 25, i. 2, abr. 2016. Disponível em: <https://ij.org/ll/april-2016-volume-25-issue-2/right-left-alone/>. Acesso em: 28 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet. **Conjur**, 22 maio 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>. Acesso em: 26 set. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Vale a pena lembrar o que estamos fazendo com o direito ao esquecimento. **Conjur**, 26 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-26/direitos-fundamentais-vale-pena-lembrar-fizemos-direito-esquecimento>. Acesso em: 26 set. 2021.

STJ APLICA direito ao esquecimento em caso de buscas sobre fraude em concurso. **Migalhas**, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI279890,21048-STJ+aplica+direito+ao+esquecimento+em+caso+de+buscas+sobre+fraude+em>. Acesso em: 28 set. 2021.

STUDART, Ana Paula Didier; MARTINEZ, Luciano. O direito ao esquecimento como direito fundamental nas relações de trabalho. **RJLB**, ano 5, n. 1, p. 121-165, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_0121_0165.pdf. Acesso em: 26 set. 2021.

TST DEFINE situações em que empresa pode pedir antecedentes criminais. **Conjur**, 28 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-abr-28/tst-define-quando-empresa-pedir-antecedentes-criminais>. Acesso em: 26 set. 2021.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. O surgimento e o desenvolvimento do *right of privacy* nos Estados Unidos. **Revista de doutrina do TRF4**, 27 fev. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Leonardo_Zanini.html. Acesso em: 28 set. 2021.

Submissão: 31/12/2019 Aprovação: 08/11/2021

A COMPREENSÃO DAS DIMENSÕES DA VULNERABILIDADE HUMANA NAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS: UMA PERSPECTIVA A PARTIR DA AUTONOMIA

UNDERSTANDING THE DIMENSIONS OF HUMAN VULNERABILITY IN EXISTENT LEGAL SITUATIONS: A PERSPECTIVE FROM OF AUTONOMY

*Ana Thereza Meirelles*¹
Universidade Católica de Salvador

*Maria de Fátima Freire de Sá*²
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

*Rafael Verdival*³
Universidade Federal da Bahia

*Caio Lage*⁴
Universidade Católica de Salvador

Resumo:

A ideia de vulnerabilidade ainda se apresenta inadequadamente explorada pelo Direito, visto que a legislação atual e a atividade interpretativa não contemplam, de forma aprofundada, suas múltiplas dimensões de manifestação no âmbito das situações jurídicas existenciais. A compreensão adequada das dimensões múltiplas da vulnerabilidade influencia a aferição correta da condição de autonomia do sujeito que decide, na medida em que reflete sua personalidade. Torna-se, então, fundamental incorporar as possibilidades distintas quanto à incidência das vulnerabilidades nas relações que envolvem decisões sobre início, fim e continuidade da vida, saúde e corpo. A vulnerabilidade não deve ser, por outro lado, elemento presumidamente capaz de anular a autonomia, mas pressuposto que a legitima. Tem-se como objetivo principal desse escrito analisar as dimensões distintas da vulnerabilidade e sua influência no âmbito das decisões concernentes às situações jurídicas existenciais. Este artigo é uma pesquisa bibliográfica qualitativa desenvolvida por meio do método analítico-discursivo.

Palavras-chave:

Vulnerabilidade. Vida. Autonomia. Situações Existenciais. Saúde.

¹ Pós-Doutora em Medicina pela UFBA. Doutora e Mestre em Direito pela UFBA. Professora da UNEB, do PPGD-UCSAL e da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Bioética (SBB). Coordenadora da Pós-graduação em Direito Médico, da Saúde e Bioética da Faculdade Baiana de Direito. Líder do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB/UCSAL). E-mail: anathereameirelles@gmail.com.

² Doutora em Direito pela UFMG e Mestre em Direito pela PUC Minas. Advogada. Professora do Curso de Graduação em Direito da PUC Minas. Professora do Mestrado e do Doutorado em Direito da PUC Minas. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Médico e Bioética do IEC-PUC Minas. Líder do Grupo de Pesquisa CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (PUC/MG). E-mail: mfatimasa@uol.com.br.

³ Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Integrante da diretoria da Sociedade Brasileira de Bioética – Regional Bahia (SBB/BA). Membro do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB/UCSAL). E-mail: rafaelverdival@gmail.com

⁴ Mestrando em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Especializando em Direito Médico, da Saúde e Bioética pela Faculdade Baiana de Direito (FBD). Membro da Sociedade Brasileira de Bioética – Regional Bahia (SBB/BA). Integrante do CEBID JUSBIOMED – Grupo de Pesquisa em Bioética, Biodireito e Direito Médico (UNEB/UCSAL). E-mail: caiolagemartins@gmail.com.

Abstract:

The idea of vulnerability is still inadequately explored by Law, since current legislation and the interpretive activity do not contemplate, in depth, its multiple dimensions of manifestation in the scope of existential legal situations. Adequate understanding of the multiple dimensions of vulnerability influences the correct assessment of the autonomy condition of the subject who decides, as it reflects his/her personality. Therefore, it is essential to incorporate the different possibilities regarding the incidence of vulnerabilities in relationships that involve decisions about the beginning, end and continuity of life, health and body. Vulnerability should not be, on the other hand, an element presumably capable of nullifying autonomy, but a presupposition that legitimizes it. The main objective of this paper is to analyze the different dimensions of vulnerability and its influence in the context of decisions concerning existential legal situations. This article is a qualitative bibliographic research developed through the analytical-discursive method.

Keywords:

Vulnerability. Life. Autonomy. Existential Situations. Health.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre autonomia e vulnerabilidade é capaz de agregar complexas situações que envolvem decisões sobre o início, a continuidade e o fim da vida, bem como a saúde e o corpo. A compreensão da ideia (ou do conceito) de vulnerabilidade, em seus diferentes sentidos, ainda é inadequadamente explorada pelo Direito, fato provavelmente justificado pela sua expressiva dimensão subjetiva.

Este artigo tem como objetivo apontar as dimensões da vulnerabilidade a partir da compreensão de sua indissociável relação com o exercício da autonomia no âmbito das situações jurídicas existenciais. Propõe-se, dessa forma, que a compreensão da manifestação livre da autonomia, em situações que envolvem os bens jurídicos vida, saúde e corpo, parta do pressuposto da aferição das possíveis vulnerabilidades. A ideia não é propor que a vulnerabilidade se torne elemento capaz de anular a autonomia, mas pressuposto pertinente para garantir que ela seja consentaneamente exercida em contextos de extrema relevância para a vida e a saúde do sujeito.

Para tanto, aborda-se o conceito de vulnerabilidade a partir da compreensão de suas perspectivas ontológica e circunstancial (ou adquirida). Pretende-se elucidar as principais características de cada uma das formas de manifestação, demonstrando como comandos normativos meramente pragmáticos são insuficientes para garantir a proteção jurídica necessária em situações não patrimoniais. Torna-se evidente, por este caminho, a importância do diálogo entre o Direito e outras fontes científicas, filosóficas e éticas.

A vulnerabilidade, apesar de ser uma categoria subjetiva e de difícil aferição, precisa ser concebida, juridicamente, como elemento imprescindível à constatação da autonomia. A existência de normas específicas que põem a vulnerabilidade como condição categórica em determinadas relações jurídicas não pode ser o único parâmetro para o reconhecimento da real condição de autodeterminação de um sujeito.

A pesquisa é uma revisão bibliográfica qualitativa e tem como abordagem metodológica a proposta analítico-discursiva, uma vez que busca analisar os fundamentos do conceito de vulnerabilidade associando-os à uma compreensão jurídica adequada da ideia de autonomia, com a finalidade de legitimar decisões que versem sobre bens jurídicos de natureza existencial.

2 AS DIMENSÕES ONTOLÓGICA E ADQUIRIDAS DA VULNERABILIDADE

As situações existenciais compreendem bens jurídicos fundamentais, como a vida, a saúde, o corpo e a integridade físico-psíquica, que não podem ser interpretados sem que não estejam associados ao pressuposto da dignidade humana. Assim, conflitos que decorrem de situações dessa natureza estão intimamente relacionados à busca de soluções para problemas inerentes à condição de ser pessoa.

Temáticas voltadas ao nascimento, à continuidade da vida e à existência dos seres humanos demandam reflexões bioéticas aprofundadas, na medida em que a autonomia não pode deixar de ser reconhecida como protagonista de possíveis conflitos que daí decorram. O reconhecimento da autonomia, como elemento central das situações que agregam as questões existenciais, é justamente o grande ponto desafiador. Não basta o reconhecimento social e normativo da autonomia, como fundamental à tomada de decisões humanas, se o seu estudo não partir das dimensões que podem dificultar o seu exercício legítimo. Assim, é necessário, definitivamente, compreender que também compete ao Direito uma análise criteriosa da ideia de vulnerabilidade.

Tal análise não encontra adequação apenas na compreensão desse conceito como um pressuposto genérico, que protege, por exemplo, o consumidor e o empregado diante de determinada relação jurídica. A vulnerabilidade, quando considerada no âmbito de situações bioéticas e, portanto, existenciais, ganha complexidade e características singulares.

Em associação à ideia de vulnerabilidade, sempre ascendem questões ligadas ao paternalismo médico-científico, o que corrobora, ainda mais, a busca pelo desenvolvimento de estudos que revelem aprofundamentos teóricos (ROGERS; MACKENZIE; DODDS, 2012, p.13), em prol de contribuir com a pragmática. Em verdade, a compreensão completa sobre vulnerabilidade exorbita as dimensões do Direito e da Medicina e busca alicerce em elementos da Filosofia, da Sociologia, da Teologia e da Psicologia. Essa interseção de saberes, capaz de proporcionar o entendimento sobre condições humanas pautadas em elementos subjetivos, auxilia na elucidação acerca do que é, de fato, ser vulnerável.

Cada realidade pessoal, sob um olhar da condição de vulnerável, agrega respectivo coeficiente de subjetividade, o que torna a percepção de tais características nem sempre facilmente aferível. Isso significa dizer que não se deve conceber a ideia de vulnerabilidade como um rótulo ou uma condição hermética e fechada, mas como realidade complexa, dotada de distintas dimensões.

A dinamicidade da ideia de vulnerabilidade é evidenciada a partir dos contextos de sua enunciação e a da própria evolução do pensamento bioético. Conforme Maria do Céu Patrão Neves, embora a etimologia da palavra “vulnerabilidade” aponte para “susceptibilidade de ser ferido” (NEVES, 2006, p. 158), é possível que o termo possa ser aplicado para diferentes contextos, considerando sentidos distintos, mas não opostos.

Essa perspectiva dimensional da vulnerabilidade é trabalhada por Florência Luna, que propõe a interpretação do conceito por meio da metáfora das capas. De acordo com a autora, existem diversas vulnerabilidades, em uma concepção fluída e dinâmica, que são evidenciadas de acordo com cada situação (LUNA, 2008). Tais vulnerabilidades podem ser descortinadas como se fossem capas, removidas uma a uma, conforme o contexto no qual estão inseridas. Nesse cenário, é possível que, sobre um mesmo sujeito ou grupo de indivíduos, incidam diversas dessas camadas, que se sobrepõem e operam em diferentes frentes. Isso permite que alguém seja vulnerável simultaneamente em diversas dimensões, ou seja, que a sua existência contingencie uma série de elementos subjetivos que justificam a sua condição de vulnerabilidade. Esses elementos estão relacionados a condições sociais e econômicas, como acesso à educação, questões de gênero, idade, etnia, raça, entre outras.

Assim, seria possível, por exemplo, identificar em uma mesma situação uma camada de vulnerabilidade relacionada aos problemas do consentimento informado, enquanto outra guardaria relação com aspectos sociais (LUNA, 2008, p. 7-8). Por essa ótica, nota-se que dinamicidade e flexibilidade são dois atributos inerentes à noção de vulnerabilidade. Torna-se pressuposto, então, identificar qual capa de vulnerabilidade está presente, antes de tentar amenizar essa condição, o que nem sempre é uma tarefa fácil.

Para Márcio Fabri, a ideia de vulnerabilidade deve ser aferida a partir da sua relação com o poder. Essa relação pode ser verificada em três perspectivas principais. A primeira consiste no “fascínio pelo poder tecnológico”, que dificulta o reconhecimento das vulnerabilidades e a construção de limites para suas condutas. A segunda refere-se ao surgimento de vulnerabilidades a partir da assimetria na distribuição sociológica do poder de produção e consumo nas sociedades modernas, levando a acentuadas desigualdades sociais e econômicas. A terceira, por sua vez, é verificada a partir da insegurança e da violência que se

fazem presentes por meio de guerras, do terrorismo, das ações armadas e da criminalidade (ANJOS, 2006, p. 176-177).

Condições de vulnerabilidade demandam do Direito, por meio da norma, a adequação da tutela. Porém, a assimilação do conceito pela área jurídica ainda carece de aprofundamento, de maneira que o seu conteúdo possa efetivamente ser utilizado como fundamento legal para a proteção de determinados sujeitos ou grupos sociais.

Para que seja possível entender como as vulnerabilidades impactam no exercício da autonomia em situações existenciais, faz-se imprescindível compreender as suas distintas dimensões.

2.1 VULNERABILIDADE COMO CONDIÇÃO HUMANA

A compreensão ontológica da vulnerabilidade tem como ponto de partida o seu reconhecimento como condição humana. Situações que envolvem a preservação da vida, da saúde, do corpo e da integridade demonstram a fragilidade da espécie humana que, em sua essência, é naturalmente vulnerável. Nesse âmbito, é mais nítido perceber que a vulnerabilidade é um atributo intrínseco e universal à existência das pessoas (MEIRELLES, 2018, p. 19). A primeira dimensão de vulnerabilidade está, então, no simples fato de se existir.

É difícil estabelecer um conceito geral para vulnerabilidade. A condição humana é formada por inúmeros elementos que influenciam distintamente as nuances da existência pessoal. Sendo assim, ser vulnerável é uma condição que pode se manifestar de múltiplas formas, o que faz com que se possa falar em sentidos da vulnerabilidade. Entretanto, mesmo diante dessa pluralidade de sentidos, a capacidade de ser ferido parece despontar como um núcleo comum que une a compreensão dessa ideia.

Para a compreensão da dimensão ontológica da vulnerabilidade, deve-se entendê-la por meio de suas funções adjetiva e subjetiva (NEVES, 2006, p. 165). A função adjetiva aparta pessoas ou grupos de pessoas a partir de características em comum que os distinguem dos outros indivíduos e grupos da população. Essas diferenças, por sua vez, demandam a expressão da autonomia desses sujeitos pela prática do consentimento livre e esclarecido como forma de suprir a condição de vulnerabilidade (NEVES, 2006, p. 165). Sua incidência se faz em razão da possibilidade de outras pessoas causarem prejuízos aos interesses daqueles vulneráveis, como ocorre, por exemplo, no meio biomédico e na experimentação com seres humanos (VASCONCELOS, 2020, p. 76). Essa função será retomada dentro da abordagem das suas dimensões.

Não obstante, é por meio da função subjetiva que se percebe com maior clareza como a vulnerabilidade é uma condição humana. Isso porque a característica dessa função é a universalidade. Ao invés de se identificar um indivíduo vulnerável em razão da manifestação de alguma qualificação que o distingue, deve-se ter em conta que todos os seres humanos são potencialmente vulneráveis simplesmente por serem humanos (NEVES, 2006, p. 166).

A humanidade tem em comum a sua finitude, a ideia de mortalidade que é indissociável de qualquer existência (KEMP; RENDTORFF, 2003, p. 687-692. A partir do momento que se compreende que a vulnerabilidade, em sua dimensão subjetiva, é um elemento intrínseco à condição de ser humano, as características de irreducibilidade e inalienabilidade dessa condição passam a ficar claras (VASCONCELOS, 2020, p. 79).

Hans Jonas afirma que todos os seres vivos devem ser concebidos como ontologicamente vulneráveis, mas atenta que, no plano da ética, há um apelo para que as condutas devam ser conduzidas pelo sentido de responsabilidade perante a ameaça de perecimento dos seres existentes. O ser humano, então, assume o poder de zelar pela proteção de todo o planeta, já que é a única espécie que tem o poder de impedir a destruição e preservar a existência (JONAS, 2006).

Assim, a tutela dos bens jurídicos relacionados às situações jurídicas existenciais deve ocorrer levando em consideração a sua indissociabilidade da compreensão da vulnerabilidade. A lei precisa considerar que tal dimensão subjetiva é o ponto de partida que iguala as pessoas ontologicamente, mas a sua compreensão completa dependerá da identificação do adequado sentido que está sendo manifestado na dimensão adjetiva. Pragmaticamente, a função subjetiva representa a vulnerabilidade universalmente como condição humana, enquanto a função adjetiva se manifesta circunstancialmente de acordo com características particulares dos sujeitos ou grupos sociais.

2.2 VULNERABILIDADES ADQUIRIDAS

A compreensão das diferentes categorias subjetivas da vulnerabilidade parte, como apontado, das circunstâncias, fatos e situações em que os sujeitos estão inseridos. Diversos fatores concorrem para uma análise adequada das suas categorias ou classificações, já que se revelam em aspectos sociais, econômicos, religiosos, de gênero, de raça/ etnia entre outros. Assim, suas múltiplas dimensões não podem ser compreendidas por uma ótica singular, mas a partir de uma perspectiva multidisciplinar.

Uma investigação aprofundada da ideia de vulnerabilidade é, antes de tudo, um desafio para toda pesquisa. O seu coeficiente multidisciplinar é capaz de revelar “circunstâncias plúrimas e, conseqüentemente, evidenciar o agrupamento de elementos complexos, de difícil identificação, muitas vezes, por estarem inseridos na dimensão subjetiva de uma pessoa ou de determinados grupos de pessoas” (MEIRELLES; LINS-KUSTERER, 2021, p. 346).

Propondo abordagem multidisciplinar, Kenneth Kipnis apresenta uma taxonomia bioética a fim de classificar os tipos de vulnerabilidade. Tomando como ponto de partida a capacidade de consentimento de uma pessoa, o filósofo estadunidense aponta seis dimensões: cognitiva; jurídica; de deferência; médica; de alocação; e de infraestrutura (KIPNIS, 2001).

De acordo com o Kipnis, o primeiro grupo, relativo à vulnerabilidade cognitiva, está relacionado à capacidade de compreensão de informações, bem como de tomada de decisões, manifestando-se por meio de condições psiquiátricas ou de imaturidade que limitem a cognição do indivíduo. A vulnerabilidade jurídica, por sua vez, ocorre em razão da submissão à uma autoridade legal. Não obstante, quando essa submissão de um indivíduo a outrem se dá em razão de uma posição de autoridade, a vulnerabilidade é de deferência. Quando uma situação de comprometimento da condição de saúde é responsável pela limitação da capacidade de consentir, tem-se uma vulnerabilidade médica. Uma vez que essa capacidade de consentimento é limitada pela inacessibilidade à educação, moradia ou cuidados de saúde, incide-se a vulnerabilidade de alocação de recursos. Por fim, tem-se vulnerabilidade de infraestrutura quando não há desenvolvimento de pesquisas ou estudos científicos que promovam avanços na autonomia do sujeito (KIPNIS, 2001).

Outras matrizes teóricas alargam o conceito de vulnerabilidade para compreendê-la também como o “grau de suscetibilidade ou de risco a que está exposta uma população em sofrer danos por desastres naturais”, o que incluiria “a relação existente entre a intensidade do dano e a magnitude de uma ameaça, evento adverso ou acidente. Contempla, também, a probabilidade de uma determinada comunidade ou área geográfica ser afetada por uma ameaça ou risco potencial de desastre” (BERTOLOZZI, 2009, p. 1327).

Aportando também as categorias em torno do seu conceito, Miguel Kottow afirma que, vulnerabilidade intrínseca é uma condição universal, portanto, comunicável a todos os seres humanos, enquanto que vulnerabilidade circunstancial, chamada também de extrínseca, secundária ou adquirida, é manifesta a partir de situações capazes de individualizar pessoas ou grupos, como a pobreza, o não acesso à educação, as doenças, a discriminação por gênero, raça e idade, ou, ainda, outras circunstâncias capazes de fomentar a suscetibilidade de ser ferido.

Para ele, “a vulnerabilidade adquirida ou secundária cria a suscetibilidade a ser afetado pelo infortúnio causado por alguma aflição subjacente” (KOTTOW, 2004, p. 71-72).

Observa-se que as vulnerabilidades, quando inerentes a sujeitos que demandam tomar decisões em situações existenciais, que envolvem, por exemplo, as relações em saúde, podem ser de múltiplas categorias. Para além de limitações físicas, uma doença pode trazer limitações cognitivas que, por sua vez, podem ser originais ou agravadas em razão de aspectos sociais e econômicos.

Conforme Joachim Boldt, é comum, na relação médico-paciente, a vulnerabilidade emocional. Para além das mazelas físicas que são suportadas, a perspectiva de uma doença crônica grave é capaz de revelar com maior intensidade pensamentos sobre a terminalidade da vida, acarretando medo, desespero e raiva. Esses sentimentos, inclusive, podem se estender a amigos e familiares do enfermo. Sendo assim, é possível que, na relação médico-paciente, aflore uma vulnerabilidade cognitiva (BOLDT, 2019, p.3).

Compreendendo-a como um conceito plural e multidisciplinar, percebe-se que a ideia central engloba a complexidade do conjunto de características e realidades subjetivas de cada pessoa ou de cada grupo. Isso significa que o enfrentamento correto das situações onde há vulnerabilidade demanda a percepção de informações subjetivas, não facilmente aferíveis, o que torna desafiadora a tarefa da construção de uma tutela jurídica apta a refletir essa preocupação.

Nesse contexto, normativas voltadas à solução de conflitos relacionados às situações jurídicas existenciais devem contemplar a ideia de vulnerabilidade não como uma realidade uníssona, pragmática e objetivamente identificável (MEIRELLES; ALEGRIA, 2019, p. 80).

A resposta às vulnerabilidades adquiridas perpassa por políticas públicas voltadas à uma realidade que observe as medidas de suscetibilidade de ser ferido. Cabe ao Estado, por meio da atividade legislativa, a construção de normativas que contemplem formas adequadas de atuação diante das distintas categorias de vulnerabilidade. São insuficientes previsões normativas genéricas sobre a ideia de vulnerabilidade e/ou hipossuficiência. Fundamental é descortinar, por meio dos atos legislativo e interpretativo, as medidas distintas e reais em que a vulnerabilidade se manifesta.

Assim, a adequada identificação dos diferentes tipos de vulnerabilidade incidentes num conflito referente à uma situação jurídica existencial precisa passar a ser uma preocupação normativa e social. Restabelecer o bem-estar físico, cognitivo, emocional ou social de um indivíduo demanda ir além do pragmatismo jurídico. Ao Direito, cabe dar à pessoa vulnerável a possibilidade de se autodeterminar, reduzindo da melhor forma possível as limitações que

lhes sejam impostas. Para tanto, esse conceito plural e subjetivo deve ser também pensado a partir de um princípio imprescindível: a autonomia.

3 SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS, AUTONOMIA E CAPACIDADE

Historicamente, os direitos à vida e à saúde foram recepcionados a partir de entendimentos pautados na cultura religiosa e na moralidade, permitindo que o estigma da sacralidade estivesse sempre regendo estas relações. Inicialmente, para acompanhar esse viés sagrado, tais direitos foram juridicamente postos como indisponíveis, o que, com o passar do tempo, foi mudando, na medida em que se tornava necessário assumir a interpretação de que, sob os mesmos, incidia a disponibilidade relativa.

Essa mudança de pensamento pode ser percebida considerando o protagonismo da razão humana, explicado pela ideia do cogito cartesiano. A máxima de Descartes “penso, logo existo” inaugura o racionalismo moderno “que situa o homem como centro de questões, deixando de lado as relações religiosa, agrária e medieval de sociedades aristocráticas, no intuito de buscar o progresso através do conhecimento científico” (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 17).

A valorização da subjetividade, a partir da ideia de moralidade como autogoverno, demanda soluções racionais e plausíveis que possibilitem o exercício das liberdades pelas pessoas. A noção de autogoverno “pressupunha a existência de uma ordem moral gerada a partir do indivíduo humano em seu espaço de convivência social”, no entanto, mesmo sob seu próprio comando, o ser humano era visto e tratado “como propenso ao conflito, sendo-lhe, pois, determinada uma orientação moral possibilitadora da co-vivência social e consequente exercício de liberdades” (SÁ; MOUREIRA, 2015, p. 23).

Para tratar das camadas que revestem as ações autônomas em sociedade, faz-se necessário compreender conteúdos e argumentos de origem filosófica. O ideal de autonomia proposto por Immanuel Kant (2007, p.84) apresenta forte ligação com os sentidos de moralidade e dignidade. A ótica kantiana fundamenta a ideia de autonomia da pessoa como o verdadeiro indicador da moralidade, já que é ela o princípio protagonista da moral. O sentido da existência da pessoa humana estaria, pois, essencialmente vinculado ao respeito à sua condição de exercício de vontade, que revela a moralidade das ações em geral.

O imperativo categórico de Kant (2007, p.79) indica ainda que a liberdade encontra sua aplicação no plano fático pela possibilidade do sujeito de decidir sobre seus próprios interesses, concretizando suas convenções como verdadeira legislação universal. Assim, haveria a concretização da dignidade da pessoa humana por meio do respeito à autonomia individual.

Estaria, pois, o sentido de autonomia vinculado à ideia também de respeito à dignidade ontológica da pessoa.

É certo que essa perspectiva kantiana revela uma concepção de autonomia universalizante, não contempladora do multiculturalismo, das individualidades e das plúrimas situações e circunstâncias que podem demandar a tomada de uma decisão no campo existencial. O caminho para superar uma proposta puramente universalizante é compreender a ideia de autonomia como imersa num ambiente plural que reúne projetos existenciais não uníssonos.

Nesse contexto, é possível estabelecer que a ideia de autonomia é revelada por uma certa dicotomia conceitual, se investigadas as propostas filosóficas kantiana e hegeliana. Para Hegel, o importante é que o sujeito possa construir sua autoidentidade, fazendo-se necessário afirmar que “a liberdade deixa de ser considerada como algo dado, e passa a ser vista como algo construído, que parte da subjetividade (moralidade subjetiva) e encontra-se em um contexto de intersubjetividade (eticidade)”, o que, na verdade, representa a “afirmação e assunção da alteridade” (SÁ; MOUREIRA, 2015, p.25).

A proposta hegeliana não visa a mitigação da individualidade, mas a busca pelo reconhecimento da esfera individual (parte) considerada em um contexto de relações intersubjetivas (o todo). A construção da personalidade - e da individualidade - demanda um processo relacional, onde estão os limites, por exemplo, impostos pela Ordem Jurídica e o livre arbítrio quanto a segui-los - sem prejuízos do ônus (SÁ; MOUREIRA, 2015, p.25).

O cenário contemporâneo aponta, então, para a não mais existência de um “ethos” compartilhado (SÁ; MOUREIRA, 2015). A sociedade, em sua dimensão plural, é complexa o suficiente para abarcar valores e moralidades capazes de culminar em interpretações diversas sobre uma mesma situação. A construção da personalidade passa a não mais reluzir uma esfera puramente da moralidade religiosa, mas, um movimento que revela uma noção consciente de como se deve agir, independentemente do medo, da recompensa ou da ameaça (SCHEENIND, 2001).

Para compreender o conceito de situações jurídicas existenciais, é necessário relacioná-lo com os conflitos ou questões que emergem da Bioética, em diversos segmentos científicos, e do Biodireito, enquanto área que se propõe ao estudo das repercussões jurídicas das condutas relacionadas à proteção da vida, da saúde, do corpo e da integridade. O cerne da discussão, pois, está em questões que se referem à existência dos indivíduos e não ao seu patrimônio.

Qualquer investigação mais aprofundada a respeito do conceito de autonomia aponta para um complexo de informações que vão, desde fundamentos originados em tempos muito pretéritos, até os dias de hoje. Desse modo, diferentes recepções e diferentes ciências do

conhecimento buscaram incessantemente uma compreensão da autonomia por meio de pressupostos distintos. Por meio de uma análise etimológica, pode-se perceber que o sentido da palavra autonomia emana da competência humana de traçar suas próprias leis, sendo assim, no sentido oposto ao conceito de “heteronomia” (SEGRE; SCHRAMM; LEOPOLDO e SILVA, 2009, p. 3).

Respeitar a autonomia é buscar chancelar as escolhas individuais do outro, bem como seus projetos de vida. Para que a autonomia seja adequadamente contemplada, faz-se necessária a aceitação da existência das diferenças, por meio da alteridade, que permite a consolidação do respeito à outra pessoa, mesmo que suas decisões não façam parte de um entendimento proveniente da perspectiva daquele que a observa (MEIRELLES; AGUIAR, 2018).

Interferências externas no processo de decisão podem violar a autonomia do sujeito. Nesse cenário, o impedimento da expressão da vontade pelo indivíduo, de modo que corresponda à sua autêntica intenção, pode gerar um panorama de inexistência de autonomia ou autonomia reduzida. A impossibilidade de concretizar a vontade derivada de questões alheias ao indivíduo está associada à sua possível condição de vulnerabilidade (GUIMARÃES; NOVAES, 2009), trabalhada, em suas múltiplas formas, no capítulo anterior.

Na Bioética, Tom Beauchamp e James Childress (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140-141) trazem, como fundamental à compreensão da autonomia, que é necessário investigar se uma ação é autônoma a partir da presença dos elementos: intenção, compreensão e ausência de influências controladoras externas. Sabe-se, no entanto, que o entendimento pleno ou a ausência completa de influência sob o sujeito é algo não aferível no plano da realidade. Ou seja, “limitar a decisão dos sujeitos ao ideal da decisão inteiramente autônoma priva esses atos de uma posição significativa no mundo prático, onde as ações das pessoas raramente, ou nunca, são completamente autônomas”. É necessário balizar a aferição desses três elementos para que possa, de fato, identificar a condição autônoma de uma ação.

Na perspectiva jurídica, autonomia privada é a “concessão de poderes de atuação à pessoa” (SÁ; NAVES, 2021). A compreensão atual da autonomia parte das profundas modificações que sofreu durante as últimas décadas, como a influência do viés de natureza constitucional e a evolução do próprio Direito Civil. Qualquer incursão teórica sobre autonomia privada evidencia a interpretação do direito privado não desassociado dos direitos fundamentais, conteúdo de direito público (MEIRELLES, 2014).

Historicamente, no Direito, o estudo da autonomia pressupõe a diferença entre autonomia da vontade e autonomia privada. A autonomia da vontade revela conotação pessoal, intrínseca, subjetiva e nasce na perspectiva liberalista, enquanto que a ideia de autonomia privada traduz

a manifestação concreta e real dessa vontade, revelando-se como nomenclatura mais adequada (SÁ; NAVES, 2021, p. 66).

O reconhecimento da autonomia privada está associado ao respeito à dignidade humana, que ganha destaque no ordenamento jurídico, na medida em que se assimila como obrigação do Direito buscar a materialização do exercício das escolhas individuais de acordo com os valores e opiniões de cada pessoa, visando à promoção de sua satisfação e bem-estar. Desse modo, o processo de construção do ideal acerca da dignidade deve se dirigir sempre à busca pela emancipação humana (TEIXEIRA, 2018).

No tocante às dimensões jurídicas da autonomia privada, há dois planos: o plano horizontal, que carrega a expressão da abrangência da autonomia quanto aos atos praticados pelos sujeitos, e o plano vertical, que retrata os limites do exercício da autonomia no âmbito dos negócios jurídicos. Levando em consideração que os bens jurídicos de caráter econômico e extrapatrimoniais envolvem relações distintas, faz-se necessário um delineamento diferenciado acerca da autonomia privada, onde seja considerada de modo efetivo a multiplicidade das situações jurídicas existenciais que envolvem a corporeidade, a saúde e a vida.

No campo da relação médico-paciente e da saúde, “o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão ‘consentimento livre e esclarecido’, no Direito, amplamente chamado de autonomia privada (SÁ; NAVES, 2021, p. 65).

O exercício da autonomia, assim como de outros direitos, não é absoluto. Encontra-se ele submetido à ponderação que quase sempre envolve conflito entre bens jurídicos. A limitação visa conciliar o exercício das liberdades, garantindo direitos fundamentais com observância ao direito dos outros indivíduos de exercer sua liberdade dentro do Estado Democrático de Direito. Assim, legitima-se o Estado como instituidor de determinados limites às condutas que venham a oferecer risco à integridade de determinados bens jurídicos (TEIXEIRA, 2018).

Como se trata de princípio, a autonomia privada é “uma norma jurídica imperativa que atua como diretriz para outras normas e como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo” (SÁ; NAVES, 2021, p. 67).

Dentro do Direito, o exercício da autonomia privada, como manifestação que pretende gerar efeitos, “exige requisitos de validade especiais, que excepcionam ou apenas complementam os requisitos dos atos jurídicos em geral, determinados no artigo 104 do Código Civil” (SÁ; NAVES, 2021, p. 68). Os requisitos especiais são a informação, o discernimento e a ausência de condicionadores externos, conforme explanam Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves (SÁ; NAVES, 2021, p. 68).

Os requisitos gerais e especiais de validade do ato jurídico precisam ser interpretados em conformidade à constatação das manifestações de vulnerabilidade. Problemas relacionados a tais requisitos no âmbito das situações existenciais estão diretamente ligados às vulnerabilidades, que impedem ou reduzem a possibilidade de compreensão ou que influenciam a decisão por algum tipo de carência ou falta de direitos.

No âmbito das situações jurídicas existenciais, é possível identificar que a confusão entre os sentidos e os conceitos de autonomia e capacidade propiciam alguns problemas importantes. Muitas questões conflitivas, do ponto vista ético, moral e jurídico, decorrem justamente dessa confusão, na medida em que se deva identificar o que diferencia um significado do outro.

Conforme doutrina tradicional do Direito Civil, a capacidade civil é considerada como expressão de titularidade da personalidade jurídica, classificada em capacidade de fato e capacidade de direito. A capacidade de fato relaciona-se à possibilidade de exercer direitos e cumprir obrigações de forma direta, sem intermédio de outra pessoa. A capacidade de direito se dirige a todos as pessoas, conforme preconiza o artigo 1º do Código Civil, quando prevê que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O Código Civil adotou o modelo etário para determinação da incapacidade civil absoluta, com vistas a uma maior proteção ao indivíduo incapaz. Assim, com base no artigo 3º e 4º do CC/02, são considerados absolutamente incapazes para o cumprimento pessoal dos atos civis os menores de dezesseis anos (GOLDIM; ALVES; FERNANDES, 2017). Usou também o critério etário para definir que são relativamente incapazes os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

O regime jurídico das (in)capacidades, consolidado pela legislação nacional, restringe o exercício de direitos na medida em que permite ao incapaz a prática de atos da vida civil apenas por meio da assistência ou representação. Isso encontra justificativa na busca pela proteção do mesmo, visando, geralmente, as situações patrimoniais. No entanto, a aplicação desse regime não se limita apenas a questões ligadas ao patrimônio, incluindo, também, as situações existenciais, como as relações de saúde, que envolvem a vida e o corpo (SCHREIBER; NEVARES, 2016). No Código Civil, há, ainda, previsão sobre outras hipóteses que determinam a incapacidade relativa do sujeito, como os ébrios habituais e viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que por causa transitória ou permanente não puderem exprimir sua vontade. Registre-se avanço importante no que tange à exclusão das pessoas com deficiência como presumidamente incapazes.

De forma geral, o fundamento utilizado para gerir a teoria das capacidades é o etário. Porém, esta noção de capacidade esbarra em uma compreensão restrita acerca da figura do discernimento para a concretização da ação autônoma. Nesse cenário, torna-se evidente que esta noção civilista empregada na contemporaneidade é incipiente frente às demandas decorrentes dos novos direitos, não cumprindo seu papel protetivo em situações como questões ligadas ao corpo e à sexualidade de sujeitos que não se encontram cobertos pelos parâmetros aplicados (SCHIOCCHET, 2011).

No mesmo sentido, pode-se constatar que, dentro da relação médico-paciente, é necessário esclarecimento total quanto ao diagnóstico, tratamentos, efeitos e expectativas relacionadas. No entanto, não é suficiente que o profissional cumpra tal tarefa de maneira formal, passando apenas a informação e providenciando a assinatura do termo de consentimento. Não basta que seja o paciente capaz de assiná-lo do ponto de vista jurídico, já que este pode ser um sujeito que reúna muitas condições de vulnerabilidade, por exemplo.

Os requisitos especiais da autonomia privada no âmbito das relações de saúde demandam que “a decisão seja revestida do maior número possível de informações, que devem ser passadas de forma clara e abrangente, avaliando as opções de tratamento, riscos e benefícios” (SÁ; NAVES, 2021, p. 68). A informação precisa ser dialogada e comunicada de maneira acessível. O outro requisito exige o discernimento do paciente, sendo necessário que o mesmo “seja capaz de compreender a situação em que se encontra”. Na área jurídica, a capacidade de fato “traduz-se em presunção de discernimento, no entanto, diante do quadro clínico, o médico deverá atestar se o nível de consciência do paciente permite que ele tome decisões” (SÁ; NAVES, 2021, p. 68). A ausência de condicionantes externas à manifestação tem relação com os possíveis vícios do consentimento, juridicamente previstos, mas que podem abranger muitas variáveis, inclusive fundamentos de natureza econômica e social.

Os requisitos especiais da autonomia privada estão, na verdade, no âmbito das situações jurídicas existenciais, relacionados com as vulnerabilidades de diversas categorias e, portanto, precisam ser aferidas de maneira adequada. Nesses casos, faz-se imprescindível que a vulnerabilidade do indivíduo não se torne, por um lado, motivo para anular a sua vontade, ou, por outro, algo a não ser identificado se o indivíduo simplesmente é maior de dezoito anos e presumidamente capaz. Cabe a avaliação sobre a validade do ato decisório a partir da necessidade de preservar a autonomia do sujeito na medida da presença de suas possíveis vulnerabilidades.

Assim, o sentido de autonomia não pode ser interpretado a partir do sentido de capacidade. Em muitas situações existenciais, o sujeito pode ser considerado civilmente capaz, porém,

encontra-se em situação de autonomia reduzida. Por isso, torna-se necessário compreender que a ideia de autonomia é mais ampla do que a ideia de capacidade e, dentro das situações que envolvem decisões sobre a vida, a saúde e o corpo, deve-se partir de uma aferição das condições pessoais do sujeito, ou seja, da sua medida de vulnerabilidade.

4 A VULNERABILIDADE COMO PRESSUPOSTO NECESSÁRIO À CONSTATAÇÃO DA AUTONOMIA

A vulnerabilidade, em sua dimensão adjetiva, é uma característica ou condição humana. A possibilidade de ser ferido é algo comum a todas as pessoas, constituindo, assim, elemento universalizante em meio a indivíduos diferentes. A grande questão relacionada à ideia de vulnerabilidade está no seu aspecto circunstancial, que é quando ela se materializa e se concretiza como uma realidade individual, considerando características do sujeito e suas condições de vida.

Os conceitos de autonomia e vulnerabilidade estão incontestavelmente interligados. A fronteira de estudo entre eles não é visível, tendo em vista a sua interdependência. Para que possa aferir, corretamente, o exercício da livre manifestação de uma vontade, deve-se ter em conta a aferição das dimensões de vulnerabilidade que o sujeito decisor pode estar inserido.

Nesse contexto, é necessário a incorporação pragmática pelo Direito da ideia de vulnerabilidade para além das situações patrimoniais e para além de previsões normativas genéricas, como a proteção efetivada pelo Código de Defesa do Consumidor, pela Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Estatuto do Idoso. A vulnerabilidade não deve ser pré-concebida apenas em sua função de pressuposição, como uma etiqueta fixada em determinados grupos sociais ou pessoas que possuam determinadas características. É necessário aferir, em concreto, a condição de vulnerabilidade dentro das múltiplas relações que envolvem situações existenciais, como o direito à vida, à integridade e à saúde.

É comum que se conceba a vulnerabilidade como elemento correlato à área da saúde. Há uma maior facilidade em identificar um indivíduo vulnerável a partir de uma enfermidade objetivamente aferível do que por meio da complexa análise de suas subjetividades, como o acesso à educação, que se relaciona com a capacidade de compreender determinada informação, por exemplo.

O Direito deve passar a observar a necessidade de construção da norma e sua respectiva interpretação considerando a autonomia também a partir dos sentidos de vulnerabilidade. A

proposta não é que a aferição das vulnerabilidades ocasione a impossibilidade de manifestação da autonomia, mas que ocorra uma avaliação entre as duas coisas que propicie identificar a medida de protagonismo de cada uma na situação em concreto.

Necessário se torna assumir que as vulnerabilidades expressam dimensões subjetivas, fundadas na pluralidade, no multiculturalismo e, por vezes, no não acesso a direitos fundamentais. Conflitos que envolvem situações existenciais pressupõem realidades humanas subjetivas (expressadas como vulnerabilidades) que vão influenciar no exercício da autonomia.

Para uma adequada incorporação das vulnerabilidades ao Direito, pode-se adotar a proposta da filósofa Maria do Céu Patrão Neves, que vê na alteridade o caminho ético para direcionar condutas e posturas ao “Outro”, enquanto sujeito diferenciado do “Eu” (NEVES, 2017, p.78). Assim, a figura do “Outro” deve exarar uma dimensão identitária irrepetível, onde, somente com alteridade, consegue-se protegê-lo. Ou seja, é necessário compreender que há em cada pessoa uma dimensão subjetiva que revela a sua complexidade existencial e sua forma de compreender essa complexidade.

Nesse sentido, a alteridade pode ser concebida como elemento de harmonização entre autonomia e vulnerabilidade. A conjugação desses dois elementos ocorre pelo dever de respeito ao Outro que decorre da alteridade, de maneira que as perspectivas individuais e coletivas retem equilibradas (MEIRELLES; AGUIAR, 2018, p. 140). A generalidade normativa, muitas vezes propiciada pela presunção da condição de autônomo ou da condição de vulnerabilidade, deve ceder espaço para a necessidade de aferição em concreto de cada realidade.

A influência da Bioética, na composição do conceito de autonomia voltada às situações jurídicas existenciais, parte da colaboração da abordagem principialista. Ainda que no Direito seja possível identificar que os vícios das decisões humanas podem gerar questionamentos quanto à validade do que foi decidido, a proposta é que, nesse âmbito, a investigação seja mais aprofundada. Como pressupostos à ideia de que uma ação seja considerada autônoma, deve-se identificar a intenção real do decisor, a sua capacidade de compreender informações e consequências de tal decisão, e a sua condição de não estar sob influências externas que conduzam à opção decisória (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002). A aferição da autonomia considera um amplo espectro que vai desde a completa ausência dela até a sua presença total. Estas circunstâncias devem ser avaliadas partindo da situação específica, principalmente em casos que envolvam sujeitos suscetíveis à fragilização, que costumam apresentar graus distintos de discernimento (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 140).

A manifestação da autonomia não pode revelar uma “ficção”, na qual se oculta as vulnerabilidades reais, fazendo parecer que o indivíduo age livremente, quando, na verdade, a

capacidade de autodeterminação é limitada ou até mesmo inexistente. Conforme afirma Márcio Fabri dos Anjos, “a tentativa de ocultar as causas da vulnerabilidade leva a fazer da autonomia um discurso de responsabilização das vítimas por suas próprias feridas” (ANJOS, 2006, p. 182).

A tutela das situações jurídicas existenciais deve assimilar a dimensão subjetiva do conceito de vulnerabilidade como uma condição humana ontológica, mas, também, circunstancial e adquirida. Assim, deve o Direito estar também comprometido com a tarefa de promover e identificar as diversas formas possíveis de vulnerabilidades, garantindo e avaliando a autonomia dos sujeitos em situações jurídicas que envolvam bens fundamentais.

O desafio está no fato de que “qualquer impedimento à realização da vontade livre na sociedade moderna, seja a sua incompletude ou a sua insuficiência, leva ao *sofrimento de indeterminação*, ou seja, uma patologia de fundamentação normativa, capaz de desestabilizar o projeto de Direito garantidor de iguais liberdades”. Conforme prosseguem os autores, se o projeto moderno é possibilitar que toda pessoa tenha liberdade para construir sua personalidade, “é evidente que a frustração desses projetos gera sentimento de indeterminação. Ao Direito cumpre o papel de efetivar ou possibilitar a efetivação da autorrealização em um contexto intersubjetivo de convivência, sem fomentar a indeterminação” (SÁ; MOUREIRA, 2017).

Assim, consegue-se perceber o quanto a construção da personalidade está diretamente relacionada à constatação das dimensões das distintas vulnerabilidades. “Quando falamos em vulneráveis, a realização da personalidade e a superação do sofrimento de indeterminação pressupõem a concepção normativa de autodeterminação individual”, de modo que cabe “ao Direito efetivar o vínculo entre identidade pessoal e reconhecimento em diferentes dimensões de realização individual, assegurando-se, a todos os interlocutores, liberdades em igual medida” (SÁ; MOUREIRA, 2017).

Resta, então, necessária a incorporação das vulnerabilidades, como pressupostos que conformam a personalidade, e isso envolve, também, a esfera normativa. Não basta apenas a preocupação com a criação de dispositivos legais ou legislação protetiva à determinada categoria de pessoas potencialmente vulneráveis. É fundamental o fomento à construção de relações sociais fulcradas na preocupação dos sujeitos integrantes com as vulnerabilidades circunstanciais e/ou adquiridas. A interlocução construída em qualquer relação que envolve situações existenciais, para aferição da condição de autonomia para tomada de uma decisão, é o exemplo significativo de que a preocupação com a identificação das vulnerabilidades deve ser protagonista.

5 CONCLUSÃO

Os contornos que envolvem a compreensão das vulnerabilidades humanas devem derivar de uma perspectiva multidisciplinar, tendo em vista que elementos das ciências sociais e da saúde foram incorporados ao longo do tempo. Acrescente-se que, ao emanar o ideal da susceptibilidade do ser humano, o conceito de vulnerabilidade demonstra certa elasticidade, ao passo que recepciona a possibilidade de que seu sentido seja alterado a partir do contexto do sujeito.

A autonomia, por englobar o exercício do autogoverno, bem como a liberdade da pessoa em manifestar sua vontade, revela o respeito à subjetividade, relacionada aos projetos de vida individuais. A disciplina jurídica da autonomia encontra-se equivocadamente emaranhada com o sentido jurídico de capacidade. Os critérios etário e/ou patológico para indicar e aferir a capacidade, dentro do Direito, por vezes, não bastam para comprovação de que um sujeito está exercendo uma ação autônoma.

Sendo assim, as ciências jurídicas terminam por restringir o exercício da autonomia a partir de um ideal de vulnerabilidade existente que nem sempre reflete a realidade. A garantia do respeito ao exercício da autonomia, especialmente no que tange às situações jurídicas existenciais, depende da assimilação adequada, pelo Direito, das categorias e do sentido de vulnerabilidade. O pragmatismo normativo puro, sem a adequada assimilação axiológica das diversas dimensões da vulnerabilidade, inviabiliza a condição de aferir concretamente a real autonomia.

Ao Direito, cabe aprofundar as bases epistemológicas para a compreensão das dimensões de vulnerabilidade, baseando-se em fontes multidisciplinares, uma vez que é ela uma condição humana universal, mas, ao mesmo tempo, é também pressuposto pluridimensional, tendo em vista que sua manifestação é revelada de diferentes maneiras, diante das situações que podem exigir decisões sobre a vida, a saúde e o corpo humanos.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira De Bioética**, v. 2, n.2, p. 173–186, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967>. Acesso em 07 nov. 2021.

BEAUCHAMP, Tom; CHILDRESS, James. **Princípios de ética biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BERTOLOZZI, Maria Rita *et al.* Os conceitos de vulnerabilidade e adesão na Saúde Coletiva. **Revista Escola Enfermagem USP**, 43 (Esp 2), dez. 2009. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0080-62342009000600031>. Acesso em 13 dez. 2021.

BOLDT, Joachim. The concept of vulnerability in medical ethics and philosophy. **Philosophy, ethics, and Humanities in Medicine**, v. 14, n. 6, 2019. Disponível em <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30975177/#:~:text=While%20the%20ethical%20role%20of,that%20are%20regarded%20as%20valuable>. Acesso em 09 nov. 2021.

GOLDIM, José Roberto; ALVES, Rainer Grigolo de Oliveira; FERNANDES, Marcia Santana. Autonomia, autodeterminação e incapacidade civil: uma análise sob a perspectiva da bioética e dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 18, n. 3, p. 215-242, 29 dez. 2017. Disponível em <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1128>. Acesso em: 11 nov. 2021.

GUIMARÃES, Maria Carolina; NOVAES, Sylvia Caiuby. Autonomia Reduzida e Vulnerabilidade: Liberdade de Decisão, Diferença e Desigualdade. **Revista Bioética**, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/288. Acesso em: 07 nov. 2021.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Paulo Quintela. Portugal: Editora 70, 2007.

KEMP, Peter; RENDTORFF, Jacob. Princípio da vulnerabilidade. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noel. **Nova Enciclopédia da Bioética**: medicina, ambiente, tecnologia. Tradução: Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

KIPNIS, Kenneth. Vulnerability in research subjects: A bioethical taxonomy. In: National Bioethics Advisory Commission [NBAC]. **Ethical and Policy Issues in Research Involving Human Participants**. Volume II: Rockville, MD: Commissioned Papers, 2001. Disponível em <https://aapcho.org/wp/wp-content/uploads/2012/02/Kipnis-VulnerabilityinResearchSubjects.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

KOTTOW, Miguel. Comentários sobre Bioética, Vulnerabilidade e Proteção. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (Orgs.). **Bioética: Poder e Injustiça**. Tradução Adair Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p.71-72.

LUNA, Florencia. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. **Jurisprudencia Argentina**, IV, 2008. Disponível em http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D.Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf. Acesso em 07 nov. 2021.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MEIRELLES, Ana Thereza. A informação na relação médico-paciente: o delineamento da obrigação mútua face ao argumento da vulnerabilidade. In: **Biodireito e direitos dos animais**. XXVI Encontro Nacional do Conpedi, p. 8-24, Salvador, 2018. Disponível em:

<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/kz37jz13/kIL5YD8yCe3ObVLU.pdf>

Acesso em 07 nov. 2021.

MEIRELLES, Ana Thereza; AGUIAR, Mônica Neves. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida.

Revista Brasileira de Direito Animal, vol. 13, n° 1, p. 123-147, jan/abr 2018. Disponível em <http://dx.doi.org/10.9771/rbda.v13i1.26220>. Acesso em: 11 nov. 2021.

MEIRELLES, Ana Thereza; ALEGRIA, Livia. A vulnerabilidade social dos sujeitos HIV positivo: a alteridade como fundamento para a mitigação do estigma. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, n. 37, p. 77-93, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/03/DIR37-05.pdf>.

Acesso em 09 nov. 2021.

MEIRELLES, Ana Thereza; LINS-KUSTERER, Liliane. O redimensionamento das vulnerabilidades no âmbito da relação médico-paciente diante da covid-19 no contexto pandêmico brasileiro. **Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas**. 2021. Disponível em: v. 24 n. 47 (2021):<https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2021v24n47p342-358>. Acesso em: 05 nov. 2021.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. **Revista Brasileira de Bioética**, v. 2, n.2, p. 157-172, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>. Acesso em 07 nov. 2021.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética.

Revista Direitos Fundamentais e Alteridade, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em:

<https://periodicos.ucsul.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/429> Acesso em 09 nov. 2021.

ROGERS, Wendy; MACKENZIE, Catriona; DODDS, Susan. Why bioethics needs a concept of vulnerability. **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, v. 5, n. 2, p. 11-38, 2012. Disponível em:

https://www.jstor.org/stable/10.2979/intjfemappbio.5.2.11?seq=1#metadata_info_tab_content_s. Acesso em 07 nov. 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5.ed. Indaiatuba: Foco, 2021.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Autonomia para morrer**. Eutanásia, suicídio assistido, diretivas antecipadas de vontade e cuidados paliativos. 2.ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna. Autonomia privada e vulnerabilidade: O direito civil e a diversidade democrática. In: LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de; MOUREIRA, Diogo Luna (Orgs.). **Autonomia e vulnerabilidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SCHEENIND, J.B. **A invenção da autonomia**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

SCHREIBER, Anderson; NEVARES, Ana Luiza Maia. Do sujeito à pessoa: uma análise da incapacidade civil. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1545-1558. 2016.

Disponível em:

<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/24705/17950>. Acesso em: 07 nov. 2021.

SCHIOCCHET, Taysa. Exercício de direitos sexuais e reprodutivos por adolescentes no contexto brasileiro: repensando os fundamentos privatistas de capacidade civil a partir dos direitos humanos. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. (Org.) **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SEGRE, Marco; SCHRAMM, Fermin Roland; LEOPOLDO e SILVA, Franklin. O contexto histórico, semântico e filosófico do princípio da autonomia. **Revista Bioética**, CFM, Brasília, v. 6, n. 1, 2009. p. 3. Disponível em https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/321. Acesso em: 07 nov. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 16, p. 75-104, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214> Acesso em: 07 nov. 2021.

VASCONCELOS, Camila. **Direito Médico e Bioética**: História e judicialização da relação médico-paciente. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Submissão: 13/12/2021 Aprovação: 22/09/2022

A TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO BRASILEIRO: A REALIZAÇÃO DE DISTINGUISHING E OVERRULING EM RELAÇÃO AO ATUAL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL

CRIMES AGAINST HUMANITY IN BRAZILIAN LAW: DISTINGUISHING AND OVERRULING OF THE CURRENT JURISPRUDENCIAL PARADIGM

*Lucas Paulo Orlando de Oliveira*¹
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

*Jânia Maria Lopes Saldanha*²
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Resumo:

O objetivo do presente artigo é identificar elementos para a realização do *distinguishing* em relação à atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à incidência na ordem jurídica nacional do art. 7º do Estatuto de Roma, que tipifica as condutas consideradas como crimes contra a humanidade. O Estudo se situa na área do Direito Internacional Penal e segue à Metodologia de Análise de Decisões. Há a divisão em duas partes. Na primeira, analisam-se decisões no âmbito do STF e STJ a respeito da incidência dos tipos penais previstos em tratados internacionais no direito brasileiro. Na segunda, pretende-se a distinção da atual posição, que é pela não-incidência da tipificação dos crimes contra a humanidade prevista pelo Estatuto de Roma. São apresentados seis fundamentos para evidenciar a distinção necessária em relação à *ratio decidendi* do paradigma atual. À guisa de conclusão, propõe-se o *overruling* do Informativo Jurisprudencial 659 do STJ, de modo a reconhecer a incidência do tipo penal a respeito dos crimes de Lesa Humanidade no direito brasileiro, independentemente de legislação específica superveniente à ratificação.

Palavras-chave:

Crimes Contra a Humanidade. Direito Internacional Penal. Tipicidade.

Abstract:

This scientific article aims to identify elements for the realization of *distinguishing* in relation to the current jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) and Superior Court of Justice (STJ) regarding the incidence in the national legal order of art. 7 of the Rome Statute, which typifies behaviors considered crimes against humanity. The Study is located in the area of International Criminal Law and follows the Decision Analysis Methodology. There is a division into two parts. The first analyzes decisions within the scope of the STF and STJ regarding the incidence of criminal offenses provided for in international treaties in Brazilian law. In the second, it is intended to distinguish the current position, which is the non-incidence of the classification of crimes against humanity provided for by the Rome Statute. Six foundations are presented to highlight the necessary distinction in relation to the *ratio decidendi* of the current paradigm. By way of conclusion, it is proposed to overrule the STJ Jurisprudential Report 659, in order to recognize the incidence of Crimes Against Humanity in Brazilian law, regardless of specific legislation supervening ratification.

Keywords:

Crimes Against Humanity. International Criminal Law. Criminal Typification.

1 INTRODUÇÃO

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Mestre em Processo Civil e Cidadania pela Universidade Paranaense. Graduado em Direito pelo Centro Universitário FAG (2008-2012). Professor do Centro Universitário FAG e da Faculdade Focus. Advogado.

² Estágio Sênior realizado no *Institut des Hautes Études sur la justice*, em Paris. Doutorado em Direito Público pela UNISINOS (Universidade do Vale do Rio dos Sinos). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais realizada na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professora da Escola de Direito (Programa de Pós-Graduação em Direito e Curso de Direito) da UNISINOS.

O objetivo geral do presente trabalho é identificar as condições de possibilidade para a incidência da tipificação dos crimes contra a humanidade, na forma prevista no Estatuto de Roma, no direito brasileiro. Como objetivos específicos tem-se: a) assinalar o atual paradigma jurisprudencial a respeito da incidência de tipos penais previstos em tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro; b) verificar se na composição da *ratio decidendi* dos precedentes identificados há o desenvolvimento argumentativo a respeito das particularidades do Estatuto de Roma, enquanto tratado de Direito Internacional Penal e de Direitos Humanos; c) indicar fundamentos para a confirmação, distinção ou superação do atual paradigma jurisprudencial. Portanto, delimita-se a pesquisa em relação aos tratados que foram regularmente ratificados pelo Estado brasileiro, de forma a excluir do escopo a hipótese de incidência de tipos penais previstos em tratados ainda não ratificados.

A presente investigação ganha especial relevância no contexto brasileiro em razão do legado autoritário do período correspondente à Ditadura Militar (1964-1985) e das denúncias relacionadas à gestão da pandemia de COVID-19. No primeiro caso, apesar da limitação temporal do Estatuto de Roma e da irretroatividade da lei penal, ainda permanece como variável relevante, uma vez que o Estado brasileiro não conseguiu promover justiça de transição, conforme indicado por McArthur (2012). Em decorrência, mesmo que no âmbito do período democrático, há práticas que potencialmente podem configurar crimes contra a humanidade³. De outro modo, em relação à gestão da pandemia de COVID-19, há indícios substanciais de que decisões adotadas por agentes do Estado brasileiro durante o período de emergência sanitária também podem ser tipificadas como crimes contra a humanidade (VENTURA; PERRONE-MOISÉS; MARTIN-CHENUT, 2021).

Para o cumprimento dos objetivos, pretende-se desenvolver a pesquisa à luz da Metodologia de Análise das Decisões, proposta por Freitas Filho e Lima (2010). Trata-se de um método que pode ser organizado em três momentos. O primeiro consiste na formação de um banco de dados das decisões a serem consideradas. Em um segundo momento, ocorre a verificação do emprego das categorias jurídicas a serem observadas. Por fim, ocorre a reflexão crítica a respeito da prática decisória.

³ Para fins de exemplificação, tem-se a denúncia contra Jair Bolsonaro, atual Presidente da República brasileira, pelo cometimento de crimes contra a humanidade, perante o Tribunal Penal Internacional por parte da Comissão Arns e Coletivo de Advocacia em Direitos Humanos (CADHu): <https://comissaoarns.org/blog/2020-12-15-comiss%C3%A3o-arns-e-cadhu-denunciam-presidente-da-rep%C3%ABblica-ao-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em 14/11/2021.

Assim, na primeira parte do artigo, serão investigadas as decisões e a atual posição jurisprudencial a respeito da incidência dos crimes contra a humanidade, conforme previsto pelo Estatuto de Roma no direito brasileiro. Na segunda parte, será desenvolvida a análise crítica das decisões, com as indicações dos fundamentos para a sua manutenção, distinção ou superação da atual posição jurisprudencial.

2 A POSIÇÃO ATUAL DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA QUANTO À INCIDÊNCIA DA TIPIIFICAÇÃO DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE PREVISTOS NO ESTATUTO DE ROMA

Considera-se uma tendência prevalente, porque adotada ainda pelas instituições, a que sustenta a necessidade de um processo formal para a ratificação e incorporação à ordem jurídica dos dispositivos do tratado. Esse procedimento demanda a participação do Congresso Nacional. Assim, nas hipóteses de tratados em geral, o Congresso Nacional deliberará por maioria simples ou relativa (art. 47, CF), mediante decreto legislativo. Posteriormente, caso haja a aprovação, ocorrerá o envio ao Presidente da República que editará decreto de execução, momento este que determina a vinculação, tanto interna quanto internacional, dos termos firmados (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Contudo, se o tratado versar sobre direitos humanos, o procedimento é alterado para a tramitação de acordo com o art. 5º, § 3º da Constituição Federal, de modo a implicar a aprovação em dois turnos por três quintos dos membros de ambas as casas do Congresso Nacional. A posição doutrinária é que o procedimento em questão não é facultativo, mas necessário quando o conteúdo versar a respeito da matéria mencionada (STRECK, 2019).

Diante da hipótese genérica, o decreto que introduz o teor do tratado na ordem jurídica nacional é um decreto que tem força de norma infralegal. Todavia, após a inserção do art. 5º, § 3º na Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional 45/2004, os tratados de direitos humanos que sejam aprovados pelo rito qualificado são alçados ao patamar de emendas à Constituição.

Uma terceira abordagem a respeito da matéria ocorre em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, mas que não foram aprovados na forma do art. 5º, § 3º. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que tais tratados que sejam anteriores à Emenda Constitucional n.º 45/2004 devem ter hierarquia superior às leis, mas inferior às normas constitucionais. O *status* de supralegalidade foi firmado no âmbito do Recurso Extraordinário n.º 466.343. Nessa ocasião houve a consideração de diversas teses a respeito da matéria. Em meio ao desenvolvimento argumentativo, a Corte se posicionou no sentido de afastar a proposta

de reconhecimento de simples legalidade aos tratados que versam a respeito de Direitos Humanos, justamente para que o cumprimento dos termos do acordo não seja efetivado pela conveniência dos agentes do Estado:

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite ao Estado brasileiro, ao fim e ao cabo, o descumprimento unilateral de um acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante "pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana (STF, 2008, p. 20).

Note-se, portanto, que apesar de serem expressos pela via de decreto, o direito brasileiro reconhece que os tratados que versam sobre direitos humanos, ainda que não sejam tratados como emendas à Constituição, na mais reduzida hierarquia, serão considerados como superiores à legislação ordinária. Essa afirmação é objeto de discussões pertinentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial⁴. Contudo, há uma consequência relacionada à posição jurisprudencial estabelecida que ainda não parece ter sido devidamente mensurada e que envolve um embate sensível quanto ao teor dos direitos humanos dos tratados.

O art. 5º, XXXIX prevê que não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Mas, se o tipo penal estiver previsto em um tratado de direitos humanos que for equiparado à Emenda Constitucional ou tiver o *status* de supralegalidade haverá ofensa à legalidade prevista no referido dispositivo?

A previsão de tipos penais em tratados não é algo extraordinário na prática das relações internacionais. Como exemplos, tem-se a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 30.822 de 6 de maio de 1952, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada pelo Decreto 40, de 15 de fevereiro de 1991 e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime

⁴ Há ainda a defesa da posição de que os tratados, em virtude de seu conteúdo de direitos humanos, devam ser reconhecidos com o mesmo grau hierárquico de Emenda à Constituição, independentemente do rito. V. g. HC 178527.

Organizado Transnacional (Convenção de Palermo), que implicam compromissos para a orientação da política criminal dos Estados partes.

A respeito dessa hipótese, o direito brasileiro tem afastado a incidência direta dos comandos criminalizantes, em virtude da ausência de legalidade que os decretos implicam. Por ocasião da Ação Penal 694, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de aplicação das definições presentes na Convenção de Palermo para fins de tipificação penal⁵. Essa mesma posição foi mantida por ocasião da Ação Penal 996⁶, julgada pela Segunda Turma, que afastou a tipicidade a partir da definição do mesmo tratado internacional. Outra decisão que aplicou o mesmo entendimento foi a proferida no Habeas Corpus 96007⁷, julgado no âmbito da Primeira Turma.

Por sua vez o Superior Tribunal de Justiça⁸ também adota o entendimento que é o atual paradigma de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal. No entanto, como é de se notar

⁵ Lavagem de capitais e organização criminosa. A previsão do artigo 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, em sua redação original, tinha como pressuposto a aprovação de Lei que definisse a expressão organização criminosa, à compreensão de que insuficiente, para fins de tipicidade no direito interno, o conceito previsto na Convenção de Palermo, o que veio a ocorrer com as Leis 12.694/2012 e 12.850/2013, posteriores aos fatos em julgamento. Atipicidade de conduta reconhecida. (AP 694, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, Acórdão Eletrônico DJe-195 Divulgado 30-08-2017 Publicado 31-08-2017)

⁶ Não se pode também desconhecer, considerado o princípio constitucional da reserva absoluta de lei formal, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, como a própria formulação conceitual de “organização criminosa”, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento (...) (AP 996, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 29/05/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-025 DIVULG 07-02-2019 PUBLIC 08-02-2019).

⁷ TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo. LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. (HC 96007, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 7/2/2013)

⁸ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.683/2012. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS. ATIPICIDADE. CRIMES ANTECEDENTES. SONEGAÇÃO FISCAL E DELITOS CORRELATOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo (AgRg no HC 473.442/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018). Nessa linha, a teor do art. 1º do CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. (REsp 1252770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015). Salienta-se, também que, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RHC 130738/DF, não se pode admitir invocar a substituição do crime de organização criminosa por associação criminosa (art. 288 do CP), porquanto este não se achava incluído no rol taxativo da redação original da Lei 9.613/1990 (RHC 74.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

pela formação da *ratio decidendi* dos precedentes invocados, a Convenção de Palermo, norma sobre a qual versam todas as decisões consideradas, não é um tratado de direitos humanos. Portanto, se a previsão de norma penal incriminadora estivesse contemplada por um tratado dessa natureza, como as Cortes brasileiras consideram hipótese de incidência direta?

O Superior Tribunal de Justiça foi instado a se manifestar a respeito dessa questão. E, sem fazer distinção a respeito da natureza específica do tratado, adotou a mesma *ratio decidendi* aplicada para a Convenção de Palermo, em um caso que discutia a incidência dos crimes contra a humanidade previstos no âmbito do Estado de Roma, ratificado pelo Decreto 4.388 de 25 de setembro de 2002:

7. Mérito: O conceito de crime contra a humanidade se encontra positivado no art. 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, o qual foi adotado em 17/7/1998, porém apenas passou a vigorar em 1º/7/2002, sendo internalizado por meio do Decreto n. 4.388, de 25/9/2002. No Brasil, no entanto, ainda não há lei que tipifique os crimes contra a humanidade, embora esteja em tramitação o Projeto de Lei n. 4.038/2008. Diante da ausência de lei interna tipificando os crimes contra a humanidade, rememoro que o STF já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que não é possível utilizar tipo penal descrito em tratado internacional para tipificar condutas internamente, sob pena de se violar o princípio da legalidade - art. 5º, XXXIX, da CF (exemplo: tipo penal de organização criminosa trazido na Convenção de Palermo). Dessa maneira, não se mostra possível internalizar a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado por meio do Decreto n. 4.388, porquanto não há lei em sentido formal tipificando referida conduta. Ademais, cuidando-se de tratado que apenas passou a vigorar no Brasil em 25/9/2002, tem-se igualmente, na hipótese, o óbice à aplicação retroativa de lei penal em prejuízo do réu, haja vista o princípio constitucional da irretroatividade, previsto no art. 5º, XL, da CF (REsp 1798903/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2019, DJe 30/10/2019).

Para fins de fundamentação, o Relator fez referência ao Habeas Corpus n.º 96007 julgado pelo STF, além de menção à decisão AREsp 1198334/RS do STJ, que por sua vez cita as decisões do AgRg no HC 473.442/RJ, da Quinta Turma do STJ e do REsp 1252770/RS, da Sexta Turma do mesmo Tribunal⁹, ainda que todos os arestos indicados como paradigmas façam

TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016). Dessa forma, a denúncia deve ser rejeitada, por atipicidade, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro supostamente ocorridos até 09/07/2012. 2. (...). (AgRg no AREsp 1198334/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018).

⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.683/2012. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS. ATIPICIDADE. CRIMES ANTECEDENTES. SONEGAÇÃO FISCAL E DELITOS CORRELATOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. O tipo penal do artigo 1º da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012, vinculava a conduta de ocultação ou dissimulação de bens, valores ou direitos aos delitos mencionados nos incisos I a VIII, sendo certo que, caso a lavagem de dinheiro decorresse da prática de outras infrações penais nele não listadas, a conduta não configurava crime, pois se tratava de rol taxativo (AgRg no HC 473.442/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 14/11/2018). Nessa linha, a teor do art. 1º do

referência à hipótese de incidência de norma incriminadora prevista no âmbito da Convenção de Palermo. Como resultado do julgamento, foi afirmada a tese do Informativo Jurisprudencial n.º 659 do STJ: “É necessária a edição de lei em sentido formal para a tipificação do crime contra a humanidade trazida pelo Estatuto de Roma, mesmo se cuidando de Tratado internalizado”.

Dessa forma, evidencia-se que há precedente no Direito brasileiro afirmando a impossibilidade do reconhecimento da incidência direta dos tipos penais previstos no Estatuto de Roma, inclusive os crimes contra a humanidade. Como a afirmação da *ratio decidendi* que originou a presente posição não considerou a particularidade do Estatuto de Roma ser um tratado sobre direitos humanos, excluindo do ônus argumentativo a sua condição de norma supralegal, pretende-se propor fundamentos para a revisão do atual paradigma, conforme passa-se a expor na parte subsequente.

3 FUNDAMENTOS PARA UMA PROPOSTA DE *DISTINGUISHING* E *OVERRULING*

Cumprindo com o objetivo do esforço hermenêutico, enquanto investigação histórica para constituição de sentido, importa resgatar o significado da lei na tradição constitucional. Ao menos desde o Segundo Tratado do Governo Civil de John Locke, a tradição ocidental considera a atividade do Poder Legislativo como espaço privilegiado de representação dos interesses legítimos da sociedade:

Cada vez que um homem entra na sociedade civil e se torna membro de uma comunidade civil, renuncia a seu poder de punir ofensas contra a lei da natureza na realização de seu próprio julgamento particular, mas tendo delegado ao legislativo o julgamento de todas as ofensas que podem apelar ao magistrado, delegou também à comunidade civil o direito de requerer sua força pessoal, sempre que quiser, para a execução dos julgamentos da comunidade civil; que, na verdade, são seus próprios julgamentos, pois são feitos por ele ou por seu representante (LOCKE, 1994, p. 133).

Consoante à magnitude histórica do Legislativo, a legalidade surge como parâmetro regulamentador do exercício da autoridade pública e como do convívio entre os particulares.

CP, é incabível a criminalização da conduta constante no art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98, antes do advento da Lei n. 12.683/2012, época em que não havia no ordenamento pátrio lei que incriminasse a organização criminosa, lacuna que, consoante moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Sexta Turma, não pode ser suprida pela Convenção de Palermo. (REsp 1252770/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/03/2015, DJe 26/03/2015). Salienta-se, também que, consoante decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RHC 130738/DF, não se pode admitir invocar a substituição do crime de organização criminosa por associação criminosa (art. 288 do CP), porquanto este não se achava incluído no rol taxativo da redação original da Lei 9.613/1990 (RHC 74.751/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016). Dessa forma, a denúncia deve ser rejeitada, por atipicidade, em relação aos crimes de lavagem de dinheiro supostamente ocorridos até 09/07/2012. 2. (...). (AgRg no AREsp 1198334/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018).

Nessa perspectiva, José Afonso da Silva destaca que a liberdade-matriz, isto é, a liberdade de ação em geral, se situa na possibilidade de fazer tudo o que a lei não proíbe, de acordo com a redação do art. 5º, II, CF. Acrescenta ainda que a existência de interdições não é incompatível com um sistema coercitivo. Quanto a este ponto, acrescenta-se que

desde que a lei, que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante consentimento popular e seja formada segundo procedimento estabelecido em uma constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada. (SILVA, 2016, p. 237-8).

Por fim, especificamente em relação à legalidade no âmbito penal, Ferrajoli (2002) insere o comando de *nullum crime sine lege* como o segundo dos dez axiomas de seu garantismo jurídico. Contudo, condiciona ainda a existência da lei penal às demais garantias que seu sistema reconhece como necessárias, sendo elas *nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine jurídico, sine accusatione, sine probatione e sine defensione*. Assim, a legalidade emerge no contexto do Estado de Direito como forma de controle do exercício do poder soberano.

É verdade que há um vasto espaço para a discussão dos requisitos e termos para o exercício das atividades normativas que envolve a incriminação de condutas. Porém, o ponto fulcral da pesquisa pretende identificar se ainda é válida a estrutura argumentativa que sustenta a impossibilidade da incidência de tipos penais previstos em tratados diretamente na ordem jurídica nacional, após a tramitação pelo processo de ratificação do texto internacional.

Reconhecer que somente lei, e não ato do Executivo, é via para o reconhecimento de tipos penais é uma preocupação que, na consolidação do constitucionalismo, pretendia impedir que o Chefe do Poder Executivo pudesse, de forma arbitrária, alterar a ordem jurídica para perseguir seus adversários políticos ou mesmo alterá-las de acordo com a conveniência de suas relações.

No caso do Recurso Especial n.º 1.798.903, o STJ, na única decisão específica identificada no acervo investigado, utilizou-se de fundamentação em precedentes do STF que consideraram apenas a incidência da Convenção de Palermo. Para essa finalidade, citou-se o HC 96007 da Primeira Turma do STF e o AgRg no AREsp 1198334/RS da Quinta Turma do STJ. Em ambos os casos se discutiu a incidência da Convenção de Palermo em relação à definição de organização criminosa, sem norma específica. Ou seja, reproduziu-se a posição jurisprudencial a respeito dos tratados em geral, mas sem considerar a especial condição de supralegalidade do Estatuto de Roma.

Para que a análise seja leal às premissas do caso considerado, é preciso registrar que a não-incidência dos crimes contra a humanidade no Recurso Especial n.º 1.798.903 ocorreu por uma dupla fundamentação: a) não se reconheceu a incidência direta dos crimes contra a humanidade no direito brasileiro, em virtude dos precedentes mencionados no parágrafo anterior; e b) os fatos versavam sobre o atentado Riocentro que ocorreu por agentes ligados à ditadura militar brasileira no ano 1981, consistindo, portanto, em fato anterior que, via de regra não deve ser juridicamente tutelado pelo Estatuto de Roma, em virtude da competência temporal, haja vista que o Estatuto foi ratificado apenas em 25 de setembro de 2002. Portanto, questiona-se apenas a primeira fundamentação e se reconhece que a premissa da supralegalidade, por si, não é capaz de afastar a segunda. Dessa forma, o presente trabalho não é capaz de infirmar a decisão proferida no caso-paradigma, mas, se adotada a premissa da distinção entre os tipos penais previstos em tratados em geral e os tipos penais previstos em tratados de direitos humanos há possibilidade de superação da tese do Informativo Jurisprudencial n.º 659 do STJ por, ao menos, seis fundamentos.

O primeiro deles é relacionado ao procedimento para a ratificação dos tratados. O Projeto de Decreto Legislativo n.º 1.334/2001 é de autoria da Comissão de Relações Exteriores da Câmara dos Deputados e foi aprovado em sessão do plenário da respectiva Casa em 18 de abril de 2002. Em seguida, foi remetido ao Senado Federal, onde recebeu a numeração de Decreto Legislativo 112/2002. Em 06 de junho de 2002 houve a aprovação também pela casa federativa. Somente em 25 de setembro de 2002 é que houve a edição do Decreto do Poder Executivo ratificando os termos, diante da apreciação positiva de ambas as Casas legislativas. Note-se, portanto, que não se trata de um Decreto isolado do Poder Executivo, mas de uma manifestação normativa que antecedida pela apreciação pelo plenário de ambas as casas legislativas, assim como acontece, via de regra com uma lei ordinária, que demanda o mesmo quórum deliberativo de maioria simples ou relativa.

A preocupação tradicional que, justificadamente, impede o Poder Executivo de legislar a respeito de tipos penais por decreto não se aplica no presente caso, uma vez que há lastro autorizativo e legitimador do Poder Legislativo em relação aos termos do tipo penal que incrimina as condutas de lesa-humanidade. É necessário chamar a atenção para o fato de que os requisitos constitucionais autorizativos para que uma lei ordinária em matéria penal entre para o mundo jurídico, são os mesmos: a) trata-se de matéria privativa da União Federal (art. 22, I, CF); b) o quórum de aprovação é o da maioria simples; c) há o exercício da bicameralidade. Como a origem é um tratado ou convenção cuja competência para celebrar é do Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/88), a aprovação, que é da competência

exclusiva do Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/88) e que produz efeitos externos, por uma razão lógica, não necessita da sanção de quem já celebrou o ato. Era preciso dar um outro nome à espécie legislativa cuja competência para aprovar a matéria é privativa do Parlamento por escolha do Constituinte de 1988. É o caso do Decreto Legislativo que, em absolutamente nada, retira a representação popular da Câmara dos Deputados e a defesa do interesse dos estados-membros, em razão da participação do Senado Federal. Finalmente, o Presidente da República participa do processo de internalização, porquanto quando recebe o decreto legislativo do Parlamento deverá dar executividade a ele por meio de um Decreto Executivo. Se não o faz, exerce um poder mais intenso do que o do exercício do veto, uma vez que esse, poderá eventualmente, ser revisto pelo Congresso Nacional e a ausência de decreto executivo não será submetida ao Parlamento. Portanto, o temor de que o Chefe do Executivo possa lançar mãos de medidas extremas pela via dos decretos, aqui, no caso dos tratados e convenções, é destituído de fundamento.

É verdade que todos os tratados passam pelo mesmo procedimento e que mesmo os que permanecem com status infralegal são ratificados pelo mesmo procedimento do Decreto 4.388/2002. Assim, o primeiro fundamento precisa ser associado ao segundo, relacionado à hierarquia. A tradição garantista, por mais bem-vinda que possa ser na tradição jurisdicional brasileira, não foi concebida diante das premissas do ordenamento brasileiro, ao menos não em sua integralidade. Enquanto o apego à legalidade formal ocorre para a contenção do exercício do Poder Executivo e a redução do direito penal à conveniência da autoridade. Contudo, essas premissas não consideram a complexidade de um direito nacional com ampla interação com o direito internacional. Exatamente por isso, não há possibilidade de que na estruturação de uma teoria de um direito penal nacional houvesse a consideração da existência de um Decreto do Executivo, cujo teor tenha sido deliberado anteriormente pela autoridade Legislativa e que assumira uma hierarquia superior à lei ordinária. Assim, a tradição anterior permanece válida para o direito nacional, mas não deve ser aplicada em relação aos tipos penais de tratados internacionais de direitos humanos, uma vez que admitir a manutenção da posição jurisprudencial do STJ é afirmar, com outras palavras, que uma norma jurídica superior à lei ordinária não pode regulamentar matéria que a lei ordinária pode.

A própria posição jurisprudencial de elevar decretos que ratificam tratados de Direitos Humanos acima de leis ordinárias seria violadora da proteção que o consentimento do Legislador representa na organização institucional constituída ao longo da modernidade, pois, em detrimento de conteúdos reconhecidos por lei formal, adota como parâmetro de legalidade

o teor das normas previstas nos respectivos tratados, como ocorre com a Súmula Vinculante n.º 25.

O terceiro fundamento reconhece uma certa perspectiva simplista dos direitos humanos. Isso porque ao longo da modernidade os tratados que versam sobre a matéria possuíam uma característica muito presente de dispositivos declaratórios e assecuratórios. Como o direito penal foi e é instrumento de violação de direitos humanos durante a existência do Estado Moderno, há razão para que a tradição engendrada no mesmo contexto não reconheça a legitimidade dos tratados em relação às suas eventuais previsões normativas penalizadoras. No entanto, de acordo com Fouchard (2013), a partir do momento em que fatos graves passaram a ser cometidos e cujos efeitos começaram a ultrapassar as fronteiras estatais, foi o próprio direito penal interno que estimulou o aparecimento de um outro tipo de direito penal, representado em tratados e convenções internacionais e com natureza transnacional: o direito penal internacional. A Convenção de Palermo é o exemplo típico desse direito penal necessário para combater ações da mesma natureza praticadas em distintos países. E ele não se confunde com o outro ramo do direito penal que surge após a segunda guerra mundial, ou seja, o direito internacional penal, que é o ramo do conhecimento jurídico onde se situa o Estatuto de Roma. O direito internacional penal não é desprovido de garantias jurídicas que são herdadas do direito penal nacional, mas com este não se confunde.

O quarto fundamento para o *distinguishing* comunga dessa premissa e evidencia que no caso paradigma não houve a consideração da diferença de natureza de uma norma de direito penal internacional e de direito internacional penal. Com efeito, é preciso destacar que as razões usadas pelo STJ quando faz referência à Convenção de Palermo relacionam-se a um texto internacional que faz parte do direito penal internacional e, portanto, refere-se aos crimes transnacionais decorrentes da internacionalização do direito penal estatal. Entretanto, o cerne da análise aqui apresentada trata, diferentemente, de delitos que estão inseridos no âmbito do direito internacional penal. Esses crimes são dotados de natureza supranacional, porque atentam contra a própria ordem internacional, conforme Fouchard (2013). Ou seja, eles decorrem de violações graves do direito internacional. Trata-se de um tipo de crime que ultrapassa as leis penais estatais, seja pela natureza, seja pela qualidade dos seus autores. Foi a partir das atrocidades e dos crimes massivos praticados na Segunda Guerra Mundial que tratados internacionais passaram a combater os *core crimes* como, por exemplo, é o caso da Convenção contra o Genocídio e a Convenção contra a Tortura. Em alinhamento a esses textos normativos, políticas criminais passaram a ser adotadas pelos Estados-partes, confirmando a natureza supranacional deste tipo de crime. Além disso, previsões específicas de tipos penais com

taxatividade suficiente, como ocorre com o art. 7º do Estatuto de Roma, passaram a existir. Dessa forma, se antes Direito Penal e Direitos Humanos figuravam em polos antagônicos, a tradição do pós-guerra propõe a utilização do direito internacional penal como antídoto às graves e massivas violações do direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, registra-se: “Mas o TPI é justamente um tribunal que visa proteger os direitos humanos pela punição daqueles que violaram valores essenciais da comunidade internacional”. (RAMOS, 2019. p. 337).

O quinto fundamento é de que o dispositivo da Convenção de Palermo é o que definia organização criminosa e guarda função de orientação para o desenvolvimento de normas penais. Logo tem função precípua de balizar o desenvolvimento de normas nacionais em Estados que ainda não as possuem e que se articulem para impedir relações criminosas transnacionais. Diferentemente, o artigo 7º do Estatuto de Roma prevê um tipo penal específico e fixa parâmetros para a cominação punitiva. Trata-se, finalmente, da tipificação clara dos crimes graves, assim reconhecidos desde o julgamento de Nuremberg, em 1945. Assim, argumentos a respeito da ausência de taxatividade ou mesmo de especificações por parte de normas nacionais específicas para regulamentação de aspectos do tipo penal podem ser empregados quanto à Convenção de Palermo, mas não possuem o mesmo êxito em relação ao Estatuto de Roma, justamente por apresentar as descrições dos tipos penais.

Há ainda um sexto fundamento que se estabelece a partir da reflexão de que a própria Constituição Federal permite que a normatividade de um decreto do Chefe do Poder Executivo seja empregada para restringir ou suspender direitos fundamentais, como ocorre com a hipótese de decretação de Estado de Defesa (art. 136, §1º, CF) e Estado de Sítio (art. 138, CF). Tal argumento evidencia que a complexidade dos fenômenos constitucionais e institucionais contemporâneos é diversa daquela em que o constitucionalismo emergiu. A legalidade em sentido formal pode ser sobreposta por decretos do Executivo, desde que haja mecanismos de controle para a manifestação do consentimento dos representantes do povo e dos entes federativos, como também ocorre diante do processo de ratificação dos tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos.

Por fim, não como um fundamento, mas como uma reflexão necessária. É possível sustentar que o limite para a pena a ser aplicada na hipótese de crime contra a humanidade, por autoridade brasileira seja de 30 anos, em conformidade com o art. 77, 1, alínea “a” do Estatuto, que estabelece especificamente esse limite. Afasta-se a hipótese de que a autoridade jurisdicional brasileira possa aplicar a pena de caráter perpétuo prevista no art. 77, I, alínea “b”, uma vez que tal disposição encontra limite no art. 5º, XLVII, alínea “b” da Constituição Federal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual posição jurisprudencial do STF e STJ estão fundamentadas na compreensão de que não há possibilidade de incidência de comando criminalizador previsto em tratado internacional no direito brasileiro, sem observância da legalidade no sentido formal. Essa é a premissa comum às decisões proferidas nas Ações Penais 694 e 996 e HC 96007 que foram consultadas para a identificação da posição jurisprudencial do STF. Também o STJ se manifestou em sentido análogo no âmbito do Resp 1.798.903/RJ, que originou o Informativo Jurisprudencial 659.

Ocorre que das decisões consideradas, o STF apenas foi instado a se manifestar a respeito de norma criminalizadora prevista no âmbito da Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 5015/2004, não diretamente pelo Estatuto de Roma. Por sua vez, o STJ empregou as decisões do STF, especialmente a do HC 96007, expressamente mencionado no voto vencedor do Resp 1.798.903/RJ, como parâmetro para afastar a hipótese de incidência da tipificação dos crimes contra a humanidade pelo Estatuto de Roma, sem a edição de lei nacional superveniente em sentido estrito.

A fundamentação para essa posição ocorre a partir do art. 5º, XXXIX da Constituição Federal, que determina a necessidade da existência de lei em sentido estrito para a tipificação de conduta. Como o Estatuto de Roma assume a condição de Decreto no direito brasileiro, não cumpria tal requisito, uma vez que decretos são considerados, via de regra, como normas infralegais.

Porém, a investigação desenvolvida apresenta seis argumentos para que não seja adotada para o Estatuto de Roma o mesmo paradigma jurisprudencial que foi adotado pelo STF em relação à Convenção de Palermo. Assim, propõe-se que a discussão a respeito da incidência do Estatuto de Roma seja diversa da Convenção de Palermo a partir de seis fundamentos distintos. E, como a *ratio decidendi* deve ser diversa, a implicação é a superação da atual posição que afasta essa hipótese.

O primeiro fundamento é de que o procedimento para a ratificação de tratado é diverso do seguido para a edição dos demais decretos de competência do Executivo. Por um lado, há a exigência do mesmo consentimento das Casas Legislativas que seria exigido para uma lei ordinária, quando o procedimento adotado não for o previsto pelo art. 5º, §3º da Constituição Federal, que confere requisitos ainda mais complexos para a equiparação à emenda à Constituição. Assim, não há déficit democrático e nem, na mais branda das hipóteses, ocorre o

consentimento dos representantes do povo, fator que justificação primeira para a exigência da legalidade em sentido estrito.

O segundo parte da posição jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que confere *status* de norma supralegal para os tratados de Direitos Humanos, como é o caso do Estatuto de Roma e de modo diverso à Convenção de Palermo. Demonstra-se que a jurisprudência do próprio tribunal utiliza os dispositivos de tais tratados para realização do controle de legalidade, como é o caso da Súmula Vinculante n.º 25. Assim, a hierarquia do Estatuto de Roma está acima de leis ordinárias que seriam necessárias, pelo atual entendimento, para a tipificação das condutas de crimes contra a humanidade.

O terceiro fundamento é de que a consideração da legalidade estrita parte da concepção de o direito penal é potencial violador de direitos humanos. De fato, tradicionalmente essa posição é correta. No entanto, após a II Guerra Mundial houve a instrumentalização do direito penal para a proteção dos direitos humanos, de forma que, quando associados a esse propósito, deverão tais dispositivos receberem o mesmo tratamento das demais disposições declaratórias e assecuratórias pertinentes.

O quarto fundamento consiste na distinção entre o Direito Penal Internacional, âmbito que se situa a Convenção de Palermo e o Direito Internacional Penal, disciplina que se situa o Estatuto de Roma. A primeira pretende a integração das ordens jurídicas nacionais para o enfrentamento da criminalidade transnacional. Por sua vez, o Direito Internacional Penal pretende a prevenção e a responsabilização de práticas que agredem a humanidade como um todo, reconhecidas como *core crimes*. Dessa forma, a decisão do STJ no âmbito do Resp 1.798.903/RJ, uma vez que não enfrentou a distinção das normas internacionais incidentes nas decisões do STF e no caso que formou o precedente analisado.

O quinto é de que a incidência da norma da Convenção de Palermo implicaria insegurança quanto à sua generalidade, sendo afetada pela própria taxatividade necessária ao direito penal. Contudo, o mesmo não ocorre em relação ao Estatuto de Roma, que apresenta condutas suficientemente definidas com as respectivas penas cominadas, tanto pelo Estatuto de Roma como pela jurisprudência do Direito Internacional Penal.

O sexto fundamento, por fim, consiste na admissão de que a normatividade de um decreto do Poder Executivo é empregado nos casos de decretação de Estado de Defesa e Estado de Sítio para suspensão de garantias constitucionais, de forma que a própria Constituição Federal, à luz da complexidade de tais fenômenos permite a sobreposição, condicionada ao controle político do Legislativo, do decreto presidencial em relação a dispositivos constitucionais, o que evidencia que a própria dinâmica institucional e constitucional prevê que

a legalidade em seu sentido estrito é mais que um dogma em um discurso fundamentalista. Deve ser compreendida, a partir de sua origem, como condição que se apresenta como necessária para assegurar o controle político que pode ser realizado, atualmente, por diferentes vias, como ocorre com o processo de ratificação dos tratados internacionais, em especial os que versam sobre direitos humanos.

Assim, conclui-se que: a) não há decisão específica do STF em relação à incidência da tipificação dos crimes contra a humanidade a partir do Estatuto de Roma no Brasil; b) o STJ possui o entendimento pela não incidência e necessidade de legislação superveniente em sentido formal; c) os fundamentos adotados pelo STJ versam sobre questões jurídicas distintas da decidida; d) há necessidade de superação da atual posição do STJ, de modo a reconhecer a incidência da tipificação dos crimes contra a humanidade no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05/10/1988. Brasília, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em 14/11/2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Plenário. **Sessão Deliberativa de 18/04/2002**. Disponível em <https://www.camara.leg.br/evento-legislativo/2240>. Acesso em 16/11/2021.

BRASIL. **Decreto 30.822**, de 06/05/1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. **Decreto 4.388**, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em 12/11/2021.

BRASIL. **Decreto 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm. Acesso em 16/11/2021.

BRASIL. **Decreto nº 5.015** de 12/03/2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em 16/11/2021.

BRASIL. Senado Federal. **Decreto Legislativo nº 112** de 06/06/2002. Aprova o texto do Estatuto De Roma Do Tribunal Penal Internacional, aprovado em 17 de julho de 1998 e assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/568148>. Acesso em 16/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus 473.442/RJ**. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO SISTEMA RECURSAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. FATOS OCORRIDOS ANTES DA ALTERAÇÃO DA LEI 9.613/1998 PELA LEI 12.683/2012. ROL TAXATIVO DOS CRIMES ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO MENCIONADO ILÍCITO PARA FINS DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME TIPIFICADO NO ARTIGO 1º DA LEI 9.613/1998. MANIFESTA ATIPICIDADE DA CONDUTA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento em 06/11/2018. Publicação em 14/11/2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=473442&b=ACOR&p=false&l=10&i=3&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). **Agravo no Recurso Especial 1198334/RS**. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ROL EXAUSTIVO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.683/2012. INEXISTÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA À ÉPOCA DOS FATOS. ATIPICIDADE. CRIMES ANTECEDENTES. SONEGAÇÃO FISCAL E DELITOS CORRELATOS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO OCORRÊNCIA. COMPROVAÇÃO DOS FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 27/11/2018. Publicado em 10/12/2018. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1198334&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Recurso Especial n.º 1252770/RS**. PENAL. RECURSO ESPECIAL. QUADRILHA, TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO E LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 288 DO CP. ELEMENTO SUBJETIVO DO INJUSTO. FIM ESPECÍFICO DE COMETER SÉRIE INDETERMINADA DE CRIMES. ART. 1º, VII, DA LEI N. 9.613/1998, ANTES DO ADVENTO DA LEI N. 12.850/2013. INEXISTÊNCIA DE CONCEITUAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO DIREITO PÁTRIO. OMISSÃO NÃO SUPRIDA PELA CONVENÇÃO DE PALERMO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. EXTENSÃO AOS CORRÉUS CONDENADOS PELO MESMO DELITO. CRIME IMPOSSÍVEL. MONITORAMENTO POLICIAL. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. DOSIMETRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP QUANTO ÀS VETORIAIS PERSONALIDADE E MOTIVOS DO CRIME. COMPENSAÇÃO DA CONFISSÃO COM A AGRAVANTE DO ART. 62, I, DO CP. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO FEDERAL VIOLADO. SÚMULA N. 284 DO STF. ATOS EXECUTÓRIOS. CARACTERIZAÇÃO. REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO PROVIDO. RECURSOS DEFENSIVOS PARCIALMENTE CONHECIDOS E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDOS PARA ALGUNS RECORRENTES E NÃO PROVIDOS PARA OUTROS. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em 24/03/2015. Publicado em 26/03/2015. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1252770&b=ACOR&p=false&l=10&i=11&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo Jurisprudencial n.º 659**. Brasília, 22 de novembro de 2019. Disponível em <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/informjurisdata/issue/view/549/showToc>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. **Recurso Especial 1798903/RJ PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. ATENTADO AO RIOCENTRO. VIOLAÇÃO A DIREITOS HUMANOS. DÉCADAS DE 60, 70 E 80. RELEVÂNCIA DA MATÉRIA. NECESSIDADE DE RECONCILIAÇÃO NACIONAL. OBSERVÂNCIA À SOBERANIA PÁTRIA. POSSIBILIDADE DE RECONSTRUÇÃO PELA PAZ. EXEMPLO DA ÁFRICA DO SUL. 2. RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA. VIOLAÇÃO DO ART. 107, IV, DO CP. DISPOSITIVO QUE NÃO ABRANGE A CONTROVÉRSIA DOS AUTOS. IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE LESA-HUMANIDADE. MATÉRIA CONSTANTE DE TRATADOS INTERNACIONAIS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE NORMA INTERNACIONAL VIOLADA. NORMA CONSTITUCIONAL PRÓPRIA DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 284/STF. 3. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO NA ORIGEM. NÃO ENQUADRAMENTO DAS CONDUTAS COMO CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCLUSÃO DO TRF/2ª REGIÃO FIRMADA COM BASE NO ARCABOUÇO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO NA VIA ELEITA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 4. ARQUIVAMENTO DO IP NA JUSTIÇA MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECRETADA PELO STM. ANISTIA DA EC 26/1985. COISA JULGADA MATERIAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTES DO STF. 5. LEI DA ANISTIA. ADPF 153/DF. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, EM CASOS DIVERSOS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A ORDEM JURÍDICA INTERNA. COMPETÊNCIA DO STF. 6. SOBERANIA NACIONAL. SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. DECISÕES INTERNACIONAIS. DEVER DE HARMONIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DA ORDEM INTERNA. 7. CRIME CONTRA A HUMANIDADE. CONCEITO TRAZIDO NO ART. 7º ESTATUTO DE ROMA. AUSÊNCIA DE LEI EM SENTIDO FORMAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ART. 5º, XXXIX, DA CF. TRATADO INTERNALIZADO EM 2002. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. AFRONTA AO ART. 5º, XL, DA CF. 8. CONVENÇÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES DE GUERRA E DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO PELO BRASIL. PEDIDO DE APLICAÇÃO COMO JUS COGENS. COSTUME INTERNACIONAL RESPEITADO E PRATICADO. ANÁLISE QUE DEVE SER FEITA PELO STF. INAPLICABILIDADE DO JUS COGENS ASSENTADA NA EXTRADIÇÃO 1.362/DF. 9. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. PREMISSE DE STATUS DE SUPRALEGALIDADE. TRATADO NÃO INTERNALIZADO DE ACORDO COM O ART. 5º, § 3º, DA CF. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM A CF. 10. TRATADOS INTERNACIONAIS NÃO INTERNALIZADOS. OBSERVÂNCIA NA ORDEM INTERNA. POSSIBILIDADE. ART. 5º, § 2º, DA CF. PRINCÍPIO DA UNIDADE E DA MÁXIMA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. SOBERANIA ESTATAL E SUPREMACIA DA CF. IMPOSSIBILIDADE DE SUBVERSÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. OFENSA A OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS. 11. NORMAS PRESCRICIONAIS. DIREITO PENAL MATERIAL. NECESSIDADE DE LEI EM SENTIDO FORMAL. IMPOSSIBILIDADE**

DE APLICAÇÃO RETROATIVA. PRESCRITIBILIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 12. A ADMISSÃO DO JUS COGENS NÃO PODE VIOLAR PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO COM O ORDENAMENTO PÁTRIO. RESGUARDO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. FINALIDADE PRINCIPAL DOS DIREITOS HUMANOS. IMPOSSIBILIDADE DE TIPIFICAR CRIME SEM LEI PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE DE RETIRAR A EFICÁCIA DAS NORMAS PRESCRICIONAIS. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA IRRETROATIVIDADE. PRINCÍPIOS CAROS AO DIREITO PENAL. 13. CONCLUSÃO QUE NÃO DIMINUI O COMPROMISSO DO BRASIL COM OS DIREITOS HUMANOS. PUNIÇÃO APÓS QUASE 40 ANOS. NÃO RESTABELECIMENTO DE DIREITOS VIOLADOS. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DE IGUAL MAGNITUDE. AFRONTA A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. SEGURANÇA JURÍDICA. COISA JULGADA MATERIAL. LEGALIDADE E IRRETROATIVIDADE. 14. OFENSA AOS ARTS. 347 E 348 DO CP. RECURSO CONHECIDO NO PONTO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA NATUREZA PERMANENTE DOS TIPOS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES INSTANTÂNEOS. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 15. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. 25/09/2019. DJe 30/10/2019. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1798903&b=ACOR&p=false&l=10&i=6&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário RE 466343 / SP**. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Recorrente: Banco Bradesco S. A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento: 03/12/2008. Publicação: 05/06/2009. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur323/false>. Acesso em 16/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Ação Penal 694**. EMENTA DEPUTADO FEDERAL. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO CONFIGURADA. QUADRILHA E CRIMES LICITATÓRIOS. PRESCRIÇÃO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ATIPICIDADE. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. COLABORAÇÃO PREMIADA. CORROBORAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONDENAÇÃO Autor: Ministério Público Federal. Réu: Paulo Fernando Feijó Torres. Relatora Ministra Rosa Weber. Revisor: Ministro Luís Roberto Barroso. Julgamento: 02/05/2017. Publicação: 31/08/2017. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372379/false>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Habeas Corpus 96007/SP. TIPO PENAL – NORMATIZAÇÃO. A existência de tipo penal pressupõe lei em sentido formal e material. LAVAGEM DE DINHEIRO – LEI Nº 9.613/98 – CRIME ANTECEDENTE. A teor do disposto na Lei nº 9.613/98, há a necessidade de o valor em pecúnia envolvido na lavagem de dinheiro ter decorrido de uma das práticas delituosas nela referidas de modo exaustivo.

LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E QUADRILHA. O crime de quadrilha não se confunde com o de organização criminosa, até hoje sem definição na legislação pátria. Pacientes: Estevan Hernandez Filho ou Estevam Hernandez Filho e Sônia Haddad Moraes Hernandez. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 12/06/2012. Publicação: 08/02/2013. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur223873/false>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Ação Penal 996. AÇÃO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA E LAVAGEM DE DINHEIRO. 1. PRAZO SUCESSIVO À ACUSAÇÃO E ASSISTENTE PARA ALEGAÇÕES FINAIS. PROCEDIMENTO NECESSÁRIO EM RAZÃO DA PRERROGATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. QUEBRA DO TRATAMENTO ISONÔMICO NÃO CONFIGURADO. 2. SUBSTITUIÇÃO DE TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. IRRESIGNAÇÃO ANALISADA EM AGRAVO REGIMENTAL. PRECLUSÃO. 3. PROVA PERICIAL. PRETENSÃO DEDUZIDA A DESTEMPO. INDEFERIMENTO. IMPRESCINDIBILIDADE NÃO DEMONSTRADA. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 4. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. OITIVA DE TESTEMUNHAS REFERIDAS. PLEITO INDEFERIDO. SIMPLES MENÇÕES A NOMES. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. 5. PRETENSÃO DE JULGAMENTO CONJUNTO DESTES AUTOS COM OS INQUÉRITOS 3.989 E 3.980. ALEGADA CONEXIDADE. DESNECESSIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 6. TESTEMUNHA DEFENSIVA CONTRADITADA. QUEBRA DA PARIDADE DE ARMAS. PESSOA DENUNCIADA POR FATOS SEMELHANTES NO INQUÉRITO 3.980. INTERESSE NOTÓRIO NA RESOLUÇÃO DA CAUSA PENAL. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. 7. CORRUPÇÃO PASSIVA. DEMONSTRAÇÃO DE TODOS OS ELEMENTOS DO TIPO PENAL NAS OPORTUNIDADES ESPECIFICADAS. ATO DE OFÍCIO. ATUAÇÃO PARLAMENTAR E PARTIDÁRIA. APOIO POLÍTICO À NOMEAÇÃO OU À MANUTENÇÃO DE AGENTE EM CARGO PÚBLICO. UTILIZAÇÃO DE TAL PROCEDER PARA A OBTENÇÃO DE VANTAGENS PECUNIÁRIAS INDEVIDAS. CONDENAÇÃO. 8. LAVAGEM DE CAPITAIS. 8.1. RECEBIMENTO DE DINHEIRO EM ESPÉCIE. ATIPICIDADE. 8.2. VANTAGEM INDEVIDA DEPOSITADA DE FORMA PULVERIZADA EM CONTAS-CORRENTES. CONDUTA TÍPICA. 8.3. DECLARAÇÃO À AUTORIDADE FAZENDÁRIA DE DISPONIBILIDADE MONETÁRIA INCOMPATÍVEL COM RENDIMENTOS REGULARMENTE PERCEBIDOS. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. 8.4. DOAÇÃO ELEITORAL. FORMA DE ADIMPLEMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA. INFRAÇÃO PENAL DE BRANQUEAMENTO CARACTERIZADA. CONDENAÇÃO.** Autor: Ministério Público Federal. Réu: Nelson Meurer. Relator: Ministro Edson Fachin. Revisor: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 29/05/2018. Publicação: 08/02/2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397914/false>. Acesso em 15/11/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n.º 25. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>. Acesso em 13/11/2021.

COMISSÃO ARNS. **Comissão Arns e CADHu denunciam presidente da República ao Tribunal Penal Internacional.** 12/11/2019. Disponível em

<https://comissaoarns.org/blog/2020-12-15-comiss%C3%A3o-arns-e-cadhu-denunciam-presidente-da-rep%C3%BAblica-ao-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em 14/11/2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCHARD, Isabelle. **De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux** : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes. *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 (Volume 71), p. 49-81. Disponível em: <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-2-page-49.htm>. Acesso em 15/11/2021.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. *Universitas Jus*, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em 16/11/2021.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil** : ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil; tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. – Petrópolis, RJ : Vozes, 1994.

MCARTHUR, Fabiana Godinho. **Justiça de Transição**: O caso Brasileiro. In: *Revista anistia política e justiça de transição*. n. 7, jan./jun. 2012, Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 78-107.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18 ed. São Paulo, SaraivaJur: 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 6.ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima; PERRONE-MOISÉS, Cláudia; MARTIN-CHENUT, Kathia. **Pandemia e crimes contra a humanidade**: o “caráter desumano” da gestão da catástrofe sanitária no Brasil. *Direito e Práxis* vol. 12. n.º 3. , 2021, p. 2206-2257. Disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/61769>. Acesso em 16/11/2021.

Submissão: 16/11/2021 Aprovação: 22/09/2022