ESCOLA GAÚCHA DE DIREITO

REVISTA

ESCOLA GAÚCHA DE DIREITO

REVISTA DA ESCOLA GAÚCHA DE DIREITO

Journal of the Gaúcha School of Law

V. 01, N. 01

Julho – Dezembro de 2024

© 2024 Revista da Escola Gaúcha de Direito (EGD)
Printed in Brazil

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.
As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

Esta revista encontra-se disponível também em http://www.escolagauchadedireito.com/revista

Pede-se permuta
Pídese canje
Man bittet um Austausch
We ask for Exchange
On demande l'échange
Si riquiere lo scambio

REVISTA DA ESCOLA GAÚCHA DE DIREITO

2024 -

EDITOR-CHEFE

José Arthur Sedrez

CORPO EDITORIAL

Domingos Polini Netto

Júlio César Souza dos Santos

Karoline Fernandes Pinto Lopes

Leonardo Simchen Trevisan

Letícia da Silva Nigris

Maikon Cristiano Glasenapp

Manoel Maurício Ramos Neto

Maria Rita Rodrigues

Marina Teixeira Monteiro

Patricia da Silva

Roberto Beijato Junior

Rudolf Mateus de Jesus Specht

Taís Fernanda Kusma

SUMÁRIO
CONTENTS

EDITORIAL // *Editorial* **9**

ARTIGOS // *Articles* **11 - 91**

Adoção por Casais LGBTQIA+: Desafios Legais e Implicações Sociais **11**
Adoption by LGBTQIA+ Couples: Legal Challenges and Social Implications
Guilherme Manoel de Lima Viana

A Construção do Conceito de Liberdade Expressão na Jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América **23**
The Construction of the Concept of Freedom of Speech in the Jurisprudence of the United States Supreme Court
José Arthur Sedrez

Homologação da Sentença Penal Estrangeira e a Transferência de Execução da Pena: Um estudo de caso do jogador 'Robinho' **36**
Homologation of Foreign Criminal Judgment and the Transfer of Sentence Execution: A Case Study of the Player 'Robinho'
Laura Campanha Ortiz Raymundi

A Garantia da Ordem Pública Aplicada na Manutenção da Prisão Preventiva: Resultado dos Índices Contemporâneos **47**
The Guarantee of Public Order Applied in the Maintenance of Preventive Detention: Outcome of Contemporary Indices
Lucila de Quadros da Silva

Desafios Constitucionais: Dificuldade da Mulher no Mercado de Trabalho e a Demissão Pós-Licença Maternidade no Contexto Jurídico **60**
Constitutional Challenges: Women's Struggles in the Labor Market and Post-Maternity Leave Dismissal in the Legal Context
Myreli Soares Frey

Reificação Através do Trabalho: Uma Análise do Sujeito de Direitos na América-Latina **68**
Reification Through Labor: An Analysis of the Subject of Rights in Latin America
Rodrigo Guimarães

Regulação Estatal e Pós-Fordismo: Contribuição para uma Crítica ao Modelo Gerencial de Administração Pública **79**
State Regulation and Post-Fordism: Contribution to a Critique of the Public Administration management model
Ryan Augusto Lima da Silva

TRANSCRIÇÃO DE EVENTO // *Event Transcription* **92 - 113**

36 Anos da Constituição: Desafios de Ontem, Hoje e Sempre **92**
36 Years of the Constitution: Challenges of Yesterday, Today, and Always
Alessandro Soares
Carina Lopes
Cláudio Rennó
José Arthur Sedrez
Vicente Bogo

Editorial

Editorial

É com grande satisfação que celebramos o lançamento do primeiro volume da Revista da Escola Gaúcha de Direito, um marco importante para a produção acadêmica e reflexão crítica sobre os mais variados temas jurídicos e sociais. Este primeiro número é um testemunho do compromisso da nossa Escola com a excelência acadêmica e o avanço do pensamento jurídico, promovendo um espaço plural e qualificado para debates de relevância nacional e internacional.

O conjunto de artigos que compõem este volume abrange questões contemporâneas que desafiam o direito e as ciências sociais, refletindo a diversidade e complexidade do cenário jurídico atual.

Destaca-se, por exemplo, o artigo de Guilherme Manoel de Lima Viana, "Adoção por Casais LGBTQIA+: Desafios Legais e Implicações Sociais", que aborda a urgente necessidade de refletir sobre os direitos das famílias não heteronormativas, trazendo à tona não apenas os aspectos jurídicos, mas também as implicações sociais desse processo no Brasil e no mundo.

José Arthur Sedrez, em "A Construção do Conceito de Liberdade de Expressão na Jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América", realiza uma análise aprofundada sobre a evolução do conceito de liberdade de expressão, com foco na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, oferecendo uma reflexão crucial sobre os limites dessa liberdade e suas implicações no direito comparado.

No contexto internacional, o estudo de Laura Campanha Ortiz Raymundi, "Homologação da Sentença Penal Estrangeira e a Transferência de Execução da Pena: Um estudo de caso do jogador 'Robinho'", propõe uma reflexão sobre a aplicação das normas de migração e os desafios legais envolvidos em casos de sentença penal estrangeira, levando em consideração as especificidades do sistema jurídico brasileiro e as implicações sociais e políticas.

A questão da prisão preventiva é analisada por Lucila de Quadros da Silva em "A Garantia da Ordem Pública Aplicada na Manutenção da Prisão Preventiva: Resultado dos Índices Contemporâneos", onde a autora critica a aplicação excessiva de fundamentos que limitam a liberdade individual, questionando a compatibilidade dessas práticas com os direitos constitucionais e os princípios do Estado de Direito.

O artigo de Myreli Soares Frey, "Desafios Constitucionais: Dificuldade da Mulher no Mercado de Trabalho e a Demissão Pós-Licença Maternidade no Contexto Jurídico", expõe os obstáculos enfrenta-

dos pelas mulheres no ambiente laboral, especialmente no que tange à demissão após a licença-maternidade, uma análise fundamental sobre a efetividade das garantias constitucionais em relação aos direitos das mulheres.

Rodrigo Guimarães, por sua vez, oferece uma reflexão crítica sobre a realidade laboral na América Latina em "Reificação Através do Trabalho: Uma Análise do Sujeito de Direitos na América-Latina", ao explorar como as relações de trabalho contribuem para a construção de uma identidade subalterna e a marginalização dos sujeitos de direitos.

Ryan Augusto, no artigo "Regulação Estatal e Pós-Fordismo: Contribuição para uma Crítica ao Modelo Gerencial de Administração Pública", oferece uma crítica à regulação estatal e à administração pública no contexto do pós-fordismo, discutindo as limitações e os desafios do modelo gerencial de governança.

Por fim, oferecemos ao público a transcrição do evento "36 Anos da Constituição: Desafios de Ontem, Hoje e Sempre", evento realizado em Outubro de 2024 que contou com a participação dos professores Alessandro Soares, Carina Lopes, Cláudio Rennó, José Arthur Sedrez e do vice-governador do Estado e Deputado Federal Constituinte, Vicente Bogo. A exposição é uma importante reflexão sobre a trajetória da Constituição Federal de 1988, seus desafios e avanços ao longo do tempo, evidenciando como a Carta Magna se mantém um ponto de referência crucial na luta pela democracia e pelos direitos humanos.

Este primeiro volume da revista, com sua vasta gama de temas e abordagens, reafirma o papel central da Escola Gaúcha de Direito como um polo de produção de conhecimento jurídico crítico, que não se limita apenas ao campo acadêmico, mas também se engaja nas questões sociais, culturais e políticas que envolvem a sociedade contemporânea. Saudamos todos os autores e colaboradores que tornaram possível esta publicação e convidamos os leitores a se aprofundarem nos textos que aqui se apresentam.

Que este seja apenas o começo de um longo caminho de contribuições à reflexão jurídica e à construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

O editor.

Adoção por Casais LGBTQIA+: Desafios Legais e Implicações Sociais

Adoption by LGBTQIA+ Couples: Legal Challenges and Social Implications

Guilherme Manoel de Lima Viana
Mestrando em Ciências Humanas e Sociais pela Universidade Federal do ABC. Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
guigaviana1157@gmail.com

O artigo aborda o conceito de família e adoção, explorando sua evolução ao longo do tempo e seu impacto na sociedade contemporânea. Ele examina a evolução jurídica da adoção por casais LGBTQIA+, destacando os avanços legais e os desafios enfrentados ao longo do processo. Por fim, o artigo analisa as implicações sociais da adoção por casais LGBTQIA+, considerando seu impacto na construção de famílias e na promoção da igualdade de direitos. O estudo é baseado em uma revisão bibliográfica abrangente, que destaca a importância do reconhecimento legal e social das famílias LGBTQIA+ para uma sociedade mais inclusiva e justa. Os resultados destacam a necessidade contínua de mudanças legislativas e de conscientização para garantir que todas as famílias sejam tratadas com igualdade e respeito. Em conclusão, o artigo ressalta a importância de reconhecer e valorizar a diversidade familiar, promovendo um ambiente que acolha e apoie todas as formas de parentalidade.

Palavras-chave: Adoção; Igualdade; Amor; Família; Direitos.

The article addresses the concept of family and adoption, exploring its evolution over time and its impact on contemporary society. It examines the legal evolution of adoption by LGBTQIA+ couples, highlighting legal advancements and the challenges faced throughout the process. Finally, the article analyzes the social implications of adoption by LGBTQIA+ couples, considering its impact on family building and the promotion of equal rights. The study is based on a comprehensive literature review, which underscores the importance of legal and social recognition of LGBTQIA+ families for a more inclusive and just society. The findings emphasize the ongoing need for legislative changes and awareness to ensure that all families are treated with equality and respect. In conclusion, the article highlights the importance of recognizing and valuing family diversity, promoting an environment that embraces and supports all forms of parenthood.

Keywords: Adoption; Equality; Love; Family; Rights.

Introdução

A adoção por casais LGBTQIA+ é um tema de grande relevância nos dias atuais, pois reflete não apenas mudanças legais, mas também transformações sociais e culturais significativas. Este artigo busca explorar de maneira mais aprofundada a trajetória jurídica e contextualização desse processo, examinando tanto os avanços conquistados quanto os desafios enfrentados por essas famílias ao longo do tempo.

Para compreender plenamente a adoção por casais LGBTQIA+, é fundamental começar compreendendo o conceito de família e adoção e sua evolução histórica. Ao longo dos séculos, a noção de família passou por diversas transformações, influenciadas por fatores culturais, religiosos e legais. A concepção tradicional de família como sendo composta apenas por um homem e uma mulher foi sendo gradualmente questionada, dando lugar a uma compreensão mais ampla e inclusiva, que reconhece a diversidade de formas familiares.

A evolução jurídica da adoção por casais LGBTQIA+ reflete essa mudança de paradigma. Inicialmente, as leis de adoção frequentemente excluíam explicitamente casais do mesmo sexo, refletindo preconceitos arraigados na sociedade. No entanto, ao longo do tempo, houve avanços significativos que reconheceram o direito desses casais de formarem famílias através da adoção. Esses avanços incluem mudanças legislativas que removeram restrições discriminatórias e decisões judiciais que afirmaram o princípio da igualdade de direitos.

Apesar dos avanços, ainda existem desafios significativos enfrentados por casais LGBTQIA+ que desejam adotar. Isso inclui a persistência de atitudes discriminatórias, a falta de proteção legal abrangente e a necessidade de recursos específicos para apoiar essas famílias. Além disso, a adoção por casais LGBTQIA+ ainda pode ser um tema controverso em alguns círculos sociais e políticos, o que destaca a importância contínua da conscientização e da defesa dos direitos dessas famílias.

Ao examinar as implicações sociais da adoção por casais LGBTQIA+, é essencial considerar não apenas o impacto na construção de famílias e no desenvolvimento das crianças adotadas, mas também a contribuição para a promoção da igualdade de direitos e a diversidade familiar. Reconhecer e valorizar a variedade de formas familiares é fundamental para construir uma sociedade mais inclusiva e justa.

Em suma, este artigo busca fornecer uma visão abrangente da adoção por casais LGBTQIA+, destacando suas raízes históricas, evolução jurídica, desafios atuais e implicações sociais. Ao fazê-lo, visa contribuir para um diálogo informado e empático sobre esse importante tópico, com o objetivo final de promover a igualdade de direitos e o respeito por todas as formas de parentalidade.

Conceito de Família e Adoção

O termo "família" tem sua origem no latim "famulus", que originalmente se referia a um grupo de escravos ou servos que pertenciam ao mesmo patrão. Embora essa raiz etimológica possa surpreender, o significado do termo evoluiu ao longo do tempo, distanciando-se da conotação de posse ou pertencimento.

Hoje em dia, a palavra "família" é amplamente utilizada em um contexto muito diferente, refletindo a ideia de laços afetivos e de convivência entre pessoas que compartilham vínculos emocionais, de amor e de cuidado, independentemente de sua origem ou estrutura.

Durante muitos anos, especialmente em sociedades patriarcais, a palavra "família" foi associada à ideia de um agrupamento centrado no patriarca, com sua esposa e filhos. No entanto, à medida que as concepções de família se expandem e se diversificam, essa associação exclusiva com a estrutura patriarcal vem sendo questionada e reinterpretada. De acordo com Sílvio de Salvo Venosa, a concepção de família é caracterizada por:

> *Família constitui-se por uma instituição, de maneira regular, formal e definida de realizar uma atividade. É uma união associativa de pessoas, sendo uma instituição da qual se vale à sociedade para regular a procriação e educação dos filhos. Ainda, pode ser definida como uma instituição permanente integrada por pessoas cujos vínculos derivam da união de pessoas de sexos diversos. (Venosa, 2003, p. 22)*

Segundo Danda Prado a família:

> *Não é só um tecido fundamental de relações, mas, também, um conjunto de papéis socialmente definidos. A organização familiar depende do que a sociedade, por meio de seus usos e costumes, espera de um pai, de uma mãe, dos filhos, de todos seus membros, enfim. Nem sempre, porém, a opinião geral é unânime, o que resulta em formas diversas de família além do modelo social preconizado e valorizado. (Prado, 2013, 29)*

Para o sistema jurídico brasileiro, na Constituição Federal, são identificadas três categorias de família no artigo 226[1], o casamento, a união estável e o núcleo monoparental.

A evolução é uma força intrínseca que permeia todos os aspectos do universo, desde os microorganismos mais simples até as mais complexas formas de vida que já habitaram nosso planeta. Nesse contexto, a definição e compreensão da família também estão sujeitas a esse processo contínuo de mudança e desenvolvimento.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma importante expansão do conceito de família no ordenamento jurídico brasileiro. Além do casamento, a união estável e a família monoparental foram oficialmente reconhecidas como entidades familiares legítimas. Essa inclusão reflete uma compreensão mais abrangente e inclusiva da diversidade de arranjos familiares presentes na sociedade contemporânea.

Atualmente, reconhece-se que a família pode assumir diversas formas, incluindo famílias monoparentais, famílias reconstituídas, famílias homoafetivas, entre outras. Essa compreensão mais ampla reflete uma sociedade mais inclusiva e respeitosa da diversidade de arranjos familiares e dos diferentes tipos de laços que unem as pessoas. Nesse contexto, é relevante destacar um parecer proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o qual enfatiza que:

> *[...] E o Estado, por sua vez, tem o dever jurídico de promover esses valores, não apenas como uma satisfação dos interesses legítimos dos beneficiários diretos, como também para assegurar a toda a sociedade, reflexamente, um patamar de elevação política, ética e social. Por essas razões, a Constituição não comporta uma leitura homofóbica, deslegitimadora das relações de afeto e de compromisso que se estabelecem entre indivíduos do mesmo sexo. A exclusão dos homossexuais do regime de união estável significaria declarar que eles não são merecedores de igual respeito, que seu universo afetivo e jurídico é de "menos-valia": menos importante, menos correto, menos digno. (Barroso, 2015, grifo nosso)*

O parecer do Ministro Luís Roberto Barroso ressalta de forma eloquente a importância dos princípios de liberdade, igualdade e dignidade para todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual. Ele destaca que a Constituição não pode ser interpretada de forma homofóbica, pois isso

1 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1.º O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2.º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4.º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

negaria o respeito e a dignidade das relações afetivas entre indivíduos do mesmo sexo.

É fundamental reconhecer que a exclusão das famílias homoafetivas do regime de união estável seria uma forma de discriminação e desvalorização de suas relações e identidades. No entanto, o parecer ressalta que a referência na Constituição Federal a homem e mulher não impede a extensão desse regime às relações homoafetivas. Pelo contrário, a norma constitucional deve ser interpretada como uma norma de inclusão, destinada a superar a discriminação histórica que recaiu sobre as relações não matrimoniais entre homem e mulher.

Hoje em dia, as famílias homoafetivas são cada vez mais bem aceitas na sociedade, refletindo uma evolução significativa nas mentalidades e nas políticas públicas. A luta por igualdade e respeito tem contribuído para essa mudança de paradigma, e cada vez mais pessoas reconhecem e valorizam a diversidade de arranjos familiares, incluindo aqueles formados por casais do mesmo sexo.

A origem da palavra "adoção" deriva do latim "adoptio", que se refere ao ato de conceder a outro indivíduo o próprio nome. Esse conceito é fundamentalmente uma forma de proporcionar a uma criança ou adolescente a oportunidade de pertencer a uma família, especialmente em situações onde isso se faz necessário, como em casos de óbito dos pais biológicos, impossibilidade destes em cuidar da criança ou abandono por parte deles. Maria Helena Diniz aborda a adoção em sua relação com a dimensão jurídica:

> *(...) inserção num ambiente familiar, de forma definitiva e com aquisição de vínculo jurídico próprio de filiação, segundo as normas legais em vigor, de uma criança cujos pais morreram ou são desconhecidos, ou não sendo o caso, não podem ou não querem assumir o desempenho das suas funções parentais, ou são pela autoridade competente, considerados indignos para tal. (Diniz, 2007, p. 37)*

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41, assegura o conceito de adoção nos seguintes termos: “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (Brasil, 1990)

A adoção é um ato de amor e responsabilidade, onde uma família acolhe um novo membro e assume a responsabilidade de cuidar, educar e proporcionar um ambiente seguro e afetivo para ele ou ela. É um processo que envolve não apenas a legalização do vínculo entre o adotante e o adotado, mas também a construção de laços emocionais e afetivos que moldarão a vida de ambos.

Evolução Jurídica e Contextualização da Adoção por Casais LGBTQIA+

As uniões homoafetivas consistem em parcerias entre pessoas do mesmo sexo, onde o vínculo afetivo é destacado como elemento central que une o casal. Nesse contexto, é essencial compreender que o propósito dessas uniões transcende a esfera sexual, sendo impulsionado principalmente pelo afeto e pela construção de uma relação de companheirismo, respeito e suporte mútuo.

Essas famílias homoafetivas, assim como as demais, desempenham papéis importantes na sociedade e proporcionam ambientes amorosos e acolhedores para seus membros. A valorização do caráter afetivo dessas uniões destaca a sua legitimidade e relevância no contexto familiar contemporâneo.

No Brasil, o reconhecimento da união entre casais homoafetivos pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu somente em 2011, marcando uma das maiores conquistas para esses casais. Esse reconhecimento concedeu-lhes acesso ao registro civil, bem como a todos os direitos e deveres patrimoniais garantidos pela lei. Em 2013, a Comissão de Constituição e Justiça, por meio da resolução 175 de 14 de maio, estabeleceu a proibição da recusa por parte das

autoridades em realizar o casamento civil e a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Diante desse contexto legal, os casais homoafetivos passaram a ter a oportunidade de formar uma família com os mesmos direitos e proteções legais garantidos aos casais heterossexuais. Entre esses direitos está o da adoção, que merece destaque considerando as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse sentido, Raquel Antunes de Oliveira Silva explica:

> *(...) apesar de não fazer qualquer menção à orientação sexual como um fator a ser considerado no processo de adoção nem citar que a futura família da criança deva ser composta por pais de gêneros diferentes, requer dos adotantes, em seu art. 42, § 2º, o casamento civil ou a manutenção da união estável, algo impossível de acontecer para os casais homossexuais antes da atualização do entendimento do STF. (Silva, 2012, p.56)*

Embora no Brasil não haja uma legislação específica que regulamente o direito de adoção por casais homoafetivos, essa situação contrasta com a realidade de muitos outros países ao redor do mundo. Desde o século passado, diversas nações têm promulgado leis que reconhecem e garantem esse direito a casais do mesmo sexo. Maria Berenice Dias esclarece sobre o assunto:

> *A Dinamarca foi o primeiro país do mundo a reconhecer o direito dos parceiros registrados à adoção. Desde 01.07.1999, está autorizado, inclusive, um deles a adotar os filhos biológicos do outro, exceto no caso de a adoção ser de criança estrangeira. A África do Sul, Bélgica, Espanha, Canadá e Holanda admitem a adoção por casais homossexuais em âmbito nacional. No Canadá e nos EUA, a adoção é de jurisdição estadual, divergindo de uma província para a outra. Em quase 50% do Estados americanos já foram deferidas adoções individuais a homossexuais. Adoções bilaterais já são mais raras. Existe em alguns lugares o que se chama de second – parente adoption. Quando um dos genitores mantém união homoafetiva, os pais biológicos permanecem com o poder familiar, mas o parceiro do genitor que tem o filho sob sua guarda pode adotá-lo, sem que o pai biológico não – guardião perca o direito de convivência. Assim o filho passa a ter três pais. Em virtude e uma emenda à Lei de Parceria Registrada, no ano de 2000, na Islândia os parceiros registrados podem adotar a prole um do outro. Em abril de 2008, Israel reconheceu pela primeira vez a adoção de uma criança homossexual, concedendo a nacionalidade israelense ao filho. (Dias, 2009, p. 68/69)*

Esse fenômeno não apenas reflete uma evolução nos valores sociais e no reconhecimento dos direitos humanos, mas também destaca a importância de garantir igualdade e inclusão em todas as esferas da sociedade. Ao estabelecer o direito de adoção para casais homoafetivos, esses países demonstram um compromisso com a igualdade perante a lei e o reconhecimento da diversidade familiar.

Observa-se que as alterações na legislação de outros países têm um impacto indireto nas decisões tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) do Brasil. Isso se deve ao fato de que o STJ é competente para homologar sentenças estrangeiras, conforme estipulado no artigo 105, inciso I, alínea "i" da Constituição Federal.

Essa competência do STJ para homologar sentenças estrangeiras significa que as decisões judiciais vindas de outros países, incluindo aquelas relacionadas à adoção por casais homoafetivos, podem ser reconhecidas e aplicadas no Brasil, desde que atendam aos requisitos legais estabelecidos. Portanto, as mudanças na legislação estrangeira que reconhecem o direito de adoção por casais do mesmo sexo podem influenciar as decisões do STJ no que diz respeito à homologação dessas sentenças.

A primeira decisão judicial favorável à adoção por um casal homoafetivo ocorreu em

Catanduva, São Paulo. O juiz responsável, Dr. Júlio César Spoladore Domingos, permitiu que dois homens que mantinham uma união afetiva estável há mais de uma década fossem incluídos no cadastro de pessoas ou casais habilitados à adoção em 2004. Vale ressaltar que desde 1998, quando seu pedido inicial foi negado, ambos buscavam ser inseridos nesse grupo de espera para adoção.

A sentença proferida mencionou a Resolução nº 01/99 do Conselho Federal de Psicologia, que estabelece diretrizes para atuação dos psicólogos em relação à orientação sexual humana. Esta resolução veda qualquer forma de tratamento discriminatório em relação à homossexualidade, ratificando que esta não é considerada uma doença, desvio ou distorção.

Em um desdobramento significativo, um dos parceiros obteve sucesso na adoção de uma menina. No entanto, no ano de 2006, seu companheiro buscou também adotar a criança em conjunto, considerando que o casal mantinha uma relação estável há 14 anos. A decisão que concedeu a adoção conjunta foi proferida pela Magistrada Dra. Sueli Juarez Alonso, que deu prioridade aos princípios da afetividade e à proteção integral da criança, como destacado no trecho a seguir:

> *O requerente, por seu turno, vive com V. há mais de 14 anos, dedica-se aos cuidados de T., trata-a como filha e pretende adotá-la para dar a ela mais segurança, além de afetiva, também econômica, pois legalmente será sua dependente e terá direitos sucessórios. Tudo que o requerente pretende é criar também um vínculo jurídico, assumir também a responsabilidade decorrente da paternidade, já que a menor vem sendo criada por ambos e reconhece-os como pais. De todo o exposto, visando a atender ao comando constitucional proteção integral a crianças e adolescentes, defiro o pedido.*

Essa decisão judicial pioneira não apenas reconheceu o direito do casal homoafetivo à adoção, mas também destacou a importância do respeito à diversidade e à igualdade de direitos, conforme respaldado por normativas profissionais e princípios fundamentais de dignidade humana.

Essa decisão representou um marco na luta pela igualdade de direitos para casais homoafetivos no Brasil, abrindo caminho para uma mudança progressiva na jurisprudência e na legislação relacionada à adoção por casais do mesmo sexo.

No ano de 2010, na cidade de Bagé-RS, o Dr. Marcos Danilo Edon Franco, Juiz da Infância e da Juventude, possibilitou a adoção de dois menores por duas mulheres que mantinham uma união homoafetiva estável há mais de oito anos. Anteriormente, uma das mulheres já havia obtido a adoção dos menores, o que resultou na criação de fato das crianças pelo casal.

Essa decisão judicial foi fundamental para a consolidação da jurisprudência nacional favorável à adoção homoafetiva. O acórdão resultante desse caso foi abordado no Informativo nº 432 do Superior Tribunal de Justiça, destacando-se como um marco importante no reconhecimento e na proteção dos direitos das famílias homoafetivas no Brasil:

> *MENORES. ADOÇÃO. UNIÃO HOMOAFETIVA. Cuida-se da possibilidade de pessoa que mantém união homoafetiva adotar duas crianças (irmãos biológicos) já perfilhadas por sua companheira. É certo que o art. 1º da Lei n. 12.010/2009 e o* ***art. 43 do ECA deixam claro que todas as crianças e adolescentes têm a garantia do direito à convivência familiar e que a adoção fundada em motivos legítimos pode ser deferida somente quando presentes reais vantagens a eles. Anote-se, então, ser imprescindível, na adoção, a prevalência dos interesses dos menores sobre quaisquer outros, até porque se discute o próprio direito de filiação, com consequências que se estendem por toda a vida. Decorre daí que, também no campo da adoção na***

> ***união homoafetiva, a qual, como realidade fenomênica, o Judiciário não pode desprezar, há que se verificar qual a melhor solução a privilegiar a proteção aos direitos da criança.*** *Frise-se inexistir aqui expressa previsão legal a permitir também a inclusão, como adotante, do nome da companheira de igual sexo nos registros de nascimento das crianças, o que já é aceito em vários países, tais como a Inglaterra, País de Gales, Países Baixos, e em algumas províncias da Espanha, lacuna que não se mostra como óbice à proteção proporcionada pelo Estado aos direitos dos infantes. Contudo, estudos científicos de respeitadas instituições (a Academia Americana de Pediatria e as universidades de Virgínia e Valência) apontam não haver qualquer inconveniente na adoção por companheiros em união homoafetiva, pois o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças a seus cuidadores. Na específica hipótese, há consistente relatório social lavrado por assistente social favorável à adoção e conclusivo da estabilidade da família, pois é incontroverso existirem fortes vínculos afetivos entre a requerente e as crianças. Assim, impõe-se deferir a adoção lastreada nos estudos científicos que afastam a possibilidade de prejuízo de qualquer natureza às crianças, visto que criadas com amor, quanto mais se verificado cuidar de situação fática consolidada, de dupla maternidade desde os nascimentos, e se ambas as companheiras são responsáveis pela criação e educação dos menores, a elas competindo, solidariamente, a responsabilidade. Mediante o deferimento da adoção, ficam consolidados os direitos relativos a alimentos, sucessão, convívio com a requerente em caso de separação ou falecimento da companheira e a inclusão dos menores em convênios de saúde, no ensino básico e superior, em razão da qualificação da requerente, professora universitária. Frise-se, por último, que, segundo estatística do CNJ, ao consultar-se o Cadastro Nacional de Adoção, poucos são os casos de perfiliação de dois irmãos biológicos, pois há preferência por adotar apenas uma criança.* ***Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, chega-se à conclusão de que, na hipótese, a adoção proporciona mais do que vantagens aos menores (art. 43 do ECA) e seu indeferimento resultaria verdadeiro prejuízo a eles.*** *(grifo nosso)*

Anteriormente, já era admitida a adoção unilateral por parte de pessoas declaradamente homossexuais. No entanto, os tribunais mostravam hesitação em conceder a adoção a casais homoafetivos. Os casos judiciais mencionados foram cruciais para uma mudança na orientação jurisprudencial, que passou a priorizar o melhor interesse da criança em ter um ambiente afetivo para seu pleno desenvolvimento.

Após o julgamento da ADPF 132-RJ e da ADI 4277-DF pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união homoafetiva como uma entidade familiar, não restaram dúvidas quanto à admissibilidade da adoção por casais homoafetivos. Esse precedente, que promoveu a igualdade de direitos e combateu os preconceitos sociais, é frequentemente citado nas decisões judiciais que concedem esse tipo de adoção.

Essa evolução na jurisprudência reflete uma mudança significativa na sociedade brasileira, que passou a reconhecer e respeitar as diferentes formas de família, incluindo aquelas formadas por casais do mesmo sexo. Essa conquista não apenas reforça os direitos fundamentais das famílias homoafetivas, mas também promove valores de inclusão, igualdade e respeito pela diversidade.

Implicações Sociais da Adoção Por Casais LGBTQIA+

Há um intenso debate em torno da possível influência da criação por parte de casais homoafetivos na orientação sexual de uma criança ou adolescente, assim como na possibilidade de causar danos psicológicos. Este debate é frequentemente abordado em diversos contextos, desde discussões acadêmicas até questões legais e políticas públicas relacionadas à adoção e à proteção dos direitos das crianças.

Alguns argumentam que a orientação sexual de uma pessoa não é determinada pelo ambiente familiar em que foi criada, mas sim por uma combinação complexa de fatores genéticos, biológicos, psicológicos e sociais. Portanto, a presença de pais homoafetivos não seria um fator decisivo na orientação sexual de uma criança ou adolescente.

Por outro lado, há preocupações levantadas por alguns grupos ou indivíduos, que sugerem que a criação por parte de casais homoafetivos pode causar confusão na identidade de gênero ou influenciar negativamente o desenvolvimento psicológico da criança. No entanto, estudos e pesquisas recentes têm questionado essas preocupações, destacando que o mais importante para o bem-estar da criança é o ambiente familiar seguro, amoroso e estável, independentemente da orientação sexual dos pais ou responsáveis.

Segundo o entendimento de Jacques Lacan, renomado psicanalista francês que revitalizou os estudos de Freud durante o século XX, a família não é simplesmente um grupo natural, mas sim um fenômeno cultural. Em sua obra "A Família", Lacan observa que, ao estudar a família primitiva, torna-se evidente que ela não se resume apenas a um conjunto de unidades biológicas, mas sim a um sistema de parentesco que transcende os laços naturais de consanguinidade.

Lacan ressalta que a noção de família vai além das relações biológicas, envolvendo uma complexa rede de significados e simbolismos culturais. Ele argumenta que a estrutura familiar é moldada por normas sociais, valores culturais e dinâmicas psicológicas, que influenciam profundamente a forma como os indivíduos se relacionam e se identificam dentro desse contexto.

> *A família primitiva desconhece os laços biológicos do parentesco: desconhecimento somente jurídico na parcialidade uni linear da filiação; mas também ignorância positiva ou talvez desconhecimento sistemático (no sentido de paradoxo da crença que a psiquiatria dá a este termo), exclusão total destes laços que, por não se poderem exercer senão em relação com a paternidade, observar-se-iam em certas culturas matriarcais. E além disso, o parentesco não é reconhecido senão por meio de ritos que legitimam os laços do sangue e até mesmo por vezes criam laços fictícios: factos do totemismo, adopção, constituição artificial dum agrupamento agnático como a Zadruga eslava. (Lacan, 1981, p. 12/13)*

Essa perspectiva de Lacan destaca a importância de compreender a família como uma construção cultural e simbólica, sujeita a uma constante reelaboração e reinterpretação ao longo do tempo e das diferentes sociedades. Ao reconhecer a complexidade e a diversidade das formas familiares, Lacan contribui para uma compreensão mais ampla e contextualizada desse instituto fundamental da sociedade humana.

Nessa perspectiva, o sexo da pessoa que cria a criança não é determinante, pois a função materna não está necessariamente ligada a uma mulher, assim como a função paterna não está diretamente associada a um homem. O que realmente importa é o desejo de desempenhar essas funções, que estão intrinsecamente ligadas à sexualidade de quem as assume. Considerando esse contexto, Tereza Maria Costa observa que:

> *[...] especialistas sugerem que os pais gays e as mães lésbicas as devem revelar sua orientação sexual a seu filho o mais cedo possível. Lá pelos seis anos ele já tem condições de assimilar*

> *essa revelação. A questão não deve ser tratada como um tabu, podendo falar do assunto quando sentir necessidade, sem precisar espalhar aos quatro ventos a notícia. As crianças devem conviver o máximo possível com pessoas do sexo oposto ao dos pais, quando estes forem homoafetivos. Para os pais dos amiguinhos dos filhos do homoafetivo é bom deixar claro que ninguém se torna homossexual por ser amigo ou frequentar a casa de um filho de pessoal com orientação homoafetiva. A sexualidade se forma muito mais por aspectos psíquicos internos individuais, que não podem ser controlados, do que por aspectos externos. Conviver com o homoafetivo é uma forma de aprender a lidar e respeitar as diferenças individuais, o que será muito útil à criança quando ela se tornar um adulto. Deve falar sobre o assunto com seu filho caso ele lhe indague sobre o caso e mostrar para ele que existem várias formas de família atualmente e o mais importante é que impere entre eles o amor e o respeito. (Costa, 2004, p. 49/50)*

Sob essa ótica, percebe-se que o aspecto crucial na criação de uma criança é a presença de alguém que exerça a função materna, também conhecida na psicanálise como libidinizante, e alguém que exerça a função paterna, também chamada de castradora ou limitadora. Essas funções são essenciais para o desenvolvimento saudável e equilibrado da criança, independentemente do sexo ou da orientação sexual das pessoas que as desempenham. No entanto, evidenciou-se que não há sustentação na doutrina psicanalítica para essa afirmação. Maria Berenice Dias reforça esse entendimento ao esclarecer:

> *Nada justifica a estigmatizada visão de que a criança que vive em um lar homossexual será socialmente rejeitada ou haverá prejuízo a sua inserção social. Identificar os vínculos homoparentais como promíscuos gera a falsa idéia de que não se trata de um ambiente saudável para o seu bom desenvolvimento. Assim, a insistência em rejeitar a regulamentação da adoção por homossexuais tem por justificativa indisfarçável preconceito. (Dias, 2009, p. 53)*

Além disso, inúmeros estudos conduzidos globalmente têm demonstrado que crianças criadas por casais homoafetivos não apresentam problemas significativamente maiores do que aquelas criadas por casais heteroafetivos. Essas pesquisas têm evidenciado que a orientação sexual dos pais não está correlacionada com o surgimento de distúrbios psicológicos nos filhos, tampouco influencia a orientação sexual das crianças. Essas descobertas ressaltam a importância de considerar o ambiente familiar como um fator determinante para o bem-estar e desenvolvimento saudável das crianças, independentemente da orientação sexual dos pais. É importante destacar algumas pesquisas pioneiras conduzidas nos Estados Unidos:

> *Coates & Zucker (1988) afirmam que não existe evidência que pais homossexuais abusem de seus filhos com mais frequência do que o fazem pais heterossexuais. Ricketts & Achtenberg (1989) realizaram um estudo com vários casos individuais de adoções por homens e mulheres homossexuais e afirmam que a saúde mental e a felicidade individual estão na dinâmica de determinada família e não na maneira como a família é definida. Eles afirmam, portanto, que não importa se a família conta com um pai e uma mãe ou com somente um deles; o mais importante é como essa família vive. McIntyre (1994) faz uma análise acerca de pais e mães homossexuais e o sistema legal de custódia. Este autor afirma que a pesquisa sobre crianças serem criadas por pais homossexuais documenta que pais do mesmo sexo são tão efetivos quanto casais tradicionais Patterson (1997) escreveu um artigo sobre relações de pais e mães homossexuais e*

> *analisou as evidências da influência na identidade sexual, desenvolvimento pessoal e relacionamento social em crianças adotadas. A autora examinou o ajustamento de crianças de 4 a 9 anos de idade criados por mães homossexuais (mães biológicas e adotivas) e os resultados mostram que tanto os níveis de ajustamento maternal quanto a autoestima, desenvolvimento social e pessoal das crianças são compatíveis com crianças criadas por um casal tradicional. Samuels (1990) destaca que, mais importante do que a orientação sexual dos pais adotivos, o aspecto principal é a habilidade dos pais em proporcionar para a criança um ambiente carinhoso, educativo e estável. (Weber, 2002. p. 80/81)*

Esses estudos pioneiros, conduzidos nos Estados Unidos, fornecem uma base sólida de evidências que desafiam os estereótipos e preconceitos em relação às famílias homoafetivas. Eles mostram consistentemente que não há diferenças significativas no bem-estar emocional, desenvolvimento social e ajustamento psicológico entre crianças criadas por casais homoafetivos em comparação com aquelas criadas por casais heteroafetivos.

As pesquisas de Coates & Zucker (1988), Ricketts & Achtenberg (1989), McIntyre (1994), Patterson (1997) e Samuels (1990) destacam que o ambiente familiar, a qualidade do relacionamento entre pais e filhos, e a capacidade dos pais em proporcionar um ambiente amoroso, educativo e estável são fatores muito mais determinantes para o desenvolvimento saudável das crianças do que a orientação sexual dos pais.

Esses estudos desmistificam a ideia de que a orientação sexual dos pais influencia negativamente o desenvolvimento das crianças e ressaltam a importância de avaliar as famílias com base em sua dinâmica interna e no bem-estar das crianças, independentemente de sua composição familiar. Com base nos resultados de estudos similares aos apresentados, a jurista Ana Carla Harmatiuk Matos chega à conclusão de que:

> *o que deve importar são as características pessoais dos pais (ou dos candidatos à adoção), sua capacitação, sua habilidade nos âmbitos emocional e patrimonial quanto às questões tão peculiares exigidas pelo universo da paternidade e maternidade. (...) O ambiente promovido por pais homossexuais e lésbicas é tão favorável quanto os ambientes promovidos por pais heterossexuais para apoiar e habilitar o crescimento "psicológico das crianças". (Matos, 2006, p. 78/83)*

As conclusões de Ana Carla Harmatiuk Matos refletem uma abordagem centrada nas habilidades parentais e na qualidade do ambiente familiar, independentemente da orientação sexual dos pais. Ela destaca que o que realmente importa são as características individuais dos pais ou candidatos à adoção, sua capacidade de cuidar emocional e financeiramente das crianças e sua habilidade em lidar com os desafios inerentes à parentalidade.

Ao enfatizar a importância das habilidades parentais sobre a orientação sexual dos pais, Matos destaca que pais homoafetivos e lésbicas são tão capazes quanto pais heterossexuais de criar um ambiente acolhedor e favorável ao crescimento psicológico das crianças. Essa visão destaca a igualdade de oportunidades e responsabilidades parentais, independentemente da orientação sexual dos pais.

Essa abordagem reconhece a diversidade de arranjos familiares e enfatiza que o amor, o cuidado e a capacidade de fornecer um ambiente seguro e estimulante são os fatores mais importantes para o desenvolvimento saudável das crianças. Portanto, as políticas e práticas relacionadas à adoção e à parentalidade devem priorizar o bem-estar das crianças e reconhecer a capacidade de todos os pais, independentemente de sua orientação sexual, de criar lares amorosos e estáveis para seus filhos.

Conclusão

Na conclusão deste artigo sobre a adoção por casais LGBTQIA+, revisita-se os pontos-chave abordados ao longo do texto e destaca-se a importância de desmistificar os preconceitos que ainda cercam esse tema. Durante a análise, foram explorados a evolução jurídica da adoção por casais do mesmo sexo, os avanços legais e os desafios enfrentados ao longo do processo. Além disso, foram examinadas as implicações sociais dessa forma de adoção, reconhecendo seu papel na promoção da igualdade de direitos e na construção de uma sociedade mais inclusiva.

É crucial enfatizar que a capacidade de um casal de criar uma família não deve ser determinada por sua orientação sexual ou identidade de gênero. No entanto, ainda persistem estereótipos e crenças equivocadas de que casais homoafetivos não são adequados para adoção, baseados em noções ultrapassadas e preconceituosas.

Portanto, é fundamental desafiar e desmistificar tais concepções, reconhecendo que o amor, o cuidado e a dedicação são os verdadeiros fundamentos da parentalidade, independentemente da orientação sexual dos pais. Estudos e evidências demonstram repetidamente que crianças criadas por casais LGBTQIA+ têm resultados tão positivos quanto aquelas criadas por casais heterossexuais.

A verdadeira influência sobre o bem-estar das crianças reside no ambiente familiar amoroso e de apoio, não na orientação sexual dos pais. Portanto, ao invés de perpetuar estigmas e discriminações, é essencial promover uma cultura de aceitação e respeito por todas as formas de parentalidade.

Em última análise, ao reconhecer e valorizar a diversidade de famílias, está-se construindo um mundo mais inclusivo, onde todas as crianças têm a oportunidade de crescer em ambientes amorosos e seguros. É hora de deixar de lado os preconceitos e dar às famílias LGBTQIA+ o reconhecimento e o apoio que merecem, para o benefício de toda a sociedade.

Bibliografia

BARROSO, Luís Roberto, Diferentes, mas Iguais: O Reconhecimento Jurídico das Relações Homoafetivas no Brasil (colaboradores: Cláudio Souza Neto, Eduardo Mendonça e Nelson Diz). Disponível em:http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-detrabalho/dirsexuaisreprodutivos/docs_atuacao/ParecerBarroso%20uniao%20homossexuais.pdf. Acesso em: 17 fev. 2024

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 fev. 2024

BRASIL. Código Civil de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 02 fev. 2024

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica. (Monografia) Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, 2002. Disponível em http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf. Acesso em: 17 fev. 2024

DIAS, Maria Berenice. União homoafetiva: o preconceito e a justiça. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro — Direito de Família, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

LACAN, Jacques. A Família. Tradução de Brigitte Cardoso e Cunha, Ana Paula dos Santos, Graça Lamas Graça Lapa. 2ª ed. Assirio & Alvim: Lisboa, 1981.

PRADO, Danda. O que é família? 2º edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 2013

SILVA, Raquel Antunes de Oliveira. A adoção de crianças no Brasil: os entraves jurídicos e institucionais. In: Proceedings of the 4th. Congresso Internacional de Pedagogia Social Congresso Internacional de Pedagogia Social. 2012.

VENOSA, Sívio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 3ª ed. vol.6. São Paulo: Atlas, 2003

WEBER, Lidia. Pais e Filhos por Adoção no Brasil – Características, Expectativas e Sentimentos. Curitiba: Juruá, 2002.

A Construção do Conceito de Liberdade Expressão na Jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América

The Construction of the Concept of Freedom of Speech in the Jurisprudence of the United States Supreme Court

José Arthur Sedrez
Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Professor Universitário.
josesedrez@mpf.mp.br

Este estudo analisa a construção do conceito de liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, com foco nas limitações impostas ao longo do tempo. A justificativa para essa pesquisa está no impacto significativo das decisões da Corte na configuração do direito à liberdade de expressão no contexto norte-americano e sua influência no entendimento global desse direito fundamental. A hipótese central é que a Corte, ao longo do tempo, tem limitado progressivamente a liberdade de expressão em situações específicas, como incitação à violência e discurso de ódio, a fim de preservar a ordem pública e a segurança nacional. O objetivo geral é investigar como a Suprema Corte construiu e delimita o conceito de liberdade de expressão, observando os casos mais relevantes e suas implicações. Os objetivos específicos incluem analisar a evolução da jurisprudência da Corte em casos como Schenck v. United States (1919), Dennis v. United States (1951), Brandenburg v. Ohio (1969) e R.A.V. v. City of St. Paul (1992), entre outros, e identificar os princípios que guiaram as decisões que restringem ou ampliam esse direito. O método utilizado é a análise qualitativa das decisões da Suprema Corte, com base em uma abordagem histórica e interpretativa. Conclui-se que, embora a liberdade de expressão seja amplamente protegida, a Suprema Corte tem adotado uma postura cautelosa ao restringir expressões que representem uma ameaça concreta à ordem pública e à segurança, sempre buscando o equilíbrio entre os direitos individuais e os interesses coletivos.

Palavras-chave: discurso de ódio, jurisprudência, liberdade de expressão, Primeira Emenda, Suprema Corte.

This study analyzes the development of the concept of freedom of speech in the jurisprudence of the United States Supreme Court, focusing on the limitations imposed over time. The justification for this research lies in the significant impact of the Court's decisions on shaping the right to freedom of speech in the American context and its influence on the global understanding of this fundamental right. The central hypothesis is that, over time, the Court has progressively limited freedom of speech in specific situations, such as incitement to violence and hate speech, in order to preserve public order and national security. The general objective is to investigate how the Supreme Court has constructed and delineated the concept of freedom of speech, examining the most relevant cases and their implications. Specific objectives include analyzing the evolution

of the Court's jurisprudence in cases such as Schenck v. United States (1919), Dennis v. United States (1951), Brandenburg v. Ohio (1969), and R.A.V. v. City of St. Paul (1992), among others, and identifying the principles guiding decisions that either restrict or expand this right. The method used is a qualitative analysis of the Supreme Court's rulings, based on a historical and interpretive approach. It concludes that, although freedom of speech is broadly protected, the Supreme Court has adopted a cautious stance in restricting expressions that pose a concrete threat to public order and security, always seeking a balance between individual rights and collective interests.

Keywords: hate speech, jurisprudence, freedom of speech, First Amendment, Supreme Court.

Considerações Iniciais

A liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais caros às democracias modernas, sendo amplamente reconhecida e defendida nas constituições dos países democráticos. Os Estados Unidos da América não fogem à regra, consagrando sua proteção na Primeira Emenda de sua Constituição.

A Suprema Corte dos Estados Unidos desempenhou papel central na formação e interpretação desse direito ao longo de sua história, moldando a fronteira de uma fala que mereça ser protegida pela Constituição, daquela que merece algum tipo de censura estatal. Essa fronteira nem sempre é tão clara, e não é estabelecida senão mediante muitas controvérsias e debates. A construção do conceito de liberdade de expressão através da jurisprudência da Corte reflete as tensões entre valores fundamentais como a liberdade individual e a necessidade de proteger a segurança pública, a ordem social e outros direitos constitucionais (Stone, 2010; Sunstein, 1993).

Desde o início do século XX, as decisões da Suprema Corte evoluíram de uma proteção restrita contra censura governamental para uma visão mais ampla, considerando o impacto da expressão na sociedade. Casos como *Schenck v. United States* (1919) marcaram o início da formulação de critérios para equilibrar a liberdade de expressão com a segurança nacional, sendo a doutrina do "perigo claro e presente" um exemplo importante. À medida que o país enfrentava novos desafios, como a guerra do Vietnã, a segregação racial e os direitos civis, a Corte começou a ampliar a interpretação da Primeira Emenda, reconhecendo a necessidade de proteger expressões políticas e sociais, mesmo quando esses discursos poderiam ser considerados controversos ou provocativos (Klarman, 2004; Miller, 2010).

Um aspecto crucial dessa evolução foi a constante negociação entre a proteção da liberdade de expressão e as exceções a essa proteção, especialmente em relação ao discurso de ódio, incitação à violência e difamação. Decisões como *Brandenburg v. Ohio* (1969) e *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992) ilustram como a Corte definiu limites para proteger o discurso em face da segurança pública, ao mesmo tempo em que reconheceu a importância da liberdade de expressão para o funcionamento de uma sociedade democrática (Balkin, 2001). A construção do conceito de liberdade de expressão não se deu de forma linear, mas foi resultado de uma análise cuidadosa das circunstâncias sociais e políticas de cada época, refletindo o papel vital do discurso público no processo democrático.

Apesar da proteção robusta da liberdade de expressão, a jurisprudência da Suprema Corte também demonstrou a complexidade de equilibrar esse direito com outras necessidades sociais, como a prevenção de danos à reputação e a proteção de minorias. O caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), por exemplo, introduziu a ideia de que certos tipos de discurso, como os considerados "injuriosos" ou "de ódio", podem ser restritos sem violar a Primeira Emenda. Assim, a Corte construiu uma jurisprudência que, ao mesmo tempo, garante a liberdade de expressão e reconhece as limitações necessárias para preservar a ordem pública e a dignidade humana (Bowers, 2012; Abrams, 1997).

O objetivo deste artigo é analisar a construção do conceito de liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, investigando como a Corte tem moldado esse direito ao longo do tempo e os desafios que surgiram em sua aplicação. Este estudo busca oferecer uma visão detalhada sobre como as decisões judiciais influenciaram o entendimento e a aplicação da Primeira Emenda, refletindo sobre as tensões entre liberdade individual e segurança social. Ao examinar essas decisões e os fatores que orientaram a Corte, este artigo contribui para o entendimento da evolução do conceito de liberdade de expressão e seus impactos na sociedade contemporânea.

A Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América

A Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos, ratificada em 1791 como parte da Carta de Direitos (Bill of Rights), representa um dos mais importantes instrumentos legais de proteção dos direitos individuais no país. Ela estabelece as bases para a liberdade de expressão, religião, imprensa, reunião e petição, sendo basilar para a democracia americana. A formulação da Primeira Emenda foi profundamente influenciada por acontecimentos históricos, movimentos filosóficos e debates políticos ocorridos na Europa e nas colônias americanas antes e durante a Revolução Americana (Tushnet, 1999).

As colônias americanas enfrentaram severas restrições à liberdade de expressão, muitas vezes impostas por autoridades britânicas. A censura governamental era prática comum, e livros, jornais e discursos dissidentes eram frequentemente reprimidos. Além disso, as autoridades coloniais controlavam a imprensa, como no caso da proibição do jornal de John Peter Zenger, um jornalista que criticava o governo de Nova York, mas foi absolvido em 1735. Esse evento foi um marco na defesa da liberdade de imprensa e no reconhecimento da importância do direito à crítica política (Schultz, 2001).

A ideia de liberdade de expressão, no entanto, tem raízes mais profundas nas tradições filosóficas europeias, especialmente nas teorias do iluminismo. Filósofos como John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Voltaire influenciaram as ideias dos fundadores americanos, promovendo a ideia de que o governo deveria ser limitado e que os direitos individuais, incluindo a liberdade de expressão, não deveriam ser violados pelo Estado (Perry, 2002). Esses pensadores defenderam que a liberdade de expressão era essencial para o progresso social e político, permitindo o debate público e a formação de uma opinião pública informada e crítica.

A experiência da Primeira Emenda foi também moldada pela oposição dos fundadores à Igreja Anglicana e à interferência religiosa nas questões políticas. A busca pela separação entre Igreja e Estado foi uma resposta direta à intolerância religiosa experimentada nas

colônias. A Primeira Emenda, ao estabelecer a liberdade de religião, refletiu o desejo de garantir que nenhuma religião fosse favorecida ou controlada pelo governo, criando um ambiente onde a diversidade religiosa pudesse florescer sem a intervenção do Estado (Gordon, 1999).

A formulação da Primeira Emenda foi um resultado direto dos debates e tensões políticas entre os federalistas, que defendiam um governo central forte, e os anti-federalistas, que temiam que um governo central pudesse restringir os direitos individuais. Durante as discussões sobre a ratificação da Constituição em 1787-1788, muitos estados, preocupados com a ausência de uma declaração explícita de direitos, exigiram a inclusão de uma Carta de Direitos. James Madison, inicialmente cético quanto à necessidade de uma Carta de Direitos, acabou sendo o principal defensor da inclusão de emendas que garantissem direitos individuais fundamentais (Ackerman, 1991).

Madison, ao redigir a Primeira Emenda, teve em mente o ideal de limitar o poder do governo sobre os cidadãos, especialmente em questões que diziam respeito à liberdade de expressão e de imprensa. Ele entendia que uma nação democrática dependia da capacidade dos indivíduos de se expressarem livremente, sem medo de represálias do Estado. Assim, a Primeira Emenda foi concebida para garantir que o governo federal não interferisse nas liberdades fundamentais dos cidadãos, estabelecendo uma base legal para o direito de se expressar livremente, praticar qualquer religião ou formar grupos políticos (Tushnet, 1999).

A linguagem da Primeira Emenda reflete essa preocupação com a proteção contra a opressão governamental. O texto original é conciso e direto: "O Congresso não fará nenhuma lei que [...] restrinja a liberdade de expressão ou de imprensa [...]". Esse enunciado curto foi, em grande medida, resultado da influência de pensadores como Thomas Jefferson, que defendiam a liberdade de expressão como um direito fundamental e inseparável da própria natureza humana (Jefferson, 1787). A escolha de palavras como "nenhuma lei" reflete a intenção de garantir uma proteção absoluta contra a censura, limitando a intervenção do governo em assuntos relacionados à expressão pública.

No entanto, a redação da Primeira Emenda também gerou debates sobre suas possíveis limitações. Os primeiros juízes e legisladores interpretaram a emenda de maneira mais restritiva, entendendo que ela apenas limitava as ações do Congresso e não se aplicava a leis estaduais. Isso foi corrigido no século XX, quando a Corte Suprema dos Estados Unidos começou a aplicar a Primeira Emenda à atuação dos estados, utilizando a doutrina da "incorporação" através da Quarta Seção da Décima Quarta Emenda (Gitlow v. New York, 1925). Essa mudança ampliou a proteção da liberdade de expressão, garantindo que ela fosse respeitada em todo o território nacional, independentemente da jurisdição.

Embora a Primeira Emenda tenha sido fundamental para garantir a liberdade de expressão, o debate sobre seus limites começou logo após sua adoção. A Corte Suprema, ao longo das décadas, precisou enfrentar a questão de até que ponto a liberdade de expressão poderia ser protegida sem comprometer outros valores essenciais, como a ordem pública e a segurança nacional. Casos como *Schenck v. United States* (1919), onde a Corte estabeleceu a doutrina do "perigo claro e presente", ilustram a tensão entre a proteção da liberdade de expressão e a necessidade de regular discursos que poderiam incitar violência ou ameaçar a segurança pública (Stone, 2010).

Ao longo do século XX, a Primeira Emenda continuou a evoluir, com a Corte Suprema se debruçando sobre questões complexas envolvendo discurso de ódio, pornografia e incitação à violência. A interpretação da emenda passou a considerar o impacto da expressão na sociedade, estabelecendo limites, mas mantendo o princípio fundamental de que a liberdade de expressão era um direito essencial para o funcionamento de uma democracia (Sunstein, 1993). Assim, a Primeira Emenda, ao longo de sua história, tem sido interpretada de maneira a equilibrar a proteção da liberdade individual com a preservação da ordem pública e da segurança social.

Em resumo, a formulação da Primeira Emenda reflete os ideais dos fundadores americanos de limitar o poder do governo sobre os direitos individuais, especialmente no que diz respeito à liberdade de expressão. Seu conteúdo foi moldado por influências filosóficas do Iluminismo, pela experiência colonial com a censura e pela necessidade de garantir um espaço democrático para a crítica e o debate público. Embora a aplicação desse direito tenha evoluído ao longo do tempo, a Primeira Emenda continua sendo um dos maiores marcos na proteção das liberdades individuais nos Estados Unidos, desempenhando um papel central na formação da identidade democrática do país.

Liberdade de Expressão e Ofensa a Minorias na Jurisprudência da Suprema Corte

A liberdade de expressão é um dos direitos mais protegidos pela Constituição dos Estados Unidos, garantido pela Primeira Emenda. No entanto, ao longo da história, a Suprema Corte teve que equilibrar essa liberdade com a necessidade de proteger grupos minoritários de discursos ofensivos e discriminatórios. O debate sobre o limite entre a liberdade de expressão e as ofensas a minorias tem sido uma questão central nas decisões da Corte, refletindo a tensão entre a proteção da liberdade individual e a proteção contra o discurso de ódio e a discriminação.

Um dos primeiros casos a abordar a relação entre a liberdade de expressão e ofensas a minorias foi *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), onde a Corte determinou que certas formas de discurso, como insultos e palavrões dirigidos a indivíduos, não são protegidas pela Primeira Emenda. No caso, Chaplinsky, um pregador religioso, foi preso após chamar um oficial de polícia de "filho da puta". A Corte estabeleceu que as "palavras de baixo calão", que incitam hostilidade ou violência, não são protegidas, criando a doutrina dos "discursos injuriosos", ou "fighting words". Embora a decisão tenha sido criticada por sua limitação da liberdade de expressão, ela representou uma tentativa da Corte de equilibrar a proteção de grupos vulneráveis contra a hostilidade.

Avançando para o caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), como veremos em destalhes no próximo capítulo, a Corte revisitou a questão do discurso incitador, estabelecendo que o discurso só poderia ser punido se incitasse uma ação ilegal iminente. Nesse caso, Clarence Brandenburg, um líder do Ku Klux Klan, foi processado por fazer declarações que incitavam violência racial contra grupos minoritários. A Corte decidiu que o discurso que incita violência deve ser analisado sob a ótica da "incitação iminente", estabelecendo o "teste de incitação clara e presente". Esse caso ampliou as proteções da liberdade de expressão, reconhecendo a importância de garantir a liberdade de discurso, mesmo quando ele se dirige contra grupos marginalizados, desde que não incite violência imediata.

Em *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), a Suprema Corte novamente enfrentou o problema do discurso de ódio, mas desta vez se deparou com uma lei municipal de St. Paul que proibia a exibição de símbolos de ódio, como a suástica. A Corte considerou que a lei violava a Primeira Emenda, argumentando que o governo não poderia restringir a expressão com base no conteúdo ou no ponto de vista do discurso. A decisão foi um marco ao reafirmar que, mesmo em situações de discurso profundamente ofensivo, como o discurso de ódio contra minorias, o governo não pode criar leis que impeçam a expressão, a menos que essa expressão incite violência iminente.

O caso *Virginia v. Black* (2003) envolveu o uso da suástica e outros símbolos de ódio em manifestações públicas. A Corte, embora tenha considerado que a simples exibição desses símbolos não era, por si só, uma incitação à violência, permitiu que os estados regulassem atos de intimidação direta, como o uso da suástica em locais públicos para ameaçar indivíduos específicos. A decisão foi significativa por reconhecer que, embora a liberdade de expressão seja fundamental, ela não deve ser usada para intimidar e incitar ódio contra minorias, fornecendo uma linha tênue entre a liberdade de expressão e a proteção de indivíduos contra abusos.

Outro caso relevante foi *Matal v. Tam* (2017), que envolveu o nome de uma banda chamada "The Slants", formada por asiáticos-americanos. O nome da banda foi inicialmente negado pelo Escritório de Marcas Registradas dos Estados Unidos, alegando que o termo "Slants" era um insulto racial. A Suprema Corte, em uma decisão unânime, considerou que o governo não poderia proibir um nome baseado em seu conteúdo ofensivo, afirmando que a Primeira Emenda protege até mesmo expressões que possam ser consideradas depreciativas ou ofensivas. A decisão ampliou a compreensão da liberdade de expressão, reafirmando que, para ser constitucional, a proteção do discurso deve ser ampla e não se restringir ao conteúdo.

Em *Snyder v. Phelps* (2011), a Corte teve que equilibrar o direito à liberdade de expressão com a proteção das famílias enlutadas, no contexto de protestos de um grupo religioso radical. A Igreja Batista de Westboro protestou no funeral de Matthew Snyder, um soldado que morreu no Iraque, com mensagens ofensivas contra a guerra e a homossexualidade. Embora o discurso fosse profundamente ofensivo e insensível à dor da família, a Corte decidiu, por 8 a 1, que o protesto era protegido pela Primeira Emenda, alegando que as mensagens estavam relacionadas a um debate público sobre questões políticas e sociais, mesmo que ofensivas para os indivíduos envolvidos.

Em casos como *Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston* (1995), a Corte lidou com a questão da liberdade de expressão no contexto da associação e do discurso em eventos públicos. A decisão envolveu a recusa de um grupo de desfile irlandês em permitir que um grupo de gays e lésbicas participasse do evento, com base na liberdade de expressão e associação. A Corte decidiu que, embora as atitudes discriminatórias contra minorias sexuais fossem prejudiciais, o direito dos organizadores de um evento de expressar sua visão de mundo não poderia ser suprimido pela força do governo, destacando o difícil equilíbrio entre a proteção contra ofensas a minorias e a liberdade de expressão.

Em relação à proteção contra discursos que promovem discriminação, a Corte também abordou questões de expressão em *Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights*

(2006), onde se discutiu a questão da liberdade de expressão no contexto de instituições acadêmicas. A Corte determinou que universidades públicas não poderiam ser forçadas a reconhecer organizações estudantis que discriminassem com base na orientação sexual. Embora o caso não tenha envolvido diretamente discurso de ódio, ele ilustrou o conflito entre a liberdade de expressão e a proteção contra a discriminação, particularmente no ambiente acadêmico.

Além disso, o caso *Texas v. Johnson* (1989), onde a Corte considerou a queima de bandeiras uma forma de expressão protegida pela Primeira Emenda, representa outro exemplo significativo. Embora o ato tenha sido profundamente ofensivo para muitos, especialmente para veteranos de guerra e outras comunidades, a Corte decidiu que a queima da bandeira era um ato simbólico de protesto protegido pela Primeira Emenda. Esse caso enfatizou que, apesar de o discurso ser ofensivo para determinados grupos, ele ainda deve ser protegido sob a Constituição se for uma forma de protesto pacífico.

Finalmente, o caso *Elonis v. United States* (2015) abordou a questão da liberdade de expressão em relação às ameaças online. A Corte decidiu que a simples expressão de pensamentos ameaçadores em redes sociais, sem uma intenção real de causar dano, não deveria ser considerada uma violação da lei federal. Embora a decisão tenha sido focada em questões de intenções e provas, ela sublinhou a necessidade de uma abordagem cautelosa ao lidar com discursos potencialmente prejudiciais, reconhecendo que a liberdade de expressão não pode ser infringida sem uma evidência clara de ameaça.

Em resumo, os casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos sobre liberdade de expressão e ofensas a minorias refletem a complexidade de equilibrar o direito à livre manifestação de ideias com a necessidade de proteger grupos vulneráveis de discurso prejudicial. Embora a Corte tenha consistentemente defendido a liberdade de expressão, ela também tem reconhecido, em algumas circunstâncias, que a proteção contra a discriminação e o discurso de ódio pode justificar algumas limitações desse direito, criando uma jurisprudência dinâmica e evolutiva.

Brandenburg v. Ohio (1969)

O caso *Brandenburg v. Ohio* (1969) é um marco fundamental na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão. Este julgamento introduziu o conceito do “teste de incitação clara e presente”, que se tornou a base para determinar quando o discurso pode ser restrito devido à incitação à violência. O caso envolveu a condenação de Clarence Brandenburg, um líder do Ku Klux Klan, por incitar violência em um discurso, e teve profundas implicações para a proteção da liberdade de expressão nos Estados Unidos, especialmente no que diz respeito a discursos de ódio e incitação à violência.

O contexto do caso remonta a 1964, quando Brandenburg, um líder do Klan, fez um discurso em uma reunião pública em que convocava uma "retaliação contra o governo", além de incitar a violência contra grupos minoritários. Ele foi processado sob a lei de Ohio, que proibia a incitação à violência, sendo inicialmente condenado por suas declarações. A questão central no julgamento foi determinar até que ponto a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que garante a liberdade de expressão, deveria ser aplicada a discursos incitadores de violência.

Antes de *Brandenburg*, a jurisprudência da Suprema Corte lidava com a incitação ao discurso de uma maneira mais ampla. No caso *Whitney v. California* (1927), por exemplo, a Corte permitiu a punição de discursos que defendiam a "violência iminente", embora o conceito de "violência iminente" não fosse claramente definido. No entanto, o caso *Brandenburg* foi decisivo para estabelecer um critério mais restrito para punir o discurso que incita violência. A Suprema Corte, em sua decisão unânime, reverteu a condenação de Brandenburg, considerando que seu discurso não cumpria o requisito de incitar uma ação ilegal iminente.

A decisão de *Brandenburg v. Ohio* é significativa porque introduziu o teste de incitação clara e presente, que diz que o discurso só pode ser restrito se for direcionado a incitar uma ação ilegal iminente. O teste tem duas partes principais: primeiro, o discurso deve incitar uma ação ilegal e, segundo, essa ação deve ser iminente. Assim, o simples discurso de ódio, mesmo que contenha apelos à violência, não é suficiente para ser punido; é necessária a ameaça imediata de ação ilegal.

Esse teste tem sido amplamente utilizado em julgados subsequentes, consolidando uma visão de que a liberdade de expressão nos Estados Unidos é protegida de maneira robusta, mesmo quando envolve discursos de ódio. A Corte esclareceu que a Primeira Emenda protege não apenas opiniões moderadas e populares, mas também aquelas que são desrespeitosas, inflamatórias e, em muitos casos, ofensivas. Dessa forma, *Brandenburg* foi um passo significativo no fortalecimento da proteção da liberdade de expressão, mesmo em contextos potencialmente prejudiciais.

O impacto de *Brandenburg* vai além dos discursos de ódio, pois também delineou um limite importante para a proteção constitucional. A decisão afirmou que o governo não pode intervir com base em uma mera tentativa de evitar o discurso ofensivo ou perturbador. Esse princípio tem sido fundamental para a liberdade de expressão nos Estados Unidos, proporcionando uma forte defesa contra a censura governamental em muitas situações, mesmo quando os discursos são profundamente ofensivos.

Ainda assim, a proteção da liberdade de expressão não é absoluta. Em casos posteriores, a Corte continuou a afirmar o princípio de *Brandenburg*, mas também destacou que, se o discurso incitar violência ou outras ações ilegais iminentes, ele pode ser restringido. Casos como *Virginia v. Black* (2003), que envolveu a exibição de símbolos de ódio, como a suástica, demonstraram que a incitação iminente à violência continua sendo uma base legítima para restringir o discurso, mesmo quando este está protegido pela Primeira Emenda.

Porém, a decisão em *Brandenburg* também levantou questões sobre como conciliar a proteção da liberdade de expressão com os direitos de proteção contra o discurso de ódio. O caso *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), por exemplo, reafirmou que, embora o discurso de ódio seja frequentemente protegido pela Primeira Emenda, o governo não pode proibir ou restringir o discurso com base no conteúdo ou no ponto de vista das ideias expressas. A Corte reiterou que o discurso, mesmo ofensivo, não pode ser restringido a menos que incite violência ou outras ações ilegais.

O caso *Brandenburg* também teve uma relação com o movimento pelos direitos civis e a luta contra a discriminação racial nos Estados Unidos. Embora a decisão não tenha tratado diretamente da questão racial, ela ocorreu em um

contexto em que o Ku Klux Klan ainda era ativo, e a supremacia branca promovia discursos de ódio que incitavam violência racial. Assim, a decisão reafirmou que, embora o discurso de ódio contra minorias fosse profundamente prejudicial, ele ainda era protegido, a menos que fosse uma incitação direta à violência iminente.

Por fim, *Brandenburg v. Ohio* é um exemplo claro de como a Suprema Corte dos Estados Unidos tem equilibrado a liberdade de expressão com a necessidade de garantir a segurança pública. A decisão estabeleceu um precedente importante para proteger o direito à livre expressão, enquanto reconhecia que, em algumas circunstâncias, o discurso que incita violência pode ser restringido. Esse equilíbrio é essencial para a compreensão da proteção constitucional nos Estados Unidos, onde a Primeira Emenda continua sendo um pilar fundamental da democracia.

Limitação da Liberdade de Expressão na Suprema Corte Americana

A liberdade de expressão nos Estados Unidos, garantida pela Primeira Emenda da Constituição, é uma das mais amplamente protegidas no mundo ocidental. No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem reconhecido que, embora a Primeira Emenda proporcione uma ampla proteção, ela não é absoluta. Ao longo da história, a Corte tem delineado várias situações em que a liberdade de expressão pode ser limitada, com o objetivo de proteger outros direitos fundamentais e a ordem pública. Este capítulo explora alguns dos julgados mais significativos da Suprema Corte que estabeleceram as bases para as limitações à liberdade de expressão nos Estados Unidos.

O caso *Schenck v. United States* (1919) é um marco fundamental na história da jurisprudência sobre a liberdade de expressão nos Estados Unidos. Charles Schenck, secretário do Partido Socialista dos Estados Unidos, foi condenado sob a Lei de Espionagem de 1917 por distribuir panfletos que incitavam à resistência contra o recrutamento militar durante a Primeira Guerra Mundial. O Partido Socialista, com o qual Schenck estava afiliado, se opunha à guerra, e seus panfletos pediam aos cidadãos que não se alistassem, argumentando que a guerra era imperialista e que o recrutamento violava os direitos civis dos trabalhadores. O governo federal considerou esse ato uma ameaça à ordem pública e à segurança nacional, levando à acusação e à condenação de Schenck por conspiração para obstruir o recrutamento.

A Suprema Corte, sob a presidência de Oliver Wendell Holmes Jr., foi chamada a decidir se a condenação de Schenck violava a Primeira Emenda, que protege a liberdade de expressão. A Corte, por maioria de votos, concluiu que a liberdade de expressão poderia ser limitada quando o discurso apresentasse uma ameaça clara e presente à segurança nacional. Em seu voto, Holmes introduziu o conceito de "perigo claro e presente" ("clear and present danger"), que se tornou um dos marcos na interpretação constitucional da Primeira Emenda. Ele argumentou que, embora a liberdade de expressão seja fundamental, ela não pode ser usada como uma proteção para discursos que incitem ações ilegais, especialmente quando tais ações possam prejudicar a segurança e a ordem pública.

O julgamento foi profundamente influenciado pelo contexto da Primeira Guerra Mundial, quando os Estados Unidos estavam engajados em um conflito global e havia uma preocupação generalizada com a lealdade interna e com a segurança nacional. Holmes reconheceu que a guerra cria um estado de emergência no

qual certos discursos podem representar um perigo imediato para a estabilidade do país. O panfleto distribuído por Schenck foi considerado como uma incitação ao desrespeito à lei e à ordem pública, algo que, segundo a Corte, justificava a intervenção do governo, mesmo em detrimento da liberdade de expressão. Portanto, o caso de Schenck estabeleceu que discursos pacíficos, mas que promovem a resistência a ações governamentais cruciais, podem ser restringidos quando representarem uma ameaça direta.

Apesar de a decisão em *Schenck* ter representado um avanço na limitação da liberdade de expressão, a aplicação do teste de "perigo claro e presente" foi posteriormente revisada e expandida. Em anos seguintes, a Corte passou a adotar uma abordagem mais restritiva, exigindo que o perigo fosse não apenas claro, mas também iminente. Isso ocorreu, por exemplo, no caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), onde a Corte delineou mais claramente que a incitação à violência só seria punida se incitasse ações ilegais iminentes, e não apenas se existisse um risco remoto de perigo. O caso *Schenck* se tornou, portanto, um ponto de partida para o entendimento da liberdade de expressão em tempos de crise, mas também levou a uma revisão das condições sob as quais o discurso poderia ser reprimido.

O caso *Schenck v. United States* continua a ser um marco importante no entendimento da Primeira Emenda, pois demonstrou que a liberdade de expressão não é ilimitada e que o governo pode restringir o discurso quando este representa uma ameaça real à segurança pública. Embora a doutrina de "perigo claro e presente" tenha sido modificada ao longo dos anos, a decisão estabeleceu um precedente fundamental para avaliar os limites da liberdade de expressão, especialmente em tempos de guerra e crise nacional. Esse caso permanece relevante para os debates contemporâneos sobre a tensão entre a segurança nacional e as liberdades individuais, sendo um exemplo clássico de como o contexto político e social pode influenciar as interpretações constitucionais.

Outra situação emblemática é a verificada no caso *Dennis v. United States* (1951), onde se envolveu líderes do Partido Comunista dos Estados Unidos, acusados de conspiração para derrubar o governo dos Estados Unidos por meios violentos. O caso surgiu no contexto da Guerra Fria, quando havia um forte temor da propagação do comunismo e uma crescente repressão às atividades subversivas dentro do país. Os réus foram processados sob a Lei Smith de 1940, que tornava crime a advocacia para a derrubada do governo por meios violentos. O Partido Comunista estava sob intensa vigilância do governo federal, e a acusação alegava que os réus incitavam a revolução comunista, visando a derrubada do sistema capitalista dos Estados Unidos.

O Tribunal de Apelação de Washington, D.C., havia inicialmente condenado os réus, e a questão central que chegou à Suprema Corte era se a aplicação da Lei Smith contra os membros do Partido Comunista violava a Primeira Emenda, que garante a liberdade de expressão. Os acusados argumentaram que suas atividades estavam protegidas pela Primeira Emenda, uma vez que não incitavam uma ação imediata ou concreta, mas eram simplesmente expressões de ideais políticos. A Suprema Corte, no entanto, decidiu que o governo poderia restringir a liberdade de expressão no caso de atividades subversivas que ameaçassem a segurança nacional e a ordem pública, mesmo que não houvesse uma ameaça iminente.

O julgamento foi decidido por uma maioria de seis votos a dois. O juiz Fred Vinson, que escreveu a opinião da maioria, argumentou que a Primeira Emenda não protege o discurso que advoga a derrubada violenta do governo, pois, mesmo sem uma ameaça imediata, a propagação dessas ideias poderia levar, a longo prazo, a um perigo real para o sistema político do país. A Corte aplicou um teste de "perigo claro e iminente", mas de forma mais ampla do que no caso *Schenck v. United States* (1919). Para a maioria dos juízes, a advocacia do comunismo representava uma ameaça potencial para a ordem pública e, portanto, poderia ser punida, mesmo sem evidências de que uma revolução estivesse prestes a ocorrer.

A decisão em *Dennis* ampliou o escopo do governo para restringir a liberdade de expressão com base na segurança nacional, incluindo não apenas incitação direta à violência, mas também a simples advocacia de ideologias subversivas. A jurisprudência estabelecida em *Dennis* foi criticada por muitos, que argumentaram que a Corte havia aberto caminho para uma repressão excessiva de ideologias políticas legítimas. A dissidência, escrita pelo juiz Hugo Black, alertou para o perigo de restringir a liberdade de expressão com base em suposições de risco futuro, defendendo que apenas discursos que incitam diretamente à ação ilegal iminente deveriam ser limitados.

Apesar de sua controvérsia, a decisão em *Dennis* teve um impacto significativo na forma como o governo dos Estados Unidos lidou com questões de segurança nacional durante a Guerra Fria. A Corte reafirmou o poder do governo para restringir a liberdade de expressão em nome da proteção contra ameaças percebidas ao sistema político, um princípio que foi expandido em casos subsequentes. No entanto, o caso também foi uma das primeiras manifestações da Corte sobre a necessidade de balancear a liberdade de expressão com os interesses de segurança nacional, uma questão que continuaria a ser um tema recorrente nas decisões da Suprema Corte ao longo das décadas seguintes.

Nos anos seguintes, a decisão em *Dennis* foi eventualmente enfraquecida, especialmente após o caso *Yates v. United States* (1957), quando a Corte começou a adotar uma abordagem mais restritiva sobre a aplicação da Lei Smith. Em *Yates*, a Corte reconsiderou a interpretação do "perigo iminente", decidindo que a simples advocacia de ideias não era suficiente para justificar uma restrição à liberdade de expressão, e que o governo deveria demonstrar que a expressão resultaria em uma ação ilegal imediata. O caso *Dennis*, portanto, representa uma etapa importante na evolução da jurisprudência sobre as limitações à liberdade de expressão, destacando as tensões entre a proteção à liberdade de discurso e a necessidade de manter a segurança nacional.

Outra limitação à liberdade de expressão pode ser enxergada em *Miller v. California* (1973), quando a Suprema Corte enfrentou a questão da obscenidade e sua relação com a Primeira Emenda. Marvin Miller foi condenado por distribuir materiais obscenos, violando a lei estadual de Califórnia. A Corte, em uma decisão de 5 a 4, estabeleceu o famoso "teste Miller", que define o que constitui obscenidade e, portanto, não é protegido pela Primeira Emenda. O teste exige que, para algo ser considerado obsceno, deve satisfazer três critérios: (1) violar os padrões de conteúdo sexual da comunidade local; (2) ser patente em seu apelo ao interesse sexual; e (3) carecer de valor artístico, literário, político ou científico significativo.

A decisão em *Miller* marcou um ponto de inflexão, pois reconheceu que certos tipos de

discurso, como a pornografia obscena, podem ser restritos sem violar a Constituição. Isso criou uma limitação significativa à liberdade de expressão, ao estabelecer que a obscenidade não está protegida pela Primeira Emenda, permitindo que os governos restrinjam conteúdos considerados imorais ou prejudiciais para a moral pública.

Considerações Finais

A construção do conceito de liberdade de expressão na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos reflete um processo dinâmico e complexo, fundamentado na necessidade de equilibrar a proteção das liberdades individuais com os interesses públicos, como a segurança nacional, a ordem pública e a proteção contra discursos prejudiciais. Desde a ratificação da Primeira Emenda até os dias atuais, a Corte tem se deparado com uma ampla gama de casos que testaram os limites dessa liberdade, estabelecendo precedentes que ajudaram a moldar a compreensão contemporânea do direito à livre expressão. No entanto, as interpretações da Primeira Emenda variaram conforme o contexto político, social e histórico, principalmente durante períodos de crise, como as duas Guerras Mundiais e a Guerra Fria.

Nos primeiros anos da Corte, a aplicação da Primeira Emenda foi relativamente restrita, como evidenciado pelo caso *Schenck v. United States* (1919), no qual a Suprema Corte introduziu o "teste de perigo claro e presente" para justificar restrições à liberdade de expressão quando essa representava uma ameaça à segurança nacional. A jurisprudência subsequente, como *Dennis v. United States* (1951), ampliou esse conceito ao permitir que a advocacia de ideologias subversivas fosse reprimida, mesmo sem uma ameaça iminente de violência. O conceito de "perigo iminente" se tornou um ponto central nas discussões sobre os limites da liberdade de expressão, refletindo a crescente preocupação com a segurança interna em contextos de tensões políticas internas e externas.

No entanto, a evolução da jurisprudência foi marcada por uma tendência em ampliar as proteções à liberdade de expressão em detrimento de restrições mais amplas, como visto no caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), que redefiniu os limites da incitação à violência. A Corte afirmou que o governo só poderia restringir a liberdade de expressão se o discurso incitasse a ação ilegal iminente. Essa decisão foi crucial para garantir que a liberdade de expressão fosse amplamente protegida, mesmo em casos que envolviam discursos provocadores ou de ódio, desde que não houvesse uma incitação direta à violência imediata. O teste estabelecido em *Brandenburg* tornou-se um marco na definição das condições sob as quais a liberdade de expressão poderia ser limitada, refletindo uma ênfase maior na proteção das liberdades individuais.

Porém, apesar de amplamente proteger o discurso, a Suprema Corte também reconheceu que certas formas de expressão, como a obscenidade e o discurso de ódio, poderiam ser restringidas sem violar a Primeira Emenda. Casos como *Miller v. California* (1973) estabeleceram que materiais obscenos não são protegidos pela Constituição, enquanto em *R.A.V. v. City of St. Paul* (1992), a Corte concluiu que o governo não pode restringir a liberdade de expressão com base no conteúdo ideológico ou no tipo de discurso, como no caso de símbolos de ódio, se não houver uma ameaça direta à segurança ou ordem pública. Esses julgados ilustram a tensão constante entre proteger a liberdade de expressão e restringir discursos que possam ter um impacto negativo na

coesão social ou que representem um risco à segurança pública.

Em síntese, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos sobre a liberdade de expressão demonstra um contínuo processo de adaptação e reflexão sobre como equilibrar os direitos individuais com os interesses públicos. Embora a proteção à liberdade de expressão seja uma das mais fortes características da Constituição dos Estados Unidos, as restrições impostas em situações específicas, como discursos que incitam violência ou que envolvem obscenidade, refletem a complexidade desse direito. A jurisprudência da Suprema Corte continua a ser um campo dinâmico, que responde às mudanças nas necessidades sociais, políticas e culturais do país, sempre tentando encontrar um equilíbrio entre a liberdade individual e a manutenção da ordem pública e da segurança nacional.

Referências Bibliográficas

ACKERMAN, B. *We the People: Foundations*. Harvard University Press, 1991.

ABRAMS, A. *Freedom of Speech: A Critical Analysis*. Oxford University Press, 1997.

ABRAMS, S. *Freedom of Speech and the Law: First Amendment Developments in the United States*. University of Chicago Press, 2008.

BALKIN, J. M. *Free Speech in the Digital Age*. Harvard University Press, 2001.

BOWERS, W. J. *Constitutional Law: Cases and Materials*. West Academic, 2012.

COHN, A. *The First Amendment: Cases and Materials*. West Publishing, 2001.

ELY, J. H. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 2002.

GORDON, S. *Religion and the Constitution: A Historical Introduction*. Harvard Law Review, v. 112, n. 1, p. 87-110, 1999.

JEFFERSON, T. *Letter to John Dickinson*, 1787.

KLARMAN, M. J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Oxford University Press, 2004.

MILLER, D. *The Ethics of Speech*. Cambridge University Press, 2010.

PERRY, M. J. *The Constitution in American Life*. Oxford University Press, 2002.

STONE, G. R. *Perilous Times: Free Speech in Wartime*. W.W. Norton & Company, 2010.

SUNSTEIN, C. R. *Democracy and the Problem of Free Speech*. The Free Press, 1993.

TUSHNET, M. *The First Amendment in the Twenty-First Century*. University of California Press, 2009.

Homologação da Sentença Penal Estrangeira e a Transferência de Execução da Pena: Uma análise de caso do jogador ‘Robinho’

Homologation of Foreign Criminal Judgment and the Transfer of Sentence Execution: A Case Study of the Player 'Robinho'

Laura Campanha Ortiz Raymundi
Bacharel em Direito pela Faculdade IDEAU, campus Passo Fundo/RS.
lauracampanhaortiz123@gmail.com

O presente artigo tem por tema a homologação da sentença penal estrangeira e a transferência de execução da pena dentro do caso ‘Robinho’, famoso jogador de futebol, condenado em última instância pela justiça italiana por estupro. O objetivo geral desta pesquisa é fazer uma análise da aplicabilidade dos artigos 100 a 102 da Lei de Migração aos casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior. Os objetivos específicos são de explicar as formas de cooperação internacional e de analisar a aplicabilidade da Lei de Migração ao brasileiro nato. Também teve como objetivo, compreender a forma que foi feita a transferência de execução da pena no caso Robinho, a possibilidade de sua aplicação retroativa aos fatos ocorridos antes de 2017 e se a decisão foi constitucional. Assim, por meio de uma pesquisa documental e revisão bibliográfica, onde foi utilizado como fonte a Constituição Federal de 1988, o Código Penal de 1940, o Código Processual Penal de 1941, o Código Processual Civil de 2015, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o Regimento Interno do STJ e a Lei nº 13.445/17 (Lei de Migração), foi possível verificar a constitucionalidade na decisão do STJ.

Palavras-chave: homologação de sentença estrangeira; transferência de execução; aplicação retroativa de lei; inconstitucionalidade; direitos fundamentais.

The present article focuses on the recognition of foreign criminal judgments and the transfer of sentence execution in the 'Robinho' case, the famous football player convicted in the final instance by the Italian justice system for rape. The main objective of this research is to analyze the applicability of Articles 100 to 102 of the Migration Law in cases involving crimes committed by native Brazilians abroad. The specific objectives are to explain the forms of international cooperation and to analyze the applicability of the Migration Law to native Brazilians. It also aims to understand how the transfer of sentence execution was carried out in the Robinho case, the possibility of its retroactive application to events that occurred before 2017, and whether the decision was constitutional. Through documentary research and bibliographic review, using sources such as the Federal Constitution of 1988, the Penal Code of 1940, the Code of Criminal Procedure of 1941, the Code of

Civil Procedure of 2015, the Law of Introduction to the Norms of Brazilian Law, the Internal Regulations of the Superior Court of Justice (STJ), and Law No. 13,445/17 (Migration Law), it was possible to verify the constitutionality of the decision made by the STJ..

Keywords: recognition of foreign judgments; transfer of sentence execution; retroactive application of law; unconstitutionality; fundamental rights.

Introdução

O presente artigo propõe o estudo do seguinte tema: a execução de sentença estrangeira privativa de liberdade. Este tema se mostra importante, especialmente por causa da repercussão do caso do jogador de futebol Robinho, condenado em última instância pela justiça italiana por estupro. Esse assunto traz à tona vários questionamentos sobre a extradição de brasileiro nato e uma possível ofensa à soberania nacional.

Para melhor compreensão da temática, é importante apresentar um breve contexto. Em 24/05/2017, a Lei nº 13.445 foi sancionada, esta é a Lei de Migração, que traz em seu artigo 100 a possibilidade da extradição executória, possibilidade essa em que o Estado estrangeiro pode solicitar ou autorizar a execução da pena no território nacional. Não se trata da extradição da pessoa, mas sim da condenação no Brasil, pois o Brasil não extradita brasileiro nato, conforme o art. 5, inciso LI da Constituição Federal de 1988. Para que aconteça a homologação da sentença, deve conter alguns requisitos: (a) condenado ser brasileiro ou ter residência habitual ou vínculo pessoal no Estado brasileiro; (b) sentença condenatória transitada em julgado; (c) mínimo de 01 (um) ano de pena a cumprir; (d) o fato ser penalmente punido em ambos os países; e (e) a existência de tratado de reciprocidade. Cumprindo todos esses requisitos previstos na Lei nº 13.445/2017, é possível o cumprimento da pena prevista na sentença condenatória. É de competência do Superior Tribunal de Justiça homologar o pedido de transferência da execução de pena após a análise.

Com base nessa breve explanação, é possível perceber a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico e verificar a extensão das normas de cooperação penal internacional introduzidas pela promulgação da Lei Migratória brasileira de 2017 e analisar se no Caso do jogador Robinho, o pedido da justiça italiana para a transferência de pena é inconstitucional e ofende a soberania nacional.

Acerca dos objetivos, o objetivo geral desta pesquisa é fazer uma análise da aplicabilidade dos artigos 100 a 102 da Lei de Migração aos casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior, especialmente no caso do jogador de futebol Robinho. A fim de alcançar referido objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: a apresentação das noções gerais aplicáveis ao tema da cooperação internacional e da disciplina a ela dispensada pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere a promulgação da lei de migração e as contribuições por ela legadas ao tratamento da matéria. Em seguida, introduz-se análise mais acurada das normas que autorizam a transferência da execução da pena no ordenamento jurídico pátrio, especificamente no que se refere aos destinatários e a extensão da Lei Migratória brasileira, com vistas a verificação de sua plena aplicabilidade aos crimes praticados no exterior por brasileiros natos e naturalizados, indistintamente, bem como a possibilidade de sua

aplicação retroativa aos fatos ocorridos antes de 2017. Ressalta-se que os objetivos elencados acima foram utilizados para a composição das seções e subseções deste artigo.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo escolhido foi método indutivo, baseado em pesquisa documental e revisão bibliográfica. Foi utilizado como fonte a Constituição Federal de 1988, do Código Penal de 1940, do Código Processual Penal de 1941, do Código Processual Civil de 2015, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do Regimento Interno do STJ e da Lei nº 13.445/17, a Lei de Migração.

Esta pesquisa foi dividida em três seções, da seguinte forma: a primeira seção abordou sobre as formas de cooperação jurídica e a Lei de Migração. O objetivo da segunda seção foi falar sobre a aplicação da medida de Transferência da Execução da Pena nas previsões da Lei de Migração e a possibilidade de aplicação retroativa da Lei de migração aos fatos ocorridos antes de 2017. Na terceira seção, o foco foi debater sobre o caso do Robinho e a homologação da pena privativa de liberdade no Brasil.

A cooperação entre os países dentro do Direito Internacional

O objetivo desta seção é debater sobre as formas de cooperação internacional entre os países, principalmente entre Brasil e Itália, e a Lei de Migração. Para tanto, as ideias foram estruturadas da seguinte forma: no primeiro tópico será abordado as formas de cooperação internacional. E o segundo tópico tratará sobre a Lei de Migração.

Formas de cooperação internacional entre o Brasil e a Itália

Inicialmente, cumpre esclarecer como a doutrina define a forma de cooperação internacional. Segundo o autor Marcelo Varella, tem-se que:

> *O princípio da cooperação internacional significa que os Estados devem agir em conjunto, colaborando para a busca de objetivos comuns. Justifica a ação em harmonia de forma a evitar conflitos e a buscar soluções compartilhadas para os problemas comuns. (VARELLA, 2019 p. 34)*

A partir da definição apresentada, será abordado sobre as formas de cooperação internacional entre o Brasil e a Itália. O MLAT (Mutual Legal Assistance Treaty), é um acordo de cooperação jurídica entre os países que permite a troca de informações e assistência mútua em investigações criminais, este acordo, porém, "não compreende a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações."

No entanto, sobre este tema, há o Tratado de Extradição entre Brasil e Itália (Decreto nº 863/93) que possibilita a transferência da execução da pena no art. 6º, nº 1.

> *ARTIGO 6 Recusa Facultativa da Extradição 1. Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento*

> *penal. Para tal finalidade, a Parte requerente deverá fornecer os elementos úteis. A Parte requerida comunicará sem demora o andamento dado à causa e, posteriormente, a decisão final. (BRASIL, 1993)*

A cooperação internacional, surge assim, como obrigação jurídica dos Estados soberanos na efetivação da justiça e na proteção dos direitos, representada como conjunto de medidas judiciais e administrativas relativas aos atos praticados no âmbito de processos com conexão internacional (DEL'OLMO e JAEGER JUNIOR, 2017, p. 75 e 81).

É possível dizer que incorpora instrumentos modernos de combate ao crime no plano internacional, principalmente aos crimes comuns praticados por brasileiros no exterior. De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 5º, LI, a extradição não é cabível ao brasileiro nato, desta forma, impõe-se a incidência da transferência de execução de pena, justamente para que não haja impunidade decorrente da nacionalidade do indivíduo:

> *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: (...) LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (BRASIL, 1988).*

Além disso, a Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) também permite a transferência para o Brasil da execução de uma pena cominada no exterior a um nacional brasileiro, ressalvado o princípio do non bis in idem (princípio que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime). Visando elucidar ainda mais a abordagem iniciada, no próximo tópico serão observados os artigos da Lei nº 13.445/2017.

Lei de Migração

A Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração) substituiu o antigo Estatuto do Estrangeiro, e trouxe inovações em seu texto, ao estabelecer no capítulo VIII, o Pedido de Transferência da Execução da Pena. Ressalta-se que referida lei, em seu artigo 100 diz que:

> *Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem. (BRASIL, 2017)*

Ao que se percebe, o dispositivo legal ressalta os seguintes pontos que devem ser levados em consideração: o Estado que realizou a persecução penal deverá solicitar ao Estado para o qual a pessoa está localizada a transferência da pena, este então assumirá a execução. Sobre esses aspectos, os autores Douglas Fischer e Vladimir Aras ponderam que

> *Ainda pouco aplicada em países de modernização tardia, a transferência de execução da pena permite que um*

> *Estado ou um tribunal internacional solicite a outro Estado que submeta uma pessoa que já está em seu território ao cumprimento de pena privativa de liberdade, ou a outra espécie de sanção (FISCHER; ARAS, 2016, p. 190).*

Nota-se que para a aplicação da transferência da execução, o artigo 100 da Lei de Migração exige alguns elementos, como por exemplo: I – o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil; II - a sentença tiver transitado em julgado; III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e V - houver tratado ou promessa de reciprocidade (BRASIL, 2017). Cumprindo esses requisitos, é possível o pedido de transferência de pena, que é recebido pelo poder executivo e depois encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para a homologação.

Para a presente pesquisa, foi escolhido um caso notório que ajudasse na compreensão do problema de pesquisa.

O caso ocorreu com o famoso jogador de futebol, Robson de Souza (mais conhecido como Robinho). Em 2022, o jogador foi condenado a 9 anos de prisão pelo Supremo Tribunal da Itália pelo crime de estupro coletivo (art. 616-octis do Código Penal Italiano). O crime ocorreu em 2013 quando Robinho, em conjunto com mais 5 homens, abusaram sexualmente de uma jovem libanesa em uma boate. A vítima tinha 23 anos na época e teve seu nome preservado durante o processo.

Robinho negou as acusações, porém devido a escutas autorizadas feitas em seu carro, foi confirmada a versão da vítima. Em uma das gravações, divulgadas pelo site Globoesporte.com em 2020, o jogador diz: "*Estou rindo porque não estou nem aí, a mulher estava completamente bêbada, não sabe nem o que aconteceu.*" Na justiça italiana, a sentença do processo transitou em julgado em 2023, ou seja, não há mais recursos pendentes.

A Itália solicitou ao Brasil a extradição de Robinho, porém como está disposto no Artigo 5 da Constituição Federal, o Brasil não extradita brasileiros natos. Sendo assim, em fevereiro de 2023 a Itália fez um pedido de prisão internacional, ou seja, se chegar a sair do Brasil, será preso. Diante disso, a justiça italiana fez o pedido ao Brasil com a finalidade de homologação da sentença, para que ele cumprisse em território nacional a sua pena.

Nota-se, com o caso exposto, a importância de se refletir sobre o tema, pois se trata de um assunto inédito para o Brasil. Devendo ser estudado com seriedade e responsabilidade, pois trará um novo entendimento da sociedade e dos estudiosos acerca do tema. Os fatos apresentados evidenciam a necessidade de se pesquisar melhor sobre a forma de tutelar os interesses envolvidos. É sobre esses interesses que a próxima seção abordará.

A Transferência da execução da pena estrangeira no caso do jogador Robinho

O objetivo desta seção é apresentar e esclarecer o conflito existente em torno do tema da pesquisa. Em um primeiro tópico será abordado a aplicação da Lei de migração ao brasileiro nato, no caso do presente artigo, de Robson de Souza. Por fim, serão apontados os

aspectos principais sobre a possibilidade da aplicação da Lei de Migração aos fatos ocorridos anteriores a 2017. A partir da análise do conflito será possível compreender o problema da presente pesquisa.

A aplicação da Lei de Migração ao brasileiro nato e os requisitos para homologação da sentença estrangeira

A criação da Lei 13.445/2017 trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro duas novas medidas de cooperação internacional, o principal para o presente estudo, os artigos 100 a 102, que tratam da transferência de execução da pena. O pedido é feito pela via diplomática, após isso, é encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decidir sobre a homologação. A grande dúvida, seria se esse instituto alcança o brasileiro nato, pois a extradição, conforme tratada anteriormente (BRASIL, 1988) é proibida ao brasileiro nato.

Entretanto, é plenamente possível que um Estado entrangeiro, solicite a transferência da execução da pena, o que seria mais benéfico para o requerido, pois suas chances de ressocialização e saúde mental estariam em melhores condições no país de nascença. Sobre isso, a doutrina entende que "como alternativa à extradição executória, um Estado pode solicitar ou aceitar a transferência de execução da pena" (CANOTILHO, 2018).

No caso do jogador Robson de Souza, não há impossibilidade da homologação da sentença italiana pelo requerido ser brasileiro nato, pois o princípio da *aut dedere aut judicare* ampara a solicitação da justiça Italiana. Segundo Waisberg, esse princípio:

> *(...) constitui norma internacional de caráter processual que tem por finalidade combater a impunidade e centrar o sistema de proteção aos direitos humanos na vitimização dos seres humanos. Este propósito encontra-se presente em diversos tratados internacionais destinados a criminalizar condutas consideradas ofensivas a toda a humanidade, consideradas como coletivo. (WAISBERG, 2012)*

Uma possível não condenação, seria como permitir a impunidade do agressor, pois a materialidade e punibilidade já foi reconhecida com o devido trânsito em julgado. A decisão do STJ (HDE-7986-2024-03-22) traz que não há inconstitucionalidade ao homologar a sentença estrangeira no Caso Robinho, pois isso seria uma consequência da não extradição do brasileiro nato, presente na Constituição Federal.

Como tratado anteriormente, preenchidos os requisitos do artigo 100, parágrafo único da Lei de Migração, a execução da pena é cabível. Analisando o caso de Robson da Souza, o acusado é nacional e reside no Brasil, a decisão estrangeira transitou em julgado, a duração da condenação a cumprir é de 9 (nove) anos de prisão e os fatos que originaram a condenação constituem infração penal perante a lei brasileira (art. 213 c/c art.226, IV, "a", do Código Penal brasileiro). Contemplando a hipótese da recusa de extradição do brasileiro nato, a Lei citada estabelece que o caso será submetido às autoridades do Estado requerido para a instauração de procedimento penal. Tal medida abarca a transferência da condenação. Sendo assim, preenche o último requisito do artigo 100 da Lei de Migração.

Superando a questão dos requisitos em relação a pessoa, passa a ser analisada a sentença estrangeira. Ela deve cumprir os requisitos previstos no artigo 963 do Código de Processo Civil:

> *Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão:*
>
> *I - ser proferida por autoridade competente;*
>
> *II - ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia;*
>
> *III - ser eficaz no país em que foi proferida;*
>
> *IV - não ofender a coisa julgada brasileira;*
>
> *V - estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado;*
>
> *VI - não conter manifesta ofensa à ordem pública.*

Do artigo 17 da Lei de introdução às normas do direito brasileiro:

> *Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.*

E dos artigos 216-C a 216-F do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

> *Art. 216-C. A homologação da decisão estrangeira será proposta pela parte requerente, devendo a petição inicial conter os requisitos indicados na lei processual, bem como os previstos no art. 216-D, e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologada e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso. (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)*
>
> *Art. 216-D. A decisão estrangeira deverá: (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016) I - ter sido proferida por autoridade competente; (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2014) II - conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificada a revelia; (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2014) III - ter transitado em julgado. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2014)*
>
> *Art. 216-E. Se a petição inicial não preencher os requisitos exigidos nos artigos anteriores ou apresentar defeitos ou irregularidades que dificultem o julgamento do mérito, o Presidente assinará prazo razoável para que o requerente a emende ou complete. Parágrafo único. Após a intimação, se o requerente ou o seu procurador não promover, no prazo assinalado, ato ou diligência que lhe for determinada no curso do processo, será este arquivado pelo Presidente. (Incluído pela Emenda Regimental n. 18, de 2014)*
>
> *Art. 216-F. Não será homologada a decisão estrangeira que ofender a*

> *soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública (Redação dada pela Emenda Regimental n. 24, de 2016)*

Diante dos fatos expostos, importante frisar que os fatos que levaram Robson de Souza a condenação, também é crime perante a lei brasileira, que está presente no artigo 213 c/c o artigo 226, I do Código Penal,

> *Estupro*
>
> *Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:*
>
> *Aumento de pena*
>
> *Art. 226. A pena é aumentada: (Redação dada pela Lei nº 11.106, de 2005) I – de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de 2 (duas) ou mais pessoas;*

O entendimento do STJ acerca do tema é de:

> *HDE n. 5.175, de 19 de abril de 2021: [...] No caso, como bem salientado pelo parquet, verifica-se que o condenado é nacional e tem residência do Brasil (fls. 57-58), a decisão estrangeira transitou em julgado (fl. 49), a duração da condenação a cumprir é de 4 (quatro) anos de prisão efetiva (fls. 10- 46), os fatos que originaram a condenação constituem infração penal perante a lei brasileira (arts. 148 e 157 do CP) e há tratado firmado entre o Brasil e Portugal, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 8.049/2013, além da promessa de reciprocidade. Ante o exposto, acolho o parecer de fls. 88-90, determino a reautuação do presente feito como Homologação de Sentença Estrangeira e, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais, homologo o referido título judicial proferido no âmbito do Processo n. 1593/12.5 GACSC pelo Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa Oeste – Juízo Local Criminal de Sintra, com a consequente transferência da execução da pena imposta ao brasileiro Fernando de Almeida Oliveira.*

Importante frisar que Brasil e Portugal possuem um tratado de cooperação mútua penal que estabelece a colaboração entre os dois países em questões relacionadas à justiça penal, como extradição, transferência de presos, assistência jurídica mútua, entre outros.

Para o Superior Tribunal de Justiça, a não homologação da sentença estrangeira teria o condão de deixar o requerido impune, pois não seria julgado no Brasil e poderia permanecer em território nacional sem cumprir a pena imposta na Itália. A dúvida que segue, é sobre a aplicação da Lei de Migração aos fatos ocorridos anteriores à data de promulgação da referida lei em 2017. Esse tema será tratado no próximo tópico.

Possibilidade da aplicabilidade da Lei de Migração aos fatos ocorridos anteriores a 2017

Em seu artigo 5º, XL da Constituição Federal, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu (BRASIL, 1988). Como citado anteriormente, o crime ocorreu em 2013,

anterior à implantação da Lei de Migração, em 2017. O Superior Tribunal de Justiça, afirma que as normas sobre cooperação internacional em matéria penal não têm natureza criminal o que permite a aplicação imediata, seguindo o entendimento do artigo 6º da LINDB, que fala que a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (BRASIL, 1942). Isso invocaria o princípio do tempus regit actum (os atos jurídicos se regem pela lei da época em que ocorreram) e não do princípio da novatio legis in pejus (uma nova lei não pode retroagir para prejudicar alguém, apenas para beneficiar.)

Perante esse tema, o autor Fernando Capez tem o seguinte entendimento:

> *(...) A doutrina moderna tem entendido que em tais hipóteses não há que se falar em retroatividade, haja vista que a lei será aplicada aos atos processuais que ocorreram a partir do início de sua vigência. Ademais, o princípio da irretroatividade de lei mais severa contido na Constituição Federal refere-se apenas à lei penal (art. 5º, XXXIX e XL).(CAPEZ, 2019, p. 46)*

Porém, a partir do momento em que se trata de reflexos penais e amplia o poder punitivo do estado, se torna uma norma de natureza híbrida. Surge então, o questionamento se a aplicação retroativa da Lei de Migração ao caso Robinho violaria sua garantia constitucional

Analisando o caso, e levando em consideração o princípio non bis in idem (princípio que ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime), é notável que os artigos 100 a 102 da Lei de Migração são mais favoráveis ao réu, pois este não será julgado novamente no Brasil. Segundo Vladimir Aras,

> *Se processados de novo e novamente condenados em território brasileiro, Robinho, Falco e Narbondo aqui cumpririam suas penas, mas essas pessoas ainda assim ficariam sujeitas ao cumprimento das penas italianas. Em vista disso, se diz que a TEP é um instituto que adensa a vedação à dupla persecução criminal na ordem internacional. Por isso mesmo, é uma medida garantista, que restringe as reações estatais em face do direito de liberdade, reduzindo dois riscos (double jeopardy) para apenas um. Daí se falar em direito à unicidade da reação estatal. (ARAS, p.173, 2023)*

Diante do exposto, não pode ser considerada inconstitucional a aplicação retroativa da lei no Caso Robinho, pois isso não irá prejudicá-lo. Além do mais, uma não homologação da sentença estrangeira, seria considerada impunidade, o que é inadmissível perante o estado democrático de direito.

Conclusão

A presente pesquisa tratou sobre a homologação da sentença penal estrangeira e a transferência de execução da pena focada no caso do famoso jogador Robson de Souza, ou mais conhecido como ‘Robinho'. O estudo se mostrou relevante em razão de mostrar todos os questionamentos que envolvem o caso Robinho e a aplicação retroativa da Lei de Migração e a transferência de execução.

Ao longo da pesquisa, foi possível notar o grande trabalho por parte da defesa de Robinho,

do Ministério Público e do Poder Judiciário, pois se trata de um assunto complexo e de difícil compreensão. Foram apontados ao longo do presente trabalho os problemas que estavam em torno desse julgamento, e após uma longa pesquisa foi possível alcançar os seguintes objetivos: a possibilidade de verificar como a cooperação jurídica é importante para o País, pois é a partir desse cooperação que temos a possibilidade de negociar com outros países, no caso do artigo, foi evidenciado a importância no âmbito penal e da impunibilidade. Pois um crime foi cometido, então é necessário que haja a responsabilização dos criminosos, respeitando os direitos fundamentais dos envolvidos e garantido a todos o direito à ampla defesa e contraditório.

Além disso, foi possível fazer uma análise da aplicabilidade dos artigos 100 a 102 da Lei de Migração aos casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior. Foi verificado que no caso de Robinho, foram preenchidos todos os requisitos exigidos no artigo 100 da referida Lei. Também, chegou-se à conclusão de que é inconstitucional a extradição de brasileiro nato, conforme disposto na Constituição Federal

Acerca da retroatividade da lei, ao longo da pesquisa, foi comprovado que a lei iria retroagir em benefício do réu, pois a partir do princípio non bis in idem, ele não poderia ser julgado pelo mesmo crime duas vezes, sendo assim, irá cumprir a pena apenas de um processo, o que veio da Itália. Não podendo ser possível dizer que o réu está prejudicado pela transferência da pena.

Superando esses tópicos, pode-se chegar à seguinte conclusão: o crime cometido pelo réu Robson de Souza se trata de uma grave violação de direitos humanos e de violência contra a mulher. Devendo ser tratado com seriedade e analisado para que não haja a revitimização e que os direitos de ambos sejam garantidos durante o processo. Importante frisar que a transferência de pena não ofende a soberania, mas sim a fortalece.

Referências

ARAS, V. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos Robinho, Falco e Narbondo. Revista do Ministério Público do RS. Porto Alegre. n.93. jan. 2023-jul.2023. p. l61-l94, 2023. Disponível em: <https://www.revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/310/183> Acesso em: 25 de abril 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)].Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988. Brasília, DF: Presidente da República, 2016. Disponível em: <Constituição> Acesso em: 24 abril 2024.

____. Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça / organizado pelo Gabinete do Ministro Diretor da Revista – Brasília : STJ.

_____. Código de Processo Civil Brasileiro.Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <L13105> Acesso em: 24 abril 2024.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <DEL2848-compilado> Acesso em: 24 abril 2024.

_____. Código de Processo Penal. Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <Del3689> Acesso em: 24 abril 2024.

_____. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <Del4657compilado > Acesso em: 24 abril 2024.

_____. Lei de Migração. Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017.Disponível em: <L13445> Acesso em: 24 abril 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA 7.986-EX. Transferência de execução de pena de brasileiro nato. Solicitação do Governo da Itália (Lei n. 13.445/2017, art. 100). Vedação de bis in idem no plano internacional. Retroatividade da Lei de Migração. Possibilidade. Natureza jurídica. Norma convencional. Aplicação imediata. Rel. Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, por maioria, julgado em 20/3/2024. Disponível em: <HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 7986 - EX (2023/0050354-7) RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO REQUERENTE> Acesso em: 20 de abril de 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HOMOLOGAÇÃO DE DECISÃO ESTRANGEIRA Nº 5175 - EX (2020/0300292-2. REL. Ministro HUMBERTO MARTINS, decisão monocrática. Julgado em 06/08/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=132302971&num_registro=202003002922&data=20210806&tipo=0> Acesso em: 20 de abril de 2024.

CANOTILHO, J. J. Gomes [et. al.]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 442.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. Volume 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza, JAEGER JUNIOR, Augusto. Curso de direito internacional privado. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FERNANDES, Ana Carolina Souza; SILVEIRA Vladmir Oliveira. Lei de migração comentada [recurso eletrônico] / - Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2022

FERRAZ, Lucas. As gravações do caso Robinho na justiça italiana: "A mulher estava completamente bêbada". 2020. Disponível em: <As gravações do caso Robinho na justiça italiana: "A mulher estava completamente bêbada" | santos | ge> Acesso em: 23 abr. 2024.

SILVA JÚNIOR, José Edmar da. Perspectivas da cooperação internacional na transferência da execução da pena em caso de crime praticado por brasileiro nato no exterior: uma análise da aplicação da Lei de migração no caso Robinho. 2023. 71 f. TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2023.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional público. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.1. Direito internacional público I. Título.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Temas de cooperação internacional/Secretaria de Cooperação Internacional. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília, MPF, 2016. 284 p. – (Coleção MPF Internacional; 2)

MORI, Letícia. Justiça manda prender Robinho após decisões do STJ e do STF sobre condenação por estupro na Itália. 2024. Disponível em: <Justiça manda prender Robinho após decisões do STJ e do STF sobre condenação por estupro na Itália - BBC News Brasil> Acesso em: 23 abr. 2024.

WAISBERG, Tatiana. A Convenção contra a Tortura e a obrigação aut dedere aut judicare.: A jurisprudência da CIJ no contexto da proteção internacional dos direitos humanos. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3395, 17 out. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/22730. Acesso em: 25 abr. 2024.

A Garantia da Ordem Pública Aplicada na Manutenção da Prisão Preventiva: Resultado dos Índices Contemporâneos

The Guarantee of Public Order Applied in the Maintenance of Preventive Detention: Outcome of Contemporary Indices

Lucila de Quadros da Silva
Bacharel em Direito pela Faculdade IDEAU, campus Passo Fundo/RS.
luquadros23@gmail.com

O presente trabalho analisa a legitimidade da aplicação do fundamento da garantia da ordem pública na decretação ou prorrogação das prisões preventivas no contexto jurídico brasileiro, buscando responder à tese de que tal aplicação genérica é inconstitucional. Abordando as sanções penais no Brasil, dos princípios penais aplicáveis à prisão, e da valoração dos requisitos da prisão preventiva. A discussão se estende a aspectos como os limites temporais estabelecidos pela legislação e os critérios para a aplicação de medidas diversas da prisão. Em particular, examina-se a função da prisão preventiva à luz dos direitos humanos e da presunção de inocência, além de discutir os reflexos da aplicação dos requisitos na prática da prisão preventiva. Para tanto, foram empregadas metodologias quantitativas e qualitativas, envolvendo um levantamento abrangente de bibliografias e dados do Conselho Nacional de Justiça além de enfatizar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6581/DF e 6582/DF. Como ferramenta utiliza-se o método utilizado é o hipotético - dedutivo. Conclui-se que o princípio do in dubio pro societate é incompatível com o modelo penal brasileiro, uma vez que sua aplicação compromete garantias fundamentais e contraria a lógica de proteção dos direitos do acusado. Este trabalho contribui para o debate sobre a constitucionalidade e a adequação da aplicação de princípios penais no sistema judiciário, promovendo uma reflexão crítica sobre a prática das prisões preventivas e suas implicações para os direitos humanos.

Palavras-chave: ADI's 6581 e 6582. In Dubio Pro Societate. Princípio da presunção de inocência. Prisão Preventiva. Requisitos para Prisão Preventiva.

This paper analyzes the legitimacy of applying the principle of the guarantee of public order in the decree or extension of preventive detentions within the Brazilian legal context, aiming to respond to the thesis that such a generic application is unconstitutional. It addresses criminal sanctions in Brazil, the applicable criminal principles for detention, and the evaluation of the requirements for preventive detention. The discussion extends to aspects such as the temporal limits established by legislation and the criteria for the application of alternative measures to detention. In particular, it examines the function of preventive detention in light of human rights and the presumption of innocence, as well as discussing the practical implications of applying the requirements for preventive detention. To achieve this, both quantitative and qualitative methodologies were employed, including a comprehensive review of literature and data from the National Justice Council, alongside a focus on Direct Actions of Unconstitutionality (ADIs) 6581/DF and 6582/DF. The method used is

the hypothetical-deductive method. It concludes that the principle of in dubio pro societate is incompatible with the Brazilian criminal model, as its application undermines fundamental guarantees and contradicts the logic of protecting the accused's rights. This paper contributes to the debate on the constitutionality and appropriateness of applying criminal principles in the judiciary system, promoting a critical reflection on the practice of preventive detentions and their implications for human rights.

Keywords: ADIs 6581 and 6582, In Dubio Pro Societate, Presumption of Innocence, Preventive Detention, Requirements for Preventive Detention.

Introdução

A manutenção da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública é um tópico importante na legislação penal brasileira. O princípio da presunção de inocência diz que, em caso de dúvida, o réu deve ser favorecido, mas o fundamento da garantia da ordem pública prioriza a segurança e o interesse coletivo, permitindo a restrição da liberdade do acusado antes de uma sentença. A análise das ADI 's 6581 e 6582 do Supremo Tribunal Federal e como a Corte lida com a aplicação dos requisitos legais e a valorização da presunção de inocência.

O texto busca problematizar os fundamentos para a aplicação da prisão preventiva, comparando-os com os princípios constitucionais e os dados sobre a prisão preventiva em 2024. A pesquisa questiona a eficácia da aplicação da prisão preventiva, que não deve ser apenas uma forma de encarceramento preventivo sem a correta utilização dos requisitos essenciais.

Ademais, busca discorrer sobre as generalidades que as circulam. Logo, a importância do estudo é justamente a discussão sobre o encarceramento preventivo e sua fundamentação precária. Além disso, o objetivo específico é questionar como é realizada a revisão da prisão para evitar o encarceramento prolongado e a perda das garantias constitucionais do preso.

A pesquisa é apoiada pelo Código de Processo Penal e a Constituição Federal, e a metodologia inclui uma análise dos julgados e dados quantitativos e qualitativos. O trabalho está organizado em sete tópicos, levando à conclusão sobre a eficácia da aplicação da prisão preventiva e a observância dos princípios do direito penal.

Desenvolvimento

A manutenção da prisão preventiva com base nos fundamentos da garantia da ordem pública foca na sobreposição da garantia social em detrimento do princípio de inocência do acusado. O trabalho analisa a prisão preventiva, seus requisitos, função e limites. Também apresenta dados do CNJ, usando uma metodologia hipotético-dedutiva.

As sanções penais e os princípios garantidores no ordenamento jurídico brasileiro

O Código Penal brasileiro, em seu art. 59, prevê que as penas devem ser necessárias e suficientes à reprovação e prevenção do crime. Assim, de acordo com a legislação penal brasileira, entende-se que a pena deve reprovar o mal produzido pela conduta praticada pelo agente, bem como prevenir futuras infrações penais. O ordenamento jurídico recepciona a chamada teoria mista, visto que a pena é

permeada pelos critérios da retribuição e prevenção. (Greco, 2024, p. 474)

As espécies de pena estão dispostas no art. 32 do Código Penal. São elas: (a) privativas de liberdade; (b) restritivas de direitos e; (c) multa. Há diversas modalidades de prisão e cada uma tem uma finalidade específica na ação penal. Seja ela para cumprimento de pena, seja para proteger a investigação criminal. A prisão classifica-se em duas modalidades: A prisão-pena é decorrente de uma sentença condenatória penal transitada em julgado. Podendo ter exaurido toda a fase recursal ou não. Já a "prisão sem pena: é a que não decorre de sentença condenatória transitada em julgado, não constituindo pena no sentido técnico jurídico". (Bonfim, 2024, p. 393)

É neste contexto que enquadra-se a prisão preventiva, que é decretada como medida cautelar, com fundamento no art. 312 do CPP, a fim de assegurar a ordem pública ou econômica, garantir a aplicação da lei penal e evitar a interferência do réu na produção de provas. (Brasil, 1941) Para tanto é imprescindível que exista prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

O jus puniendi, caracteriza-se pelo poder de aplicar pena aos indivíduos que cometem algum crime. Assim, a prisão serve como medida de restrição de liberdade aplicada aos indivíduos, conforme a teoria quadridimensional, qual seja, que tenham praticado um fato típico, ilícito, culpável e, por fim, punível. Logo, para uma análise mais crítica da punição, há de se incluir a punibilidade como um elemento essencial, pois além dos três requisitos, é necessária que a conduta seja passível de punição, tendo em vista o juízo de reprovabilidade social.

Sendo assim, cada sociedade é moldada com o tempo para definir suas próprias leis, e com isso aplicar o jus puniendi. Com a finalidade de garantia da ordem pública, a instrução criminal, ou a execução de uma sanção penal. Assim, "a aplicação das normas penais pelos juízes deriva da obrigação funcional que têm estes de cumprir com sua função jurisdicional [...]". (Lima, 2012, p. 59)

À vista disso, quando confronta-se os limites constitucionais com as leis penais conclui-se que o legislador busca, de maneira objetiva, equilibrar os princípios regentes com os desdobramentos da sociedade atual a fim de aplicar o jus puniendi do Estado. Desta forma, [...] a Constituição [...] estabelece, para além das possibilidades de criminalização, até onde o próprio legislador de reforma e o legislador ordinário podem ir com as estratégias para enfrentamento da criminalidade. (Lima, 2012, p. 60)

As balizas do poder de punir do Estado encontram óbice nos princípios da lesividade e da intervenção mínima, da adequação social, da proporcionalidade e da presunção de inocência, que incorporam-se nas garantias individuais e transindividuais que tem por finalidade primária a garantia dos direitos fundamentais.

Requisitos para a decretação da prisão preventiva

A prisão preventiva é uma prisão processual de natureza cautelar e provisória decretada pelo juiz antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais. Inserida no Decreto Lei n 3.689/1941, CPP, em seu capítulo III, especificamente do artigo 311 a 316. Como regra, o sistema jurídico brasileiro repudia o encarceramento de maneira provisória do acusado. Porém, tem - se como uma das exceções a prisão preventiva, que foi reanalisada pelo Pacote Anticrime, Lei n 13.964/2019.

O art. 311 do CPP determina que: “em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. (Brasil, 1941)

Referido dispositivo, por consequência lógica, também veda a aplicação da prisão preventiva de ofício pelo juiz. A decretação de ofício, por Aury Lopes Jr,

> *é a violação da imparcialidade, uma garantia que corresponde exatamente a essa posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, por meio do juiz, atuando como órgão supraordenado às partes ativa e passiva. Mais do que isso, exige uma posição de terzietà, um estar alheio aos interesses das partes na causa. (Lopes Júnior , 2023, p. 41)*

Esta ideia pode emergir questionamentos, como se o juiz transpassasse as fronteiras do princípio da imparcialidade e ultrapassasse os ditames dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Pois, aproxima-se do sistema inquisitivo caracterizado pela não divisão das funções de investigar, acusar e julgar dentro do processo penal. Desta forma, “a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz- instrutor (poderes investigatórios) ou, pior, quando ele assume uma postura inquisitória decretando – de ofício – a prisão preventiva”. (Lopes Júnior, 2023, p. 41) O contrário que deveria ser observado seria o respeito à imparcialidade do juiz e o devido processo penal.

Como a liberdade do indivíduo é a regra do ordenamento pátrio, toda a prisão deve ser permeada pela legalidade. Constitucionalmente o princípio da legalidade, presente no artigo 5º, II, da Constituição Federal determina que ninguém pode ser obrigado a agir, fazer ou não fazer, sem que seja em virtude da lei. Também, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, conforme art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Em concordância ao referido princípio, a prisão preventiva pode ser combatida das seguintes formas: caberá relaxamento de prisão, em caso de prisão ilegal e revogação de prisão, caso haja motivo que não subsista a sua permanência, ou até mesmo Habeas Corpus que, diferente dos outros recursos, é um remédio constitucional. Está disciplinado no 5º, inciso LXVIII da Constituição Federal de 1988 e pode ser utilizado de maneira preventiva ou repressiva, nos casos em que a pessoa for presa ilegalmente ou tiver sua liberdade ameaçada por abuso de poder ou ato ilegal.

O art. 312, do CPP, ilustra a finalidade da aplicação da prisão preventiva, in verbis: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. (Brasil, 1941) Subsidiariamente, a prisão também poderá ser decretada nos casos em que houver descumprimento de qualquer uma das medidas cautelares aplicadas pelo magistrado.

O rol que determina as situações cabíveis de aplicação da referida medida está nos incisos do art. 313 e parágrafo primeiro, do CPP. In verbis, será admitida a decretação da prisão preventiva:

> *I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. [...]$ 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (Brasil, 1941).*

Tem um mecanismo de valor controverso, a possibilidade de sua aplicação como forma de garantia da ordem pública, para assegurar a aplicação da lei penal ou quando há indícios de autoria ou materialidade. Porém, é oportuno salientar que a decretação deve abranger o princípio da razoabilidade.

A fundamentação torna-se frágil. Desta forma um requisito aplicado na fundamentação pode ter sentido e peso diferente em cada caso concreto. O que torna sua efetividade contestável frente às irregularidades presentes na seara penal. Consequentemente, a decisão, seja ela de decretação, substituição ou denegação, deverá ser sempre fundamentada com base em acontecimentos contemporâneos à análise, em concordância com o próprio caput do art 315, do Dec. Lei n.3.689 de 1941 e Lei 13.964 de 2019. Para tanto é fundamental respeitar o princípio da presunção de inocência.

A presunção de inocência é o princípio base do processo penal e para que o sistema acusatório seja efetivo é necessário a total observância, ou seja a sua total eficácia. Em concordância à afirmativa anterior, Aury Lopes Jr (2023, p. 270) coloca que a presunção de inocência "é fruto da evolução civilizatória do processo penal". Parafraseando Goldschmidt, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, a presunção de inocência é o ponto de maior tensão entre eles".

O princípio da presunção de inocência, também, deve ser visto sobre duas fragmentos: interna, que se refere a acusação, em que é necessário elementos que comprovem a culpa, pois a dúvida conduz à absolvição do acusado; e, externa, ao qual referente a mídia com a reversão de danos e a vida civil do acusado.

Critérios para a aplicação da prisão preventiva

A Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011 incluiu o título IX "DA PRISÃO, DAS MEDIDAS CAUTELARES E DA LIBERDADE PROVISÓRIA" no CPP a fim de incluir medidas cautelares diversas da prisão, mas também abordar a prisão preventiva em um contexto em que deve ser permeada pela proporcionalidade do magistrado em sua decretação.

Foi neste mesmo cenário em que houve a ruptura da sistemática bipolar da prisão. Que era caracterizada pela prisão, de um lado, ou soltura, de outro, como mecanismos de decisão sobre determinado caso concreto. Avena (2023, p. 869) contextualiza que,

> *Na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, duas eram as condições a que poderia estar submetido o agente no curso da investigação criminal e no decorrer do processo penal: sob prisão provisória ou em liberdade. Com as reformas introduzidas pela Lei 12.403/2011, este sistema foi abandonado, dando lugar a outro, polimorfo, que se caracteriza pela multicautela, na medida em que submete o imputado a um terceiro status, que não implica prisão e, ao mesmo tempo, não importa em liberdade total: trata-se da sua sujeição às medidas cautelares diversas da prisão, que se encontram listadas nos arts. 319 e 320 do CPP.*

A partir disso, as medidas cautelares diversas da prisão, servem como balizadoras entre a prisão preventiva e a liberdade provisória. E, com isso, os requisitos de aplicabilidade da prisão preventiva devem ser ainda mais restringidos. Os requisitos basilares a serem analisados, inicialmente, a fim de verificar a possibilidade de sua decretação, se assemelha, de maneira precária, ouso dizer, com o Código Civil:

> *Como qualquer medida cautelar, a preventiva pressupõe a existência de periculum in mora (ou periculum libertatis) e fumus boni iuris (ou fumus comissi delicti), o primeiro significando o risco de que a liberdade do agente venha a causar prejuízo à segurança social, à eficácia das investigações policiais/apuração criminal e à execução de eventual sentença condenatória, e o segundo, consubstanciado na possibilidade de que tenha ele praticado uma infração penal, em face dos indícios de autoria e da prova da existência do crime verificados no caso concreto. (Avena, 2024, p. 953)*

Logo, de maneira primária, busca-se a conexão entre o agente e o crime a ele imputado. Verificando as preliminares de autoria e materialidade, somando ao perigo de sua liberdade. Sopesando os fundamentos e fatos de seu encarceramento com o princípio da presunção de inocência e o in dubio pro reo. A medida cautelar excepcional busca justificar - se sobre pilares, formados na investigação criminal e na fase instrutória com a finalidade de endossar para sobrepor a garantia da aplicabilidade da legislação penal aos direitos individuais do indivíduo a fim de consagrar o seu jus puniendi.

Exige a prova de materialidade do crime e indícios suficientes de autoria. Ademais, nota-se a precariedade nas decisões, que muitas vezes são utilizadas de maneira indicativa, e não fundamentada. Em desconformidade ao art 315, § 2º, I do CPP: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida. (Brasil, 1941)

Assim, seria esta a melhor maneira de tratar da restrição de liberdade do indivíduo e da máxima do princípio da presunção de inocência? A fragilidade do instituto está presente tanto na decretação , quanto nas vias recursais. Pois há uma uniformização velada acerca de sua utilização. Por um lado não pode ser restritivo, pois pode ter como consequência a impunidade e de outro, mais flexibilidade pode gerar prisões arbitrárias.

Uma nova discussão tramitando no judiciário é o Projeto de Lei nº 226, de 2024, que

tem como finalidade alterar o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (CPP) para dispor sobre os critérios para aferição da periculosidade do agente, geradora de riscos à ordem pública, para concessão de prisão preventiva, inclusive quando da audiência de custódia.

Em agosto de 2024 foi iniciada a apreciação no Senado Federal. Traçou caminho pela CCJ - Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e foi aprovada. A redação aprovada pela Comissão é a inclusão do § 5º ao art. 310, do CPP:

> *§ 5º São circunstâncias que, sem prejuízo de outras, recomendam a conversão da prisão em flagrante em preventiva: I – haver provas que indiquem a prática reiterada de infrações penais pelo agente; II – ter a infração penal sido praticada com violência ou grave ameaça contra a pessoa; III – ter o agente já sido liberado em prévia audiência de custódia por outra infração penal, salvo se por ela tiver sido absolvido posteriormente; IV – ter o agente praticado a infração penal na pendência de inquérito ou ação penal; V – ter havido fuga ou haver perigo de fuga; ou VI – haver perigo de perturbação da tramitação e do decurso do inquérito ou da instrução criminal, bem como perigo para a coleta, a conservação ou a incolumidade da prova. (BRASIL, 2024)*

E, já no art. 312 do referido Código, há a proposta de inclusão do § 3º, in verbis:

> *§ 3º Devem ser considerados na aferição da periculosidade do agente, geradora de riscos à ordem pública: I – o modus operandi, inclusive quanto ao uso reiterado de violência ou grave ameaça à pessoa ou quanto à premeditação do agente para a prática delituosa; II – a participação em organização criminosa; III – a natureza, a quantidade e a variedade de drogas, armas ou munições apreendidas; ou IV – o fundado receio de reiteração delitiva, inclusive à vista da existência de outros inquéritos e ações penais em curso. § 4º É incabível a decretação da prisão preventiva com base em alegações de gravidade abstrata do delito, devendo ser concretamente demonstrados a periculosidade do agente e seu risco à ordem pública, à ordem econômica, à regularidade da instrução criminal e à aplicação da lei penal, conforme o caso." (Brasil, 1941)*

As referidas alterações tem como objetivo afastar a aplicabilidade da garantia da ordem pública de maneira genérica e indiscriminada. Com base nas possíveis alterações busca-se utilizar o fundamento da garantia da ordem pública de maneira mais assertiva e concreta a fim de evitar as prisões ilegais.

Carência de limite temporal

Mesmo após as reformas da Lei n. 12.403 de 2011, ainda não haviam prazos claramente demarcados, sendo necessária uma interpretação individual por parte dos magistrados. Ação esta, que por mera dedução, nos leva a afirmar que não garante segurança jurídica alguma para a pessoa do acusado quanto para a sociedade.

Em 2019, o Pacote Anticrime introduziu nova mudança. Criou-se limite temporal mais claro para a prisão preventiva. A nova grafia do art. 316 do CPP passou a exigir uma reavaliação da prisão preventiva a cada 90 dias, sob pena de nulidade. Esse dispositivo almeja garantir que a permanência da prisão não ocorra de forma automática, mas seja periodicamente revisada à luz de novos elementos ou mudanças no processo.

Conforme art. 316, parágrafo único: "Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal". (Brasil, 1941) Esta é a única disposição quanto ao prazo. Não há um termo final quanto a prisão, mas um prazo para reanálise a fim de manutenção ou renovação da medida imposta.

É plausível indagar acerca da real efetividade e a falta de celeridade processual. Sobre o tema, o STF ao julgar ADI 6581/DF e ADI 6582/DF, de relatoria do Ministro Edson Fachin, em 2022, que deu ensejo ao Informativo 1046 do STJ : "O transcurso do prazo previsto no parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal (CPP) não acarreta, automaticamente, a revogação da prisão preventiva e, consequentemente, a concessão de liberdade provisória". Tal entendimento, quando analisado de forma minuciosa, abre o seguinte questionamento: além de morosidade na prestação jurisdicional, pode o sujeito ficar a mercê de inércia da reanálise, tendo o seu direito cerceado?

A dúvida parece insignificante, porém quando analisa-se sob a ótica dos princípios constitucionais, pode haver o entendimento de que há um descaso quanto ao instituto. Pois além de não contar com o termo final para o cumprimento está sujeito a demora inerente do sistema judiciário. Quesito importante tratando-se de um bem inerente à pessoa do acusado: direito à liberdade, que se abre para presunção de inocência e tempo razoável de duração do processo. Tendo em vista que ainda não houve trânsito em julgado de sentença condenatória, muito menos o exaurimento da via recursal.

Os reflexos do julgamento das ADI's 6581 e 6582

A Ação direta de Inconstitucionalidade 6581 foi protocolada em 13/10/2020, pelo Diretório Nacional do Partido Trabalhista Brasileiro - PTB. A ADI teve como relator o Ministro Edson Fachin e como redator do Acórdão o Ministro Alexandre de Moraes. Em 16 de outubro de 2020 foi apensado aos autos a ADI n. 6.582, pois foi averiguada a identidade temática. Desta forma foram discutidas e julgadas conjuntamente e foi adotado o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/99. Isso significa dizer que a controvérsia deve ser decidida de forma definitiva no Plenário, que é formado por 11 ministros reunidos.

O objetivo principal da ADI 6581, proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro, era tornar o parágrafo único do art. 316 do CPP inconstitucional. Demonstrando a afronta aos direitos fundamentais e constitucionais quando há a inobservância do prazo de 90 dias para a reanálise da medida aplicada. Já a ADI 6582, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, buscou demonstrar que a aplicação do parágrafo único do art. 316 é divergente em todos os Tribunais do Estado. Divergência está presente na arguição de juiz competente, o momento processual correto para a revisão e a peremptoriedade do prazo nonagesimal.

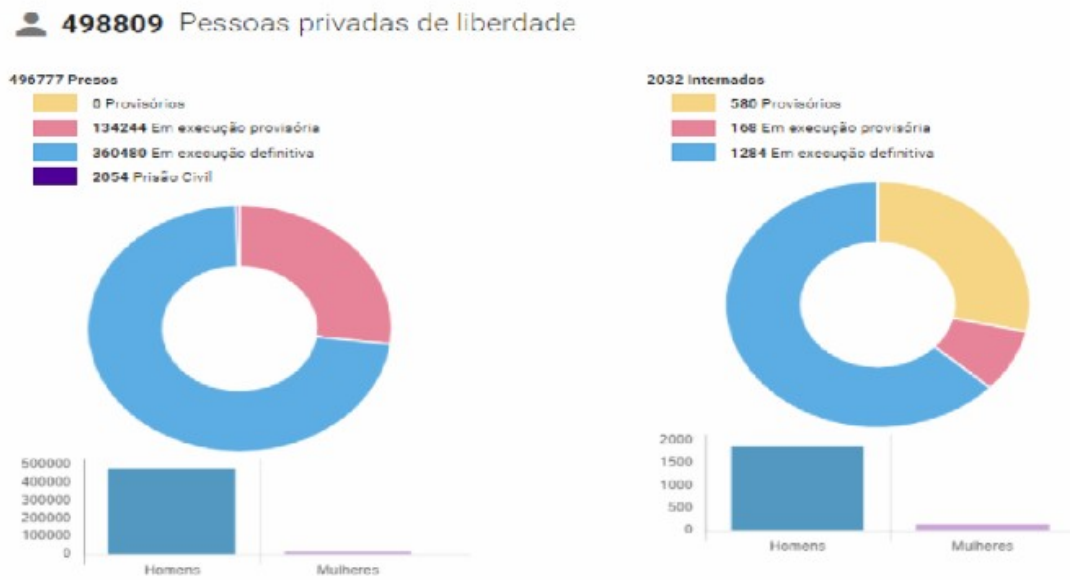
Logo, os pedidos foram procedentes em parte: negando a inconstitucionalidade do art 316, parágrafo único, mas demonstrando a real interpretação do artigo. Em 11/05/2024 o acórdão transitou em julgado. A partir deste percurso houve o questionamento acerca da celeridade do processo penal. Desta forma não há a prestação jurisdicional, pois a inobservância do prazo legal para que seja feita a manutenção da prisão gera apenas o transcurso do tempo e a pessoa do acusado fica com o seu direito de defesa cerceado, em desconformidade aos preceitos constitucionais.

Porque além de morosidade na prestação jurisdicional, pode o sujeito ficar a mercê de inércia da reanálise. Desta maneira, urge citar que o debate acerca da aplicabilidade do termo final e manutenção em conformidade ao lapso temporal de 90 dias para a aplicação da medida preventiva é contemporâneo e relevante.

Números da prisão preventiva conforme o Conselho Nacional de Justiça

Em 2024, o Brasil tem 498.809 pessoas encarceradas. Deste total, 134.244 são presos provisórios, que são aqueles apenados aguardando julgamento e não possuem condenação definitiva, representando o total de 27%, conforme dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP). A proporção de presos provisórios continua sendo um ponto crítico do sistema prisional brasileiro, indicando desafios na celeridade processual e no uso excessivo da prisão preventiva, o que é corroborado pelo levantamento abaixo:

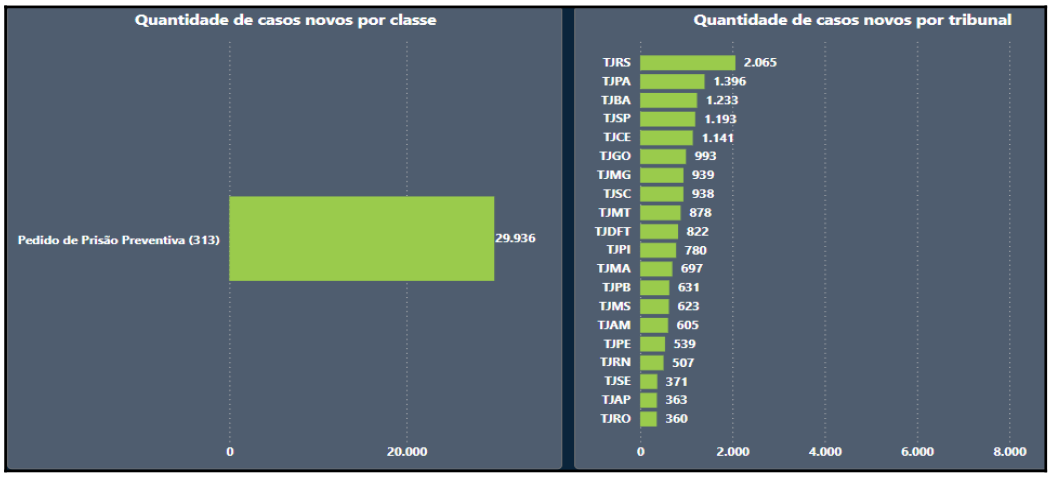
Figura 1: Pessoas Privadas de Liberdade



Fonte: BNMP, 2024

No relatório do Conselho Nacional de Justiça no ano de 2024, até o final de agosto do referido ano, foi realizado o levantamento acerca dos pedidos de prisão preventiva em cada Tribunal de Justiça, foram feitos 29.936 pedidos, conforme segue abaixo:

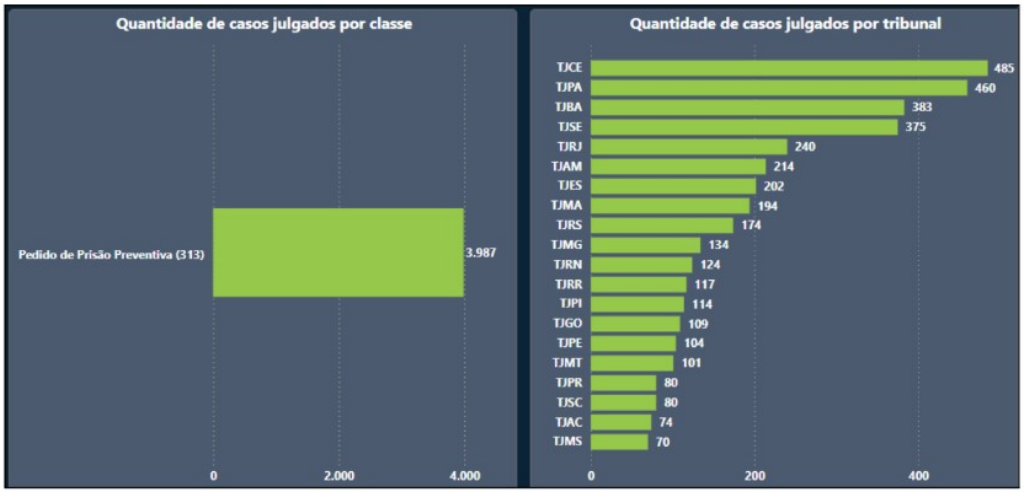
Figura 2: Quantidade de casos novos



Fonte: CNJ, 2024.

Porém, na contramão disso somente 3.987 casos foram julgados:

Figura 3: Quantidade de casos julgados

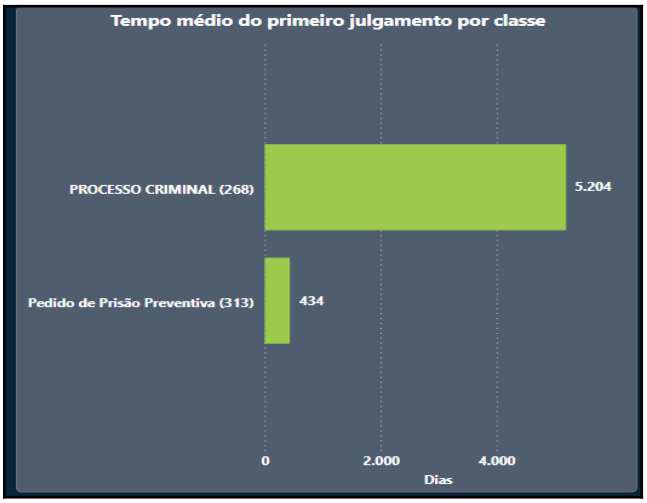


Fonte: CNJ, 2024.

Desta enorme monta de pedidos, foi feito o levantamento acerca de qual é o impacto de tais pedidos no judiciário. E foi constatado que refere-se a 61,81%. O que nos leva a conclusão de que há sim a morosidade judiciária na apreciação e manutenção da medida imposta.

E, referente a prisão preventiva do ano de 2024, foi feito o levantamento acerca do tempo de tramitação do primeiro despacho, que leva em média 434 dias para a sua análise inicial e julgamento primário:

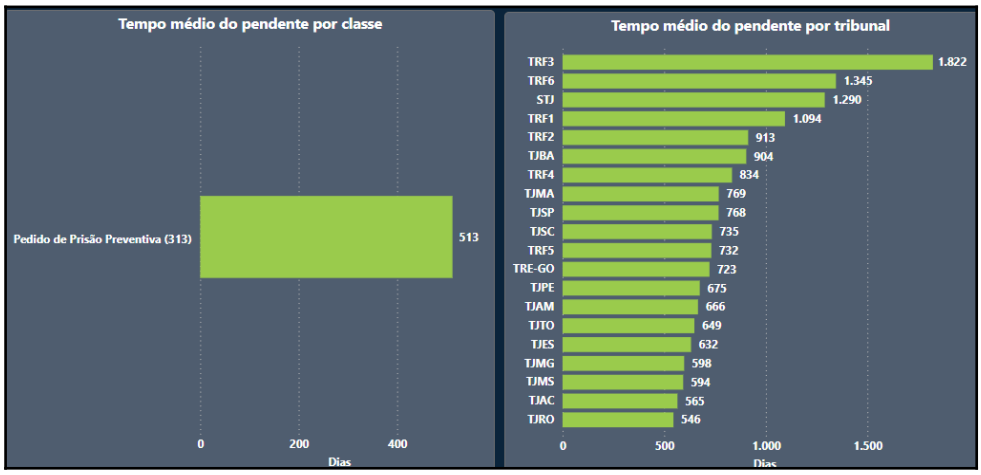
Figura 4: Tempo médio do primeiro julgamento



Fonte: CNJ, 2024.

Por fim, o último relatório demonstra o tempo médio de tramitação da Prisão Preventiva. Em média, em todos os tribunais este prazo supera um ano de tramitação:

Figura 6: Tempo médio do pendente



Fonte: CNJ, 2024.

A partir destes dados pode-se perceber todas as nuances da aplicabilidade da prisão preventiva e como ela tramita no judiciário. Justamente para convergir os dados com os objetivos principais do trabalho: aplicabilidade da prisão preventiva com base no fundamento da garantia da ordem pública e a problemática do prazo convergindo com a demora na apreciação e manutenção da medida imposta.

Conclusão

A presente pesquisa buscou discutir, com rigor teórico e prático, a aplicação, manutenção e os limites da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase nos impactos que gera no processo penal sob a ótica dos direitos humanos e da presunção de inocência. Partiu-se do pressuposto de que a prisão preventiva, enquanto medida cautelar, não pode ser confundida com uma antecipação de pena, exigindo critérios claros e específicos para sua decretação, sempre em consonância com os princípios constitucionais e penais vigentes.

Debateu-se sobre o princípio da presunção de inocência frente às nuances da decretação da Prisão Preventiva. Devendo ser observada de maneira primária a fim de ser utilizada como um contraponto essencial às restrições cautelares impostas pelo Estado. E, além disso, buscou fazer uma análise crítica acerca de como são utilizados os requisitos legais e respeito ao prazo de 90 dias para a reanálise e possível manutenção da medida imposta.

A prisão preventiva, portanto, deve ser utilizada de forma excepcional, preservando a liberdade do indivíduo sempre que possível por

meio de medidas cautelares alternativas, presentes no art 319 do CPP. No entanto, constatou-se que a aplicação indiscriminada dessa medida tem gerado preocupações a segurança jurídica, especialmente pela utilização da garantia da ordem pública, reflexa ao in dubio pro societate, para a decretação e manutenção da prisão preventiva, relativizando a presunção de inocência em favor da proteção da sociedade.

A pesquisa evidenciou que o uso adequado dessas medidas alternativas é crucial para garantir o equilíbrio entre a necessidade de proteção social e a preservação das garantias fundamentais do indivíduo. Assim, reforça a necessidade de uma aplicação como *ultima ratio* e criteriosa da prisão preventiva, respeitando a função instrumental da medida e os princípios fundamentais que regem o direito penal brasileiro, para que se evite o encarceramento abusivo e se promova uma justiça concreta.

Referências

AVENA, Norberto. Processo Penal. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. Acesso em: 18 set. 2024.

BONFIM, Edilson M. Curso de processo penal. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2024. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm >. Acesso em 18 set. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Dados das inspeções nos estabelecimentos penais:dados das inspeções nos estabelecimentos penais. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 21 outubro. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Portal do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões. Disponível em: https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas. Acesso em: 21 out. 2024.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: artigos 1º a 120 do Código Penal. v. 1. 26. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2024. Acesso em: 09 out. 2024.

JÚNIOR, Aury L. Direito processual penal. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024. Acesso em: 01 maio 2024.

LIMA, Alberto Jorge Correia de B. Direito Penal Constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais. 1. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. Acesso em: 08 out. 2024.

Desafios Constitucionais: Dificuldade Da Mulher No Mercado De Trabalho e a Demissão Pós-Licença Maternidade no Contexto Jurídico

Constitutional Challenges: Women's Struggles in the Job Market and Post-Maternity Leave Dismissal in the Legal Context

Myreli Soares Frey
Bacharel em Direito pela Faculdade IDEAU, campus Passo Fundo/RS.
frey.myreli@outlook.com

O artigo propõe investigar a desigualdade enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho, com foco especial nas dificuldades após a licença maternidade. Inicia-se com um contexto histórico desde a inclusão das mulheres no mercado de trabalho em 1934, destacando seu aumento de participação a partir dos anos 1980 e os desafios enfrentados, como a disparidade salarial. Apesar do avanço educacional feminino, a diferença salarial persiste. A pesquisa levanta a hipótese de que a aplicação do princípio da igualdade de oportunidades pode abordar essa dificuldade, garantindo acesso equitativo a emprego, promoção e remuneração.A metodologia adotada é hipotético-dedutiva, utilizando pesquisa jurisprudencial e estudo de caso. O método de abordagem é qualitativo, visando compreensão profunda do fenômeno. A pesquisa é dividida em duas seções: a primeira aborda demissões pós-licença parental e suas causas, como a depressão pós-parto, enquanto a segunda discute a desigualdade salarial entre gêneros. Conclui-se que apesar dos avanços legislativos e sociais, persistem desafios significativos para as mulheres no mercado de trabalho, especialmente após a licença maternidade e na questão salarial. São necessárias políticas públicas mais eficazes e uma abordagem ampla para promover a igualdade de gênero no ambiente profissional.

Palavras-chave: desigualdade de gênero; disparidade salarial; igualdade de oportunidades; licença maternidade; mercado de trabalho.

The article proposes to investigate the inequality faced by women in the job market, with a special focus on the challenges after maternity leave. It begins with a historical context starting from the inclusion of women in the workforce in 1934, highlighting their increased participation since the 1980s and the challenges faced, such as wage disparity. Despite advances in women's education, the wage gap persists. The research hypothesizes that the application of the principle of equality of opportunities can address this issue, ensuring equal access to employment, promotion, and remuneration. The methodology adopted is hypothetical-deductive, using jurisprudential research and case studies. The approach is qualitative, aiming for a deep understanding of the phenomenon. The research is divided into two sections: the first addresses post-parental leave dismissals and their causes, such as postpartum depression, while the second discusses gender wage inequality. The

conclusion is that despite legislative and social advancements, significant challenges remain for women in the job market, especially after maternity leave and in the wage gap. More effective public policies and a broad approach are needed to promote gender equality in the professional environment.

Keywords: gender inequality; wage disparity; equality of opportunities; maternity leave; job market.

Introdução

O presente artigo propõe o estudo do seguinte tema: a desigualdade da mulher no mercado de trabalho. Esse tema se mostra importante, especialmente porque muitas mulheres são reprimidas, possuem um salário desigual, referente a outro gênero, além de tudo, após se tornarem mães tem a pressão do trabalho, em não serem demitidas após licença maternidade.

Para melhor compreensão da temática, é importante apresentar um breve contexto. Nota-se que essa questão está presente na sociedade brasileira desde que a mulher pode ingressar no mercado de trabalho em meados de 1934, após a elaboração da Constituição Federal. A partir de 1980 a mulher começou a participar de forma efetiva no mercado de trabalho, devido aos movimentos políticos e sociais da época, incentivou a mulher a trabalhar e estudar mais. Como também, a estagnação econômica do mercado e elevada inflação em 1990 que reforçaram também uma maior participação das mulheres, para evitar um empobrecimento familiar. Percebe-se que as mulheres possuem muito mais educação nos dias atuais do que a 30 anos atrás., porém, ainda que elas possuam mais estudo que os homens, existe uma grande diferenciação salarial para um mesmo cargo entre ambos os gêneros. Segundo o IBGE em 1991 a renda das mulheres equivalia a 63,1% da dos homens. Já em 2000 essa relação subiu para 71,5%, reduzindo-se a igualdade entre homens e mulheres Com base nessa breve explanação, é possível perceber a necessidade de se discutir o assunto no âmbito jurídico. O problema da pesquisa que se levanta, inclusive, é a dificuldade da mulher no mercado de trabalho, após a licença maternidade. Este problema se apresenta em razão da falta de lei correspondente e deficiência de leis públicas.

As principais vítimas afetadas pelo problema levantado são mulheres após a licença maternidade. Partindo desse cenário, é possível perceber alguns desdobramentos jurídicos em torno desta questão, como por exemplo: são a demissão da mulher após licença parental como direito do empregador, de forma legal.

Diante do problema de pesquisa levantado, tem-se a seguinte hipótese . Fundamenta-se a hipótese indicada na seguinte ideia: um princípio importante que pode ser aplicado para abordar a dificuldade das mulheres no mercado de trabalho é o da igualdade de oportunidades. Isso significa garantir que homens e mulheres tenham acesso equitativo a oportunidades de emprego, promoção e remuneração justa, independentemente do gênero. Para promover a igualdade de oportunidades, podem ser implementadas políticas e práticas que combatam o preconceito e a discriminação de gênero.

Acerca dos objetivos, o objetivo geral desta pesquisa é a presente pesquisa está voltada em buscar meios para solucionar a insuficiência da lei. O objetivo geral se dá em analisar de que forma a regulamentação legal sobre as políticas públicas de manutenção da mulher no regresso

ao trabalho, após a licença parental, podem atuar no problema.

A fim de alcançar referido objetivo, a pesquisa se desenvolveu a partir dos seguintes objetivos específicos: a)comparar diferenças étnicas para verificar qual possui a maior taxa de demissões; b) refletir sobre qual o grau de escolaridade das pesquisadas; c)relacionar e enquadrar meios de reduzir consideravelmente essa discriminação no ambiente de trabalho;d) verificar o conceito de licença parental; e)buscar legislações correlatas ao tema, a exemplo da lei civil e da lei da Consolidação das Leis de Trabalho; f)analisar de forma critica projetos de lei existente sobre as mulheres no mercado de trabalho;

Ressalta-se que os objetivos elencados acima foram utilizados para a composição das seções e subseções deste artigo.

No que diz respeito à metodologia utilizada, o tipo escolhido foi hipotético dedutivo. Isso porque, isso porque será analisado por meio de pesquisa jurisprudencial e pessoas que foram demitidas após licença parental. Por fim, o método de procedimento será um estudo de caso. Tal método se mostra pertinente pois através deste meio se conseguirá um resultado coerente.

Quanto ao método de abordagem, escolheu-se o qualitativa em razão de ser uma abordagem de pesquisa que se concentra na compreensão profunda e contextual de fenômenos sociais, culturais ou comportamentais. Aqui está uma visão geral de como funciona: Por fim, o método de procedimento eleito foi a abordagem de pesquisa qualitativa, centrada em um estudo de caso para investigar os motivos das demissões de mulheres após a licença parental. O estudo de caso permite uma análise detalhada de uma situação específica e é adequado para investigar questões complexas e multifacetadas.

Esta pesquisa foi dividida em duas seções, da seguinte forma: a primeira seção abordou sobre a dificuldade da mulher após licença parental. O objetivo da segunda seção foi a desigualdade salarial entre gêneros.

A Demissão da Mulher Após Licença Parental e As Dificuldades no Mercado de Trabalho

O objetivo desta seção é abordar e verificar os principais motivos da demissão das mulheres após a licença parental. Para tanto, as ideias foram estruturadas da seguinte forma: no primeiro tópico será abordado uma pesquisa voltada a entender o porquê após a licença maternidade há um aumento de demissões no mercado de trabalho.

História da Mulher e Seus Impactos no Mercado de Trabalho

Inicialmente, cumpre esclarecer como a doutrina define que a mulher até a Revolução Industrial, no século XIX, estava predominantemente no ambiente familiar, realizando tarefas domésticas. Entretanto, ao longo das décadas, houve a intensificação da participação da mulher no mercado de trabalho, tais como: diminuição do percentual de fecundidade, ampliação do grau de instrução e formação profissional, razões econômicas, urbanismo etc.

Nesse sentido, cabe entender que nos dias atuais a mulher é mais participativa que o homem dentro do mercado de trabalho e mesmo que com essa atuação maior, há uma diferenciação entre gêneros, frente a questões, como o fato de gerar uma criança e ter que se ausentar 120 dias no seu trabalho. Porém a Constituição de 1988, no seu artigo 7o inciso XVIII da Constituição Brasileira garante à mulher que tiver filho um período de

remuneração, para a licença-maternidade por 120 dias, sem qualquer tipo de prejuízo em relação ao vínculo empregatício,cargo ou salário.

Segundo os autores Ropke, Mello e Santos, tem-se que:

> *A mulher após a licença maternidade de 120 dias, tem alguns direitos assegurados pela lei para cuidados principalmente com o RN, a sua estabilidade no emprego até que o bebê complete cinco meses e ao aleitamento, com isso a mulher ela tem o direito a ser dispensada do trabalho duas vezes ao dia por pelo menos 30 minutos para amamentar, até que o bebê complete seis meses de idade. Um avanço é que se admite, por força da lei, que os intervalos sejam unidos de modo que a mulher que esteja amamentando posso chegar uma hora mais tarde ou sair uma hora mais cedo do trabalho (et al, RÖPKE, MELLO E SANTOS, 2020)*

Pode-se notar, a partir da definição apresentada, que a mulher tem conseguido após a licença maternidade, se encaixar no mercado de trabalho com leis que auxiliam, na volta ao trabalho, como o fato de poder sair duas vezes ao dia para amamentar.

Além de tudo isso, há também o fator depressão pós parto, que pode levar até de um ano para que consiga solucionar,

> *essa doença bastante presente durante a gestação ou após o parto, a mulher se vê diante de novas circunstâncias, dúvidas, insegurança, ansiedade, falta de companheirismo, tarefas sobrecarregadas, esses são alguns dos fatores que podem contribuir com a depressão pós-parto, a doença pode fazer com que a mulher perca sua referência, trazendo resultados negativos adiando seu retorno à vida profissional, um mal que pode estar afetando uma grande proporção da sociedade. (et al, SILVA e CASAGRANDE, 2019)*

Nesse mesmo sentido, os autores, ponderam que

> *houve uma pesquisa referente aos sentimentos das mães primíparas diante da situação de separação de seus bebês e também os sentimentos em relação aos cuidadores alternativos. Verificaram por intermédio da referida pesquisa que 66% das 47 mães entrevistadas relataram sentimentos negativos no momento da separação de seus bebês, tais como preocupação, apreensão, medo, tristeza e ansiedade.Com base nos achados de Piccinini et al. (2008),pode-se identificar que, de fato, a chegada de um filho interfere tanto positiva como negativamente na vida da mulher, e as atividades profissionais tendem a ficar em segundo plano. (et al, ANDRADE, PRAUN, AVOGLIA, 2018, p.148)*

Nesse formato, além de toda a pressão que as mulheres têm ao voltar ao trabalho após a licença maternidade, tem toda a questão de preocupação com o bem estar da criança, se a criança está bem, pois além da mudança para a mãe é uma mudança para a criança também.

Pesquisas feitas através da Fundação Getúlio Vargas, mostram que no Brasil, cerca de 50% das mulheres, perdem o emprego após o início da licença maternidade. Além disso, metade delas se distancia de seus ambientes de trabalho, já entre os homens, é cerca de 15% após terem filhos. Isso não muda devido ao grau de instrução das mulheres, entre as que têm ensino superior é em torno de 35%, já as com menor escolaridade é de 51%.

Assim, pode se entender que a lei que ampara a mulher na volta ao seu trabalho é insuficiente, até mesmo porque precisa encontrar um meio de auxiliar ainda mais essas mulheres, a voltarem aos seus trabalhos, sem medo de como vai ser o ambiente onde vão trabalhar, além de ter uma segurança psicológica de que seu filho estará bem amparado, seja em uma escola ou com um parente que possa lhe auxiliar.

Feita essa análise, faz-se importante compreender como as leis brasileiras retratam o assunto. Visando elucidar ainda mais a abordagem iniciada, no próximo tópico serão observados os artigos da lei.

O art. 7, inciso XVIII, da Constituição Federal, aborda que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias e o inciso XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Assim, pode se entender que a lei que ampara a mulher na volta ao seu trabalho é insuficiente, até mesmo porque precisa encontrar um meio de auxiliar ainda mais essas mulheres, a voltarem aos seus trabalhos, sem medo de como vai ser o ambiente onde vão trabalhar, além de ter uma segurança psicológica de que seu filho estará bem amparado, seja em uma escola ou com um parente que possa lhe auxiliar.

Desigualdade salarial entre gêneros

A desigualdade entre gêneros acontecem desde o século XIX no qual, a mulher cuidava da casa e dos filhos, a partir da Revolução Industrial, onde os homens tiveram que ir para a guerra, e a mulher encontrou uma forma de ter uma renda para sustentar a família, além de ser uma mão de obra mais barata para as fábricas. Para Perrot (2005), as operárias eram consideradas como “dóceis” pelos patrões, fáceis de manipular, acostumadas a obedecer. Essa visão era reforçada pela fraca organização sindical feminina. As tentativas de greve organizadas pelas operárias tinham pouca adesão feminina e quase nenhuma masculina, sendo rapidamente dispersadas.

Algumas causas que podem contribuir ainda mais para essa diferença salarial entre gêneros

> *estão a heterogeneidade da produtividade dos indivíduos; a discriminação devido à valorização diferenciada de características produtivas idênticas; ou, ainda, a segmentação do mercado de trabalho (quando as ocupações não são igualmente acessíveis entre os indivíduos, apesar de estes serem igualmente qualificados).(BATISTA, CACCIAMALI, p.99, 2009)*

Através de um estudo feito através do PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio, feita em 1995 a diferença salarial entre homens e mulheres é intra ocupacional, e as maiores taxas são na região Sul e Sudeste no país,

também constatou- se que que a “discriminação ocupacional” ocorre em todos os estados, mas está se mostrou mais favoravel as mulheres, pois contribuiu para a redução da diferença salarial. (BATISTA, CACCIAMALI, p.99-100, 2009)

A partir de um estudo feito através da FGV - Fundação Getúlio Vargas, observa-se que nos últimos 30 anos ocorreram muitas mudanças na sociedade e no mercado de trabalho brasileiro. Dentre essas mudanças destacam-se 1) o processo de expansão econômica e urbanização das cidades a partir da década de 70, aumentando a demanda por trabalhadores; 2) mudanças nas normas/convenções sociais e culturais, com transformações nas estruturas das famílias, e divisão das responsabilidades do lar; 3) mudanças sobre os papéis de gênero na sociedade, com as novas gerações mais interessadas em combater as desigualdades existentes e gerar ambientes mais diversos. (FEIJÓ, 2023).

Como pode-se verificar a taxa de participação feminina

> *registrada no 4o trim. de 2022 (52,7%) ainda permanece 1,6 p.p. abaixo do período pré-pandemia (54,3%). Na margem, o indicador também apresentou recuo, ficando 0,7 p.p. abaixo do registrado no 3o trim. de 2022 (53,4%). Isso significa que, em média, de cada dez mulheres em idade para trabalhar, apenas 5 participam do mercado (empregadas ou buscando um emprego). Já entre os homens 7 a cada 10 homens estão na força de trabalho. A baixa proporção de mulheres ofertando sua mão de obra é mais do que uma questão social, é também um problema econômico, pois podem representar talentos em potencial fora da força de trabalho. (FEIJÓ, 2023)*

Logo, observa-se que a taxa de participação masculina voltou para sua tendência, mas a das mulheres ainda não. As mudanças na economia e no mercado de trabalho brasileiro desde a ocorrência da pandemia, com alteração nas demandas por habilidades dos trabalhadores e expansão do auxílio brasil, podem estar contribuindo para um retorno mais lento desse indicador ao nível pré-pandemia. (FEIJÓ, 2023)

Atualmente existem 8,6 milhões de pessoas desocupadas, com 54,4% desse contingente sendo mulheres. A taxa de desemprego é maior entre os que têm nível educacional até o “Ensino Fundamental II Completo” e “Médio Completo”, conforme Tabela 1. Esse padrão ocorre entre os homens e mulheres, mas em níveis diferentes. As taxas de desemprego por nível educacional são maiores entre as mulheres do que entre homens, independentemente do nível de escolaridade analisado. Enquanto a taxa de desemprego entre homens com “Até Ensino Fundamental II Completo” foi de 7,7% no 4o trimestre de 2022, entre as mulheres com o mesmo nível educacional essa taxa foi de 13,4% (ou seja, 5,7 p.p. acima). Isso sugere que mesmo os homens com baixos níveis educacionais conseguem ser absorvidos mais facilmente pelo mercado do que as mulheres com baixo nível educacional.(FEIJÓ, 2023).

Como também a maior diferença entre gêneros ocorre no mesmo nível educacional no mesmo cargo,

> *a sub-representação feminina em cargos gerenciais ainda é uma*

> *realidade no Brasil e no mundo. Apesar de todas as discussões, incentivos e formulações de políticas públicas, a parcela de mulheres ocupando cargos de chefia vem crescendo lentamente, como demonstrado. Entre o 4o trim. de 2012 e 2019, a participação das mulheres em cargos e gerência passou de 37,8% para 39,6%, mas nos últimos três anos não houve melhorias expressivas, com a participação situando-se em 39,2% no 4o trim. de 2022. (FEIJÓ,2023)*

Em 10 anos a mulher conseguiu um aumento de 2.2% dentro dos cargos de gerência, algo que se verifica como teto de vidro, uma barreira invisível que dificulta o acesso das mulheres a níveis mais altos da hierarquia organizacional das empresas. A progressão da carreira feminina dentro da empresa ocorre de forma mais lenta do que a dos homens. Essa barreira aglutina barreiras de natureza legal, social, cultural, educacional, entre outras.

Isso favorece, ainda mais a discriminação salarial, em que mesmo a mulher possuindo as mesmas competências do homem tende a receber um menor salário; e 2) sub-representação feminina em funções de gestão, pois embora tenham as mesmas habilidades e experiências, não ocupam cargos de gestão na mesma proporção que os homens. Ao desagregar os cargos de diretória e gerência ao nível de subgrupo ocupacional, é possível verificar que a sub-representação feminina. As mulheres são maioria apenas em cargos de "dirigentes e gerentes de serviços profissionais". (FEIJÓ, 2023)

Conclusão

Diante do exposto, é evidente que a desigualdade enfrentada pelas mulheres no mercado de trabalho é um problema multifacetado que requer uma abordagem abrangente e comprometida. Ao longo das décadas, houve avanços significativos na participação feminina no mercado de trabalho, com conquistas legislativas importantes, como a licença-maternidade garantida pela Constituição Federal de 1988. No entanto, mesmo com esses avanços, persistem desafios significativos, especialmente no que diz respeito à continuidade da carreira após a licença-maternidade e à igualdade salarial entre gêneros.

A realidade mostra que muitas mulheres enfrentam demissões ou dificuldades para se reintegrarem ao mercado de trabalho após esse período, e a diferença salarial entre homens e mulheres ainda é uma realidade alarmante. A análise das leis existentes revela lacunas e insuficiências que precisam ser abordadas para garantir uma proteção efetiva dos direitos das mulheres no mercado de trabalho. É importante buscar soluções que promovam a igualdade de oportunidades, combatam a discriminação de gênero e proporcionem um ambiente de trabalho mais inclusivo e igualitário. Além disso, a questão da representatividade feminina em cargos de liderança também merece atenção, pois a sub-representação das mulheres nesses cargos contribui para a perpetuação da desigualdade salarial e cria uma barreira adicional ao avanço profissional das mulheres.

Diante desse cenário, é fundamental que sejam implementadas políticas públicas e práticas empresariais que incentivem a equidade de gênero, a valorização do trabalho feminino e a promoção de ambientes de trabalho mais justos e inclusivos. Somente através de um esforço conjunto da sociedade, do setor privado e do poder público será possível superar os obstáculos

e construir um mercado de trabalho verdadeiramente igualitário e justo para todas as pessoas, independentemente do gênero.

Referências

ANDRADE, Cristiano de Jesus, PRAUN, Lucieneida Dováo, AVOGLIA, Hilda Rosa Capelão. O sentido do trabalho para mulheres após a licença maternidade: um estudo com profissionais de educação. Disponível em: https://ojs.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/33900/24908

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

BORGES, Waleska, PEREIRA, Rosangela Saldanha, SANTOS, Daniele Almeida dos. A mulher no Mercado de Trabalho. Disponível em: https://www.-joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppII/pagina_PGPP/programa%C3%A7%C3% A3o/321waleska_Rosangela_Danielle.pdf

CASAGRANDA, Yasmin Gomes, SILVA, Nadia Thomaz da. MULHERES: Reintegração ao mercado de trabalho após a licença maternidade. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Yasmin-Casagranda/publication/339935628_Women_Re integration_to_the_labor_market_after_maternity_leave/links/5e7ba4b0a6fdcc139c018357/ Women-Reintegration-to-the-labor-market-after-maternity-leave.pdf

GARCIA Carla Fernandes, VICIELLI, Juliana. Implicações do Retorno ao trabalho após licença maternidade na rotina e no trabalho da mulher. Disponível em: https://www.scielo.br/j/fractal/a/4zVSP8j3SKn9Rf9TtNvzWzn/#

MACHADO, Cecilia, NETO, V, Pinho. The Labor Market Consequences of Maternity Leave Policies: Evidence from Brazil. Disponível em: https://portal.fgv.br/sites/portal.fgv.br/files/the_labor_market_consequences_of_maternity_leave_policies_evidence_from_brazil.pdf

PAZZINI, Erica de Souza, VARINI, Kethellem Romera, CARRILHO, Patrícia Favalli. Fatores de demissão de mulher após licença maternidade. Disponível em: https://revista.grupofaveni.com.br/index.php/revista-eletronica-ciencia-tecno/article/view/525 /464

RODRIGUES, Paulo Jorge, MILANI, Débora Raquel da Costa, CASTRO, Laura Laís de Oliveira, CELESTE FILHO, Macioniro. O TRABALHO FEMININO DURANTE A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/o-trabalho-femi nino_paulo-jorge-rodrigues.pdf

Reificação Através do Trabalho: Uma Análise do Sujeito de Direitos na América-Latina

Reification Through Labor: An Analysis of the Subject of Rights in Latin America

Rodrigo Santos Guimarães
Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Recôncavo Baiano. Bacharel em Direito pela Universidade Salvador.
rodrigoguimarasantoss@gmail.com

O presente artigo tem como objetivo analisar o sujeito de direito na América Latina, analisando como a reificação e a superexploração da mão de obra refletem a posição subordinada da classe trabalhadora no capitalismo global.Fruto de uma pesquisa de abordagem qualitativa e natureza bibliográfica, o presente trabalho, utiliza como base as teorias do filósofo crítico Axel Honneth acerca da reificação,como principal forma de entender como a objetivação do indivíduo superexplorado no capitalismo dependente latino americano, bem como os apontamentos de Ruy Mauro Marini e Florestan Fernandes para entender o surgimento da classe trabalhadora na América Latina e como funciona sua exploração mediante o capitalismo global. Ao fim do trabalho, concluímos que o contexto latino americano, devido , o por ter sua base na exploração intensiva e extensiva da força do trabalho assalariado, reduzindo apenas a uma ferramenta para reduzir a composição-valor do capital e o processo de reificação por meio da transformação do indivíduo em sujeito de direito não apenas desumaniza o indivíduo, mas também potencializa a lógica de acumulação do capital, na medida em que o indivíduo é abstraído por seu trabalho, visto somente ferramenta para valorização do capital.

Palavras-chave: Capitalismo; reificação; superexploração; dependência; Axel Honneth.

This article aims to analyze the subject of law in Latin America, analyzing how the reification and super-exploitation of labor reflect the subordinate position of the working class in global capitalism. As a result of research with a qualitative approach and bibliographic nature, the present work, uses as a basis the theories of the critical philosopher Axel Honneth on reification, as the main way of understanding how the objectification of the super-exploited individual in Latin American dependent capitalism, as well as the notes of Ruy Mauro Marini and Florestan Fernandes to understand the emergence of the class worker in Latin America and how her exploitation works through global capitalism. At the end of the work, we concluded that the Latin American context, due to having its base in the intensive and extensive exploitation of the strength of salaried labor, reducing it to just one tool to reduce the value-composition of capital and the process of reification through The transformation of the individual into a subject of law not only dehumanizes the

individual, but also enhances the logic of capital accumulation, to the extent that the individual is abstracted by their work, seen only as a tool for valuing capital.

Keywords: capitalism; reification; surexploitation;dependency; Axel Honneth.

Introdução

A análise da condição do sujeito de direitos e da superexploração da mão de obra na América latina como forma de reificação entre a complexa interação entre surgimento da classe trabalhadora na América Latina e sua posição perante o capitalismo global. A teoria crítica, a reificação é entendida como o processo pelo qual as relações sociais se transformam em objetos, despersonalizando e instrumentalizando os indivíduos na lógica capitalista. Quando se trata dos direitos dos trabalhadores, essa reificação transforma o "sujeito de direitos" em um "objeto" submetido à dinâmica da produção e à lógica do capital, muitas vezes esvaziando o conteúdo desses indivíduos e transformando em meros objetos do capital.

No contexto latino americano, superexploração da mão de obra, discutida amplamente por autores da Teoria Marxista da Dependência, como Ruy Mauro Marini e Agustín Cueva, demonstra a principal característica estrutural do capitalismo dependente: a extração do mais valor perante jornadas exaustivas e aumento da intensidade do trabalho. Assim, perpetuando a dinâmica de exclusão econômica e social do indivíduo, pois uma vez subjetivado juridicamente e superexplorado, o indivíduo se abstrai de sua identidade, se tornando apenas um objeto para extração do mais-valor .

Dessa maneira, o presente artigo tem como objetivo investigar reificação e a superexploração da mão de obra influenciam o entendimento e do "sujeito de direitos" na América Latina. análise busca revelar o modo como essas condições estruturais apartam indivíduo da sociedade os ratificando, assim abstraindo desses indivíduos a sua identidade perante a sociedade

Direito e Política

A relação entre direito e política no capitalismo é muito mais densa e íntima, com a ascensão da burguesia e a mudança para o modo de produção capitalista, surge o direito como uma das formas sociais necessárias para reprodução do capitalismo, transformando o indivíduo em sujeito de direitos, capaz de realizar contratos jurídicos e portanto vender sua força de trabalho para que então consigam ser agente de trocas de mercadorias, o direito se materializa também através de seus aparatos coercitivos como principal forma de proteção às relações mercantis, portanto podemos dizer que "o mesmo modo que a riqueza se assume a forma de uma enorme coleção de mercadorias, a sociedade se apresenta também como uma cadeia ininterrupta de relações jurídicas" (Pachukanis, 2019, p.97).

Enquanto a forma jurídica surge da transformação do indivíduo em sujeito de direitos, a forma política surge como forma de assegurar os vínculos capitalistas, através de um terceiro aparato, o Estado, esse alheio às relações econômicas e de trabalho, que atua como garantidor das relações capitalistas. Todavia a forma política estatal não nasce tal como o Estado se apresenta nas relações capitalistas, mas "quando o tecido social , necessariamente, institua e seja instituído, reproduza e seja reproduzido, compreenda-se e seja compreendido, a partir dos termos da forma-mer-

cadoria e também da forma jurídica" (Mascaro, 2013, p.24-25)

Podemos, portanto, dizer também que para a forma política ser identificada em relações capitalistas, dotados pelo antagonismo de classes e pelo trabalho assalariado, como bem explica Alysson Leandro Mascaro

> *"A forma política estatal deve ser buscada no seu interior e em suas instituições próprias, para o reconhecimento de sua manifestação imediata, mas só pode ser identificada estruturalmente mediante a sua posição no conjunto da reprodução das relações sociais capitalistas. É justamente tal elemento externo a si que lhe dá identidade" (Mascaro, 2013, p.27)*

Não obstante, podemos afirmar que a forma política, essa representada pelo Estado, firma-se quando as relações sociais se tornam relações jurídicas, o Estado, este dotado de personalidade jurídica, sendo concebido como Estado de direito, o qual se apresenta como a "vontade geral" impessoal que de forma coercitiva se faz valer os contratos jurídicos, podemos então dizer que o Estado e o direito atuam paralelamente e dialeticamente, onde os agentes produtores se apresentam perante a sociedade capitalista como sujeitos de direito, podendo estes realizarem vínculos jurídicos protegidos pelo aparato estatal.

Sujeito de Direito

Conforme explicado anteriormente, os agentes produtores da sociedade capitalista se apresentam, no modo de produção capitalista, como sujeitos de direitos. Uma vez que o direito é uma relação social advinda do capitalismo, ela se torna uma relação entre portadores de mercadorias (Pachukanis, 2017,p. 95), assim uma vez que surge a necessidade da comercialização de mercadorias, ocorre também a necessidade de sujeitos que possam comercializá-las, como explica Marx (2023, p.159)

> *Para relacionar essas coisas umas com as outras como mercadorias, seus guardiões têm de estabelecer relações uns com os outros como pessoas cuja vontade reside nessas coisas e que agir de modo tal que um só pode se apropriar da mercadoria alheia e alienar a sua própria mercadoria em concordância com a vontade do outro, portanto, por meio de um ato de vontade comum a ambos. Eles têm, portanto, de se reconhecer mutuamente como proprietários privados.*

Portanto, à medida que a mercadoria rege as relações sociais no modo de produção capitalista, o sujeito de direitos emerge como consequência dessas relações. Ele não apenas atua como guardião da forma mercadoria, mas também se configura como um ser abstrato, desprovido de particularidades concretas, conforme Pachukanis (2017, p. 121) explicita.

> *Como consequência da diversidade natural de propriedades úteis, um produto aparece na forma mercadoria apenas como um simples invólucro do valor, e os aspectos concretos do trabalho humano abstrato como criador de valor - do mesmo modo que a diversidade concreta de relações do homem com as coisas surge como vontade abstrata do proprietário e todas particularidades concretas que diferenciam um repre-*

> *sentante da espécie homo sapiens de outra diluem-se na abstração do homem em geral como sujeito de direitos.*

Dessa maneira, assim como a mercadoria se valoriza, seus guardiões tornam-se sujeitos de direitos, abstraindo-se de suas particularidades e estabelecendo relações sociais impessoais, o que lhes garante uma igualdade jurídica formal. Essa igualdade formal permite que sejam reconhecidos como sujeitos de direitos perante outros, possibilitando a circulação de mercadorias e a venda de sua força de trabalho, necessária para produção de mercadorias, Portanto

> *O fetichismo da mercadoria se completa com o fetichismo jurídico [...]. Somente em situações de economia mercantil nasce a forma jurídica abstrata, ou seja, a capacidade geral de possuir direitos se separa das pretensões jurídicas concretas. Somente a transferência contínua de direitos que tem no mercado cria a ideia de um portador imutável. No mercado, aquele que cobria simultaneamente se obriga. Ele passa a todo momento da posição de credor à posição de obrigado. Dessa maneira, cria-se a possibilidade de abstrair todas as diferenças concretas entre sujeitos de direitos e reuni-los sob um único conceito genérico (Pachukanis, 2017, p.124-125)*

Uma vez que revestido por uma igualdade formal, conforme dito anteriormente, o sujeito de direitos, também é adquire o caráter de trabalhador assalariado, afinal somente como sujeito de direitos, o indivíduo, dentro do modo de produção capitalista, é capaz de contrair obrigações e firmar contratos, dentre eles o contrato de trabalho, vendendo portanto sua força de trabalho. Afinal a relação capitalista de exploração só pode ser mediada através do contrato.

Destarte, podemos afirmar que a compra e venda da mão de obra assalariada, surge como consequência da liberdade do sujeito ser proprietário de si, de tal maneira que o sujeito e objeto se confundem na forma sujeito de direito, afinal "o homem deve ser simultaneamente sujeito e objeto de direito. O sujeito deve realizar-se no objeto e o objeto no sujeito" (Edelman, 1976,p.94).

Sujeito de Direitos na América Latina

Conforme mencionado anteriormente, o sujeito de direitos surge como consequência do modo de produção capitalista. Uma vez que somente no capitalismo o indivíduo é revestido como sujeito livre, portador e possuidor de mercadorias, capaz de contrair ou ceder obrigações jurídicas, dentre elas vender /alienar sua força de trabalho.

Na América Latina, a formação do sujeito de direitos adquire contornos específicos em função da própria estruturação do capitalismo na região, que difere dos países de capitalismo central. A inserção latino-americana no sistema capitalista mundial ocorre em um momento em que o capitalismo já se encontrava em sua fase imperialista, caracterizada por monopólios. Nessa fase, a exploração dos países periféricos torna-se essencial para a manutenção e o desenvolvimento das forças produtivas do sistema capitalista (Cueva, 2023, p.81).

Diante de tal formação histórica, a relação entre a América Latina e os países do centro capitalismo se inserem mediante uma estrutura de dependência, amparadas pela divisão internacional do trabalho, dessa forma

> *Em outros termos, é a partir de então que se configura a dependência, entendida como uma relação de subordinação entre nações formalmente independentes, em cujo marco as relações de produção das nações subordinadas são modificadas ou recriadas para assegurar a reprodução ampliada da dependência. A consequência da dependência não pode ser, portanto, nada mais do que maior dependência, e sua superação supõe necessariamente a supressão das relações de produção nela envolvida.(Marini, 2022, p.171)*

Ademais, devido à própria dinâmica do capital dependente latino-americano, que busca atender tanto à burguesia local quanto à internacional, a sociedade de classes na América Latina mantém uma relação estreita com esse modelo econômico. Isso ocorre porque a burguesia latino-americana opta por fortalecer o capitalismo dependente, já que essa estrutura garante benefícios específicos, como a manutenção de sua posição de poder e o acesso a mercados globais. Mesmo com o rompimento do regime colonial e a transição para o capitalismo, os vínculos com os países centrais do capital permanecem profundamente enraizados, reforçando essa dependência.

Por consequência, a base econômica da sociedade de classes latino-americana reproduz os vícios inerentes ao capitalismo dependente, sustentando o crescimento de uma ordem social competitiva e imposta, que serve como fonte de legitimação das relações jurídico-políticas da sociedade como um todo. Ao mesmo tempo, essa base econômica dependente carece de potencialidades que possam romper com a dinâmica de subordinação imposta pelos países centrais do capitalismo, perpetuando assim a condição de dependência (Fernandes, 2009, p.66).

Dessa forma, para seja mantida a sua base econômica dentro do capitalismo dependente, as relações de trabalho arcaicas e modernas se aglutinam, para maximizar o lucro do capitalista, neste sentido exemplifica Florestan Fernandes (2009, p.67)

> *O que importa, no conjunto, não é a existência do arcaico e do moderno, seu grau de visibilidade e os mundos superpostos que evidenciam. Mas, o modo pelo qual as transformações sucessivas do mercado e do sistema de produção encadeiam a persistência de estruturas socioeconômicas herdadas do passado com a formação de estruturas socioeconômicas novas*

Portanto, diante do modo de produção capitalista latino-americano, a ordem social se configura para entender as necessidades dele. Conforme descreve Florestan Fernandes (2009), a ordem social criada pelo modo de produção capitalista, na américa latina, inicialmente favorece coloniais privilegiados, representantes de empresas estrangeiras e comerciantes locais em ascensão, organizando-se segundo critérios econômicos, sociais e culturais que sustentam uma acumulação pré-capitalista. No segundo momento, concilia as funções classificatórias do mercado com critérios estamentais, iniciando uma revolução social marcada pela mercantilização do trabalho, embora aristocratas e burgueses passem a se mesclar, disfarçando a nova plutocracia baseada no dinheiro e nas alianças externas. Em seu terceiro estágio, o capitalismo dependente assume um caráter inclusivo, passando a mostrar as suas funções classificadoras.

No terceiro estágio, identificado por Florestan Fernandes (2009), no qual a figura dos su-

jeito de direitos surge no capitalismo dependente latino americano, afinal perante esse período os indivíduos passam a perceber perante ordem capitalista, uma vez que os indivíduos capazes de possuir mercadorias e fazê-las circular passam incluídos perante o modo de produção capitalista, desta maneira

> *As relações de trabalho assalariado convertem a proletarização em fator de classificação social, iniciando-se por aí, concomitantemente (ainda que com tempos distintos e ritmos históricos diferentes), a revolução urbana e a crise da agricultura. O homem da plebe torna-se "gente" e compete com os demais, em diferentes níveis de afirmação de si mesmo e de redefinição dos conceitos de "Povo" (Fernandes, 2009, p.68)*

A proletarização na América Latina, especialmente em um contexto de capitalismo dependente e imperialista, gera implicações importantes para a formação da subjetividade jurídica. O trabalhador latino-americano, ao se reconhecer como sujeito de direitos, adquire não apenas a possibilidade de vender sua força de trabalho, mas também de estabelecer-se como sujeito de direitos e obrigações jurídicas. Esse reconhecimento legal, no entanto, está profundamente marcado pelas condições de superexploração.

Portanto, superexploração do trabalho, como aponta Ruy Mauro Marini (2022), é uma característica própria das economias dependentes, o qual devido às relações de mercado externas, tende a compensar a perda do mais valor, assim utilizando do aumento da intensidade do trabalho juntamente do aumento jornada de trabalho e expropriação de parte do trabalho necessário ao operário para repor sua força de trabalho, amplia a produção de mais-valor sem alterar a produtividade do trabalhador. Devido a tais métodos, a atividade produtiva nos países dependentes latino americanos, baseia-se no uso extensivo da mão da força de trabalho resultando na superexploração da mão de obra assalariada conforme assinala Marini (2022, p.188)

> *Além disso, importa assinalar que, nos três mecanismos considerados, a característica essencial está dada pelo fato de que são negadas ao trabalhador as condições necessárias para repor o desgaste de sua força detrabalho: nos dois primeiros casos, porque lhe é obrigado um dispêndio de força de trabalho superior ao que deveria proporcionar normalmente, provocando assim seu esgotamento prematuro; no último, porque lhe é retirada inclusive a possibilidade de consumo do estritamente indispensável para conservar sua força de trabalho em estado normal. Em termos capitalistas, esses mecanismos (que ademais podem se apresentar, e normalmente se apresentam, de forma combinada) significam que o trabalho é remunerado abaixo de seu valor e correspondem, portanto, a uma superexploração do trabalho.*

Portanto, uma vez que o foco do trabalho somente na exploração do mais-valor, revela uma dinâmica onde o trabalhador perde sua humanidade, passando a ser visto apenas como objeto produtivo, perdendo sua subjetividade humana, sendo dotado somente com a subjetividade jurídica. Podemos então dizer que o sujeito de direitos na américa latina devido ao caráter da superexploração da mão de obra é um indivíduo reificado.

Reificação

O conceito de reificação surge a partir das análises do filósofo hungaro György Lukács. Ao analisar a teoria marxista e processo de fetichização da mercadoria e suas relações pessoais, Lukács propõe que não somente os sujeitos são assimilados pela forma mercadoria,mas também seus objetos(Honneth, 2018, p.34).

Portanto, para o pensamento lukacsiano, a reificação se torna uma "segunda natureza" do ser humanos, pois como consequência da mercantilização da vida humana a outras relações pessoais passam a ser fetichizadas de tal maneira que ultrapassam a esfera econômica indo portanto para relações entre sujeitos, para que isso ocorra,

> *Lukács afirma que, no "comportamento" dos sujeitos, também ocorrem, sob a coerção da troca de mercadorias, transformações que se refere à relação total com a realidade circundante; pois, na medida em que adota continuamente o papel de do parceiro de troca, o ator se torna "espectador impotente" e "complativo" diante daquilo que " se passa com sua própria existência considerada uma partícula isolada, integrada em um sistema estranho (Honneth, 2018,p.35)*

Por essa modificação no comportamento das relações sociais, a reificação, torna-se o "ápice" , segundo Lukács, do modo de produção de capitalista, visto que reificação desconstrói qualquer relação entre humanos, se tornando uma relação entre ser despersonalizados, conforme exemplifica Alysson Mascaro ao analisar o pensamento lukacsiano:

> *Nesse fenômeno fundamental da reprodução capitalista se assenta o deslocamento da humanidade das relações humanas e a assunção de um circuito de engates reificados. A autonomia que se pretende à lógica reificada é oriunda da própria autonomia buscada pelas relações mercantis. Assim sendo, cálculos morais, considerações de caráter humanista, apelos fraternos e mesmo ponderações de justiça social não são mais objetiváveis nesse processo que busca ser fechado, mecânico. A forma mercantil se estende por todas as relações sociais capitalistas.(Mascaro, 2016, p. 462)*

Portanto, Lukács, aborda a reificação como uma problemática meramente economicista, desconhecendo outros fatores que possam modificar o comportamento do ser humano. Para Lukács, o comportamento do ser humano reificado não se trata de uma falha moral que se atenta contra a própria práxis humana, mas sim um fato social. Todavia, apesar de Lukács, ter se afastado do conteúdo moral, sua análise não pode ser apartada de seu conteúdo normativo, visto que ao criticar o processo de reificação, por consequência ele teria adotado um caminho de uma práxis correta (Honneth, 2018, p.39).

Devido ao fim da segunda guerra e os horrores do nazisfascimo, o filósofo Axel Honneth buscou uma atualização do conceito de reificação para as mazelas atuais, para tanto o Honneth, busca uma aproximação também com o pensamento Heideggeriano. Tal aproximação reflete-se o conceito de sorge, em uma livre tradução seria cuidado, o qual propõe uma verdadeira práxis humana, dessa forma o sujeito não é mero observador das relações que está inserido, mas também

seu participante e interlocutor.(Honneth, 2018, p.46).

Ao buscar entender a participação do ser humano mediante ao seu mundo, Honneth, propõe, com base nos escritos de Dewey, que as ações do ser humano com o mundo ao seu redor não são neutras, porém buscadas de forma harmoniosa com esse mundo, tal relação harmoniosa, Honneth (2018, p.57), a chama de reconhecimento. Dessa forma "uma postura de reconhecimento expressa, portanto, uma um apreço pelo significado qualitativo que as pessoas e coisas possuem para efetuação de nossa existência" (Honneth,2018, p.57).

Portanto, o aporte teórico dado por Dewey, e assimilado por Honneth, também se deve como apesar de separados, a questão sujeito e predicado se complementam de forma natural para compreensão do mundo fático em um plano hermenêutico.Portanto dessa forma Dewey se aproxima de Heidegger, sendo a relação sujeito-objeto não é separada, mas integrada através da ação e do engajamento vivido (Honneth,2018, p. 59).

Do Reconhecimento para a Reificação

Com o intuito de provar como o indivíduo mantém uma relação fetichizada com o mundo, Honneth, pretende demonstrar como o reconhecimento antecede a cognição (Honneth, 2018, p. 60). Com isso, Honneth, busca na psicologia, sobretudo nas teorias de Davidson, Piaget, Mead e Freud, como indivíduo se identifica com o mundo, para discorrer sobre o tema, o filósofo alemão, recorre a sensação de reconhecimento de mundo de uma criança e como ela reconhece o mundo e seus objetos da perspectivas de uma terceira pessoa. Tal processo funciona como o indivíduo (a criança) se colocando na perspectiva de outro(Honneth, 2018, p.62-63).

Ao tecer sua teoria do reconhecimento, Honneth recorre ao estudo do filósofo americano Stanley Cavell, sobretudo ao conceito de reconhecer(to acknowledge) de Cavell. Para o pensador americano, ao adotar posturas em relação ao comportamento de uma segunda pessoa, sugere, por consequência, algum tipo de reação, caso negada ou seja tendo uma resposta negativa a reação proposta, significa que a manifestação emocional do outro não foi compreendida (Honneth, 2018, p.74).

Portanto, tanto nas teorias psicológicas quanto na teoria de Cavell, há, antes do reconhecimento, um conhecimento ontogenético prévio diante do conhecimento,portando qualquer postura neutra ou indiferente à determinada reação seria a não compreensão dela. Ao assimilar as análises de Lukács, Heidegger, Dewey, e Carrel; Honneth, busca responder a seguinte pergunta " como atualizar o conceito de reificação para os dias atuais?", diante de tal dúvida, o filósofo alemão, conceitua o processo de reificação como o processo de percepção das pessoas como meros objetos, esquecendo de seu papel social. Para o filósofo, "na medida em que na efetuação de nosso conhecimento perdemos o vestígio de que este se deve à nossa adoção de postura de reconhecimento, desenvolvemos a tendência de perceber outros seres humanos meramente como objetos insensíveis." (Honneth, 2018, p. 87).

Portanto, ao adotar uma postura de "esquecimento" diante os seres humanos, perdemos também a capacidade de entender o comportamento, bem como a expressão humana do outro, tratando-o como mero objeto, não criando vínculo com aquela pessoa, neste sentido, explica Honneth:

> *Quando falamos aqui de mero objetos ou " coisas, isso deveria significar que,*

> *com amnésia, perdemos a capacidade de compreender as manifestações comportamentais das outras pessoas diretamente como exigências por uma reação de nossa parte; certamente que, em termos cognitivos, não estamos em condições de perceber o espectro total das expressões humanas nos falta, por assim, o sentimento de vínculo que seria exigido para que também fôssemos afetados por aqueles que percebemos. (Honneth, 2018, p. 87)*

Reificação e Superexploração

Conforme exposto anteriormente, o processo de reificação ocorre quando passamos a entender os seres humanos como meros objetos, portanto cabe ressaltar como as práticas sociais reforçam tais posturas. As práxis sociais apoiadas em caráter meramente observadoras, tendem a reificar o sujeito. Neste contexto a subjetivação jurídica do trabalhador nas economias dependentes se encontra em uma "via de mão dupla", ou seja, da mesma em que o direito, sobretudo o contrato jurídico "lhe garante uma consideração ainda que mínima, mas assim de caráter mínimo, mas ainda assim de suas qualidades pessoais" (Honneth,2018 p.122), devido a dinâmica de superexploração da mão de obra assalariada, uma vez subjetivada pelo direito, afasta a humanidade do indivíduo confundindo então com mercadoria, assim "A mercantilização da força de trabalho e a divisão técnica do trabalho drenam do ciclo reprodutivo do homem na transformação da natureza pelo trabalho, tanto uma parte vital do processo metabólico como a auto-identificação distintiva do homem com o produto do seu trabalho" (Sobottka, 2013).

Dessa maneira, ao ser considerado sujeito de direito, o indivíduo é reificado, sua identidade, apartando-o da sociedade, o classificando como mero portador de mercadoria. Inserindo este processo no contexto do capitalismo dependente torna-se ainda mais acentuado, pois o modelo devido ao modelo de exploração por ter sua base na exploração intensiva e extensiva da força do trabalho assalariado, reduzindo apenas a uma ferramenta para reduzir a composição-valor do capital. Tal dinâmica, ora combinada com exploração do trabalho, resulta na elevação simultânea das taxas de mais-valia e de lucro (Marini, 2022, p. 188).

Assim, o processo de reificação por meio da transformação do indivíduo em sujeito de direito não apenas desumaniza o indivíduo, mas também potencializa a lógica de acumulação do capital, na medida em que o indivíduo é abstraído por seu trabalho, visto somente ferramenta para valorização do capital.

Por consequência da reificação, por ter abstraído e reduzido a uma função meramente produtiva para a valorizar o capital,o indivíduo destituído de sua individualidade, dotado apenas como sujeito de direitos, acentuados pela lógica da exploração do capitalismo dependente. Conforme explicita Marini (2022), uma vez que devido ao aumento da força produtiva de trabalho, ao reduzir o gasto físico possibilita intensificar a produtividade sem prolongar a jornada de trabalho. Todavia, a intensificação da produtividade tem suas limitações dentro do modo de produção capitalista, pois encontra seu limite nas exigências trabalhistas por uma redução da extensão das jornadas de trabalho, enquanto, inversamente, a baixa produtividade frequentemente leva à sua extensão. Nos países do centro do capitalismo, o aumento simultânea da intensidade e da produtividade não se traduziu em direitos a uma redução na jornada de trabalho, evidenciando a dificuldade de organização da classe trabalhadora em defender seus interesses e resultando em um desgaste acelerado da força de trabalho e em

transtornos psicofísicos devido ao excesso de fadiga.

O fenômeno citado se acentua nos países de capitalismo dependente, sobretudo na América Latina, as limitações em estender as jornadas de trabalho obrigam o capital a explorar o máximo possível a produtividade e a intensidade da mão de obra. Dessa maneira, a reificação dos indivíduos, aliada à busca incessante pelo aumento do lucro, não apenas esgota o trabalhador prematuramente, mas também compromete sua saúde e reduz sua vida útil, revelando as duras implicações da lógica de acumulação sobre o corpo e a subjetividade dos trabalhadores em contextos de capitalismo dependente.

Considerações Finais

Diante o exposto, podemos afirmar que o direito e a política estão intimamentes, uma vez que ambos são frutos do mundo de produção capitalista. Por consequência, a forma política, tal qual seu núcleo o sujeito de direitos, está também ligada a forma política e seu núcleo o Estado. Portanto, as relações presentes no modo de produção capitalista se tornam relações político-jurídicas. Pois, o Estado, por ser dotado uma personalidade jurídica e portanto se apresentar como uma entidade imparcial, uma vez concebido como Estado direito, dá validade aos contratos jurídicos, assim o direito e o Estado atuam de forma paralela e dialética para a perpetuação do modo de produção capitalista.

Assim, apesar da pretensa neutralidade e imparcialidade que o Estado busca apresentar dentro das relações de classe, é importante destacar que, por ser derivado do modo de produção capitalista, ele também age como um garantidor dos interesses burgueses. Isso se reflete na sua função de assegurar a disponibilidade de mão de obra e na sua atuação em legitimar as relações sociais estabelecidas pelo sistema capitalista por meio de estruturas legais e regulatórias. O Estado, moldado por institutos jurídicos, desempenha um papel fundamental na garantia da sua própria legitimidade. Esses institutos jurídicos não apenas conferem legitimidade ao Estado, mas também promovem a subjetivação jurídica do indivíduo, capacitando-o a vender sua força de trabalho, celebrar contratos de trabalho e possuir mercadorias.

Afirmamos também que a figura do sujeito direitos na América Latina ganha ainda mais especificidades, afinal devido a inserção tardia do continente latino americano no modo de produção capitalista, bem como pela dinâmica do capital dentro dos países dependentes, o qual busca somente suprir os interesses da burguesia interna, mas também da burguesia externa. Portanto, como forma de manter as bases econômicas que sustentam as relações de dependência, as relações de trabalho antigas e modernas se aglutinam para que o lucro do capitalista seja maximizado. Destarte, a ordem social criada pelo capitalismo dependente na América Latina passa por três estágios: inicialmente, favorece elites coloniais, representantes de empresas estrangeiras e comerciantes locais, baseando-se em uma acumulação pré-capitalista. Em um segundo momento, a lógica de mercado se mistura a critérios estamentais, promovendo uma revolução social em que o trabalho se torna mercadoria, enquanto aristocratas e burgueses se mesclam, formando uma nova plutocracia. No terceiro estágio, o capitalismo assume um caráter mais inclusivo e os indivíduos passam a ser reconhecidos como sujeitos de direito, na medida em que possuem e fazem circular e produzir mercadorias internamente e espartanamente, consolidando seu pertencimento ao modo de produção capitalista.

Por consequência, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos no capitalismo

dependente latino americano está profundamente ligado a superexploração do trabalho, esta sendo uma das principais características dos países dependentes, a qual se caracteriza pela compensação da perda de mais-valor nas relações mercantis externas, assim aumentando a intensificação do trabalho, a jornada de trabalho e a expropriação tempo necessário para o trabalhador repor sua força de trabalho. Com isso, busca-se aumentar a produção de mais-valor sem modificar a produtividade, baseando-se no uso extensivo da mão de obra assalariada. Diante de tal problemática afirmamos que a superexploração da mão de obra é uma forma de reificação.

Pois, segundo o filósofo Axel Honneth, a reificação, seria a objetificação dos seres humanos, os abstraindo de suas tramas sociais, dessa maneira concluímos que os direitos humanos, por adotar uma práxis social meramente "observadora" reifica os indivíduos negando sua identidade, dessa maneira os segrando da sociedade a qual pertencem. Neste sentido, a superexploração da mão de obra, bem como a subjetivação jurídica, são formas de reificação. Afinal, no contexto latino americano, devido , o por ter sua base na exploração intensiva e extensiva da força do trabalho assalariado, reduzindo apenas a uma ferramenta para reduzir a composição-valor do capital.

Por fim, argumentamos que o processo de reificação por meio da transformação do indivíduo em sujeito de direito não apenas desumaniza o indivíduo, mas também potencializa a lógica de acumulação do capital, na medida em que o indivíduo é abstraído por seu trabalho, visto somente ferramenta para valorização do capital.

Referências Bibliográficas

CUEVA, Agustín. O desenvolvimento do capitalismo na América Latina.Tradução:Gabriel Landi Fazzio e Leonardo Gondim, 1° edição. São Paulo: Lavrapalavra, 2023.

FERNANDES, Florestan. Capitalismo Dependente e classes sociais na América Latina. 4°Ed. São Paulo. Global Editora, 2009.

_____. Sociedade de classes e subdesenvolvimento. 5°ed..São Paulo. Global Editora, 2008

HONNETH, Axel. Reificação: um estudo de teoria do reconhecimento. Tradução Rubión Melo São Paulo, Ed.UNESP, 2018.

MARINI, Ruy Mauro. A Dialética da dependência, in Ruy Mauro Marini: dialética da dependência e outros escritos. TRASPADINI, Roberta; STEDILE João Pedro (org).2°ed. Sao Paulo. expressão popular, 2022

_____. Sobre a dialética da dependência, in y Mauro Marini: dialética da dependência e outros escritos. TRASPADINI, Roberta; STEDILE João Pedro (org).2°ed. Sao Paulo. expressão popular, 2022

MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. 1ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

PACHUKANIS, Evguiéni. Teoria geral do direito e marxismo. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1ª ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2017.

Regulação Estatal e Pós-Fordismo: Contribuição para uma Crítica ao Modelo Gerencial de Administração Pública

State Regulation and Post-Fordism: Contribution to a Critique of the Public Administration management model

Ryan Augusto Lima da Silva
Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
ryanaugusto.lds@gmail.com

Tendo por marco teórico o materialismo histórico dialético, o presente artigo tem por finalidade elaborar um esboço para uma compreensão das transformações paradigmáticas presentes no ramo do Direito Administrativo e no modelo de gestão da Administração Pública, sobretudo a partir do advento da agenda neoliberal enquanto doutrina social hegemônica, verificando as interconexões entre o regime de acumulação pós-fordista e o modo de regulação estatal. Nesse sentido, serão realizados três movimentos: primeiro, pretende-se retomar as formas sociais específicas do modo de produção capitalista em seus elementos mais abstratos, discorrendo sobre as derivações e conformações entre a subjetividade jurídica e o poder político estatal; após, será analisado algumas características do fordismo e tendências acerca da transição ao modelo pós-fordismo, no decurso do desenvolvimento histórico do capitalismo; por fim, o objetivo será apreender as determinações materiais das reformas administrativas que efetivaram na prática o desenho institucional denominado gerencial, regido sob os processos de desregulamentação estatal, da liberalização da economia perante o capital internacional, além das privatizações de bens e serviços públicos.

Palavras-chave: Teoria Crítica. Direito Administrativo. Administração pública. Pós-fordismo.

Using dialectical historical materialism as its theoretical framework, this article aims to outline an understanding of the paradigmatic transformations present in the field of Administrative Law and in the management model of Public Administration, especially since the advent of the neoliberal agenda as a hegemonic social doctrine, verifying the interconnections between the post-Fordist accumulation regime and the mode of state regulation. In this sense, three movements will be carried out: first, the aim is to return to the specific social forms of the capitalist mode of production in their most abstract elements, discussing the derivations and conformations between legal subjectivity and state political power; then, some characteristics of Fordism and trends regarding the transition to the post-Fordism model will be analyzed, in the course of the historical development of capitalism; finally, the objective will be to understand the material determinations of the administrative reforms that put into practice the institutional design called managerial, governed by the processes of state deregulation, the liberalization of the economy in the face of international capital, in addition to the privatization of public goods and services.

Keywords: Critical Theory. Administrative Law. Public Administration. Post-fordism.

Introdução

As reformas administrativas da gestão pública iniciadas a partir dos anos de 1980, tendo por base a agenda econômica estabelecida em âmbito internacional[2], tiveram influência na modelo gerencial da Administração Público implementado sobretudo a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003)[3]. Pautada conforme os princípios neoliberais, inspirada na convicção de uma maior eficiência do modelo administrativo da iniciativa privada, o objetivo principal era reduzir as funções e as despesas estatais. Dentre as medidas adotadas, se notabilizaram a ampliação da desregulamentação de setores econômicos, a liberalização da economia perante o capital internacional, além dos processos de privatização de empresas estatais.

A doutrina majoritária do ramo do Direito Administrativo, cujo objeto de estudo é essencialmente a Administração Pública, vem acompanhando essas transformações paradigmáticas, reconhecendo uma abertura a regimes jurídicos típicos do direito privado, além de corroborar o princípio da governança, isto é, a noção de uma atuação estatal orientada por medidas estritamente técnicas, em detrimento das "ingerências políticas e hierarquizadas" do modelo de gestão burocrático precedente.

Todavia, mais do que uma crítica aos princípios abstratos e ideológicos que motivaram essas mudanças administrativas, ou da constatação da insuficiência dessas medidas em alcançar uma melhora significativa na atuação da Administração Público, se faz necessário pôr em questão os próprios pressupostos dos quais partem as teorias do Direito Administrativo. A concepção predominante segunda a qual a finalidade das instituições políticas consiste na satisfação do interesse público, seja na visão liberal (revindicando a primazia da iniciativa privada, sendo a intervenção estatal apenas subsidiária) ou social-democrata (reivindicando a garantia de direitos sociais), tendem a compreender a sociedade como um conjunto de cidadãos em relação de simetria, em que os conflitos são apenas potenciais e podem ser mitigados por uma atuação governamental eficiente.

Nesse sentido, visando contribuir para a formulação de uma crítica radical ao modelo gerencial da Administração Pública, a partir do referencial teórico marxista, será retomado alguns apontamentos sobre as determinações materiais da forma de subjetividade jurídica e da forma política estatal específicas da sociabilidade moderna, bem como as transformações sucedidas nas fases internas da reprodução da acumulação capitalista, a fim de compreender as contradições que estruturam as relações sociais e por quais são articulados e reorganizados os modelos das instituições públicas.

Formas sociais, derivação e conformação

O Direito e o Estado são fenômenos sociais dotados de historicidade. Nesse sentido, só podem ser compreendidos a partir da análise de suas determinações materiais elementares, situando-os no complexo de relações sociais. Isso implica que, apesar de haver instituições políticas e judicantes com traços similares em diferentes períodos históricos, a forma jurídica e a forma política estatal da sociabilidade capitalista possuem especificidades que as distinguem de modos de produção precedentes. Em geral, as formas sociais podem ser entendidas como práticas reiteradas que engendram determinadas interações entre os indivíduos, independente de sua aderência voluntária ou consciente, proporcionando estabilidade e previsibilidade na efetivação dos vínculos sociais, sendo necessárias à reprodução social. Em suma:

2 Especialmente a partir dos governos de Margareth Tatcher, na Inglaterra, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, além do Consenso de Washington (1989), que consistiu em recomendações econômicas elaboradas pelo FMI, Banco Mundial e Tesouro dos Estados Unidos, destinadas aos países emergentes.

3 Cf. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de julho de 1998.

> *"Formas sociais são modos relacionais constituintes das interações sociais, objetificando-as. Trata-se de um processo de mútua imbricação: as formas sociais advêm das relações sociais, mas acabam por ser suas balizas necessárias [...] As formas são imanentes às relações sociais. E às diferentes interações sociais correspondem também formas sociais específicas, mutáveis historicamente. No capitalismo, é a generalização das trocas que constitui uma forma econômica correspondente, a forma-mercadoria. Tal forma, posteriormente, configura a totalidade das relações sociais – o dinheiro, a mensuração do trabalho, a propriedade e o mais-valor, o sujeito de direito e a própria política. Se a forma-mercadoria é constituinte da realidade capitalista, ela é constituída pelas interações sociais que estão na base dessa mesma realidade" (MASCARO, 2017, p. 24 e 26)*

Assim como as categorias da economia política burguesa não são universais, mas, ao contrário, são válidas apenas em seu momento específico correspondente, no mesmo sentido, a forma jurídica atinge a sua plena determinação apenas no modo de produção capitalista (PACHUKANIS, 2017, p. 117). A separação da força de trabalho dos meios de produção, no processo denominado acumulação primitiva (MARX, 2013, p. 960), em consonância com a sua mercantilização através do contrato de trabalho assalariado e do desenvolvimento de forças produtivas especificamente capitalista, constituíram as condições objetivas para a forma jurídica e política se materializarem na realidade concreta.

De modo comparativo, a reprodução das relações de produção na sociabilidade feudal eram efetivadas pela coerção de classe e pela ideologia religiosa-moral, em razão da própria configuração de sua divisão social do trabalho[4]. A subordinação do servo ao senhor feudal não exigia uma elaboração jurídica que tendencialmente contemplasse a totalidade do processo produtivo e, por conseguinte, das relações sociais (PACHUKANIS, 2017, p. 118; NAVES, 2014, p. 78). Só há a precisa determinação da particularidade histórica do fenômeno jurídico moderno, de maneira a ser possível fazer uma distinção entre normas jurídicas e normas morais ou políticas, quando os indivíduos concretos são reduzidos a uma unidade abstrata comum e universal.

Em termos lógicos e históricos, a subjetividade jurídica deriva da forma-mercadoria[5]. Isto é, assim como o ato de troca equivalente entre mercadorias representa o momento de abstração de produtos qualitativamente distintos que podem ser imediatamente mensuráveis entre si, no mesmo sentido, a relação social entre os possuidores de mercadorias impõe a necessidade de uma equivalência jurídica formal entre os indivíduos como pressuposto para a realização da circulação mercantil e do processo produtivo, momento em que há um acordo de vontades por qual "os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como iguais e livres, portadores de vontade autônoma que 'habita' as mercadorias e que as põe em movimento na troca" (KASHIURA, 2015, p. 53).

Nessas condições objetivas, o trabalhador assalariado aparece no mercado dotado de qualidades especiais, por oferecer ao capitalista a possibilidade de reaver não apenas o valor

4 "De fato, é a existência, na base econômica do modo de produção feudal, da não-separação entre o produtor direto e os meios de produção, o que explica por que a reprodução das relações sociais feudais tem necessariamente de ser garantida pela coerção e pela ideologia" (NAVES, 2000, p. 82).

5 "(...) a mercadoria, em seu sentido próprio, só pode adquirir plena existência em uma formação social capitalista, pois somente nela o trabalho se reveste desta forma, e é somente nela que a condição absolutamente essencial para a generalização da forma mercadoria se verifica: a transformação da própria força de trabalho em mercadoria (...) Assim, o trabalho só se torna abstrato, isto é, indiferente a qualquer particularidade, a qualquer conteúdo específico, a qualquer qualidade ou utilidade, o trabalho só se torna, portanto, igualizado, sob o modo de produção capitalista (...)" (NAVES, 2014, p. 41-42).

inicialmente investido na composição do capital, mas também apropriar um valor adicional produzido na jornada de trabalhado. Essa relação de produção específica da sociabilidade capitalista é revestida pela forma jurídica, expressa e materializada no contrato de trabalho e na garantia do direito à propriedade, no qual o indivíduo trabalhador aparece como sujeito que aliena voluntariamente sua faculdade de trabalho. Ao tratar da questão do direito e da luta de classes na formação do capitalismo, Elmar Altvater afirma que:

> *"Enquanto sistema social, o capitalismo surge no transcurso da acumulação primitiva do capital. Os produtores são separados à força das suas condições tradicionais de produção; são, por assim dizer, 'libertados' delas. Os que dispõem das condições de produção concentram-se, enquanto capital, de um lado da sociedade, ao passo que do outro lado encontram-se aqueles que não dispõem de nenhuma propriedade da qual possam derivar um direito à apropriação [...] o direito à propriedade sempre e necessariamente é um direito de exclusão, pois a propriedade só tem sentido quando pode servir à apropriação e quando os não proprietários podem ser excluídos da propriedade com a ajuda do poder público. Na sua essência, a 'liberdade para o capital' consiste em ocupar trabalhadores sem propriedade e apropriar-se do produto da mais-valia" (ALTVATER, 2010, p. 85-86)*

No modo de produção capitalista, a relação contratual realiza a mediação da exploração de classe, visto que a força de trabalho se apresenta ao mercado de forma autônoma para vender a única mercadoria da qual dispõe, simulando uma posição de igualdade entre classes que se encontram em posições antagônicas nas relações de produção constituídas[6]. Nessa relação o indivíduo que vende sua faculdade de trabalho "deve ser simultaneamente sujeito e objeto de direito", isto é, proprietário de "si próprio enquanto mercadoria" (EDELMAN, 1976, p. 94-95).

Essa relação, que aparece como troca entre equivalentes no processo de circulação, escamoteia a essência exploratória do processo de produção que assujeita a classe trabalhadora ao capital. O valor de uso da faculdade de trabalho mercantilizada e consumida no processo produtivo, e especialmente, o mais-valor produzido, é apropriado pelo detentor dos meios de produção em troca do salário pago pela jornada de trabalho. O valor objetificado na mercadoria, em que a força de trabalho também adquire o caráter de mercadoria, encobre a relação de exploração do trabalho assalariado. No que se refere às formas de extração de mais-valor, Altvater ressalta que:

> *"Enquanto nada mais acontece do que a produção do excedente na forma do que Marx chamou de mais-valia absoluta, os trabalhadores estão subsumidos antes formalmente ao capital, pois o modo de produção não sofre uma transformação profunda real nem na dimensão técnica nem na dimensão social, quer dizer, não é dimensionado na forma típica para o capitalismo [...] O aumento da exploração se dá mediante o aumento da jornada de trabalho, a intensificação do trabalho, o arrocho salarial [...] Mas quando a mais-valia deve ser aumentada ainda mais, isso só é possível com os métodos de produção da mais-valia relativa, isto é, mediante a chamada subsunção real do trabalho ao capital, mediante inovações técnicas, sociais e outras, mediante o revolucionamento do processo produtivo" (ALTVATER, 2010, p. 93-95)*

6 "A relação capitalista pressupõe a separação entre os trabalhadores e a propriedade das condições da realização do trabalho. Tão logo a produção capitalista esteja de pé, ela não apenas conserva essa separação, mas a reproduz em escala cada vez maior" (MARX, 2013, p. 961).

No mesmo sentido, conforme sustenta Márcio Bilharinho Naves, é somente a partir da subsunção real do trabalho ao capital, momento em que o trabalho se torna abstrato[7] e o modo de produção adquire formas sociais especificamente capitalistas, que a regulação social assume características próprias do direito moderno[8], "em uma relação de equivalência jurídica na qual os homens estão reduzidos a uma mesma unidade comum" (NAVES, 2014, p. 87). Por consequência, o Direito apresenta essa "dupla função necessária [de], por um lado, tornar eficaz as relações de produção [e], por outro lado, refletir concretamente e sancionar as ideias que os homens fazem de suas relações sociais" (EDELMAN, 1976, p. 17).

Por outro prisma, em seus elementos mais simples e fundamentais, a forma política estatal - em um momento secundário e imbricado com a forma jurídica - também deriva da forma dominante nas relações sociais capitalistas, isto é, a forma-mercadoria. Pois, sendo o processo de circulação mercantil movido pela oposição de interesses privados que estabelecem vínculos em uma relação de equivalência jurídica, torna-se indispensável a presença de um terceiro "neutro" que assegure o cumprimento dos direitos subjetivos e as condições para uma normalidade socioeconômica.

Desse modo, o Estado exerce sua autoridade sob aparência de "vontade geral e impessoal", sem que represente um proprietário singular ou uma classe em particular, impondo um caráter místico de cisão estanque entre o domínio econômico e o domínio político (MASCARO, 2017, p. 18), cuja finalidade seria garantir a coesão social. Em síntese:

> *"Há um nexo íntimo entre forma política e forma jurídica, mas não porque ambas sejam iguais ou equivalentes, e sim porque remanescem da mesma fonte. Além disso, apoiam-se mutuamente, conformando-se. Pelo mesmo processo de derivação, a partir das formas sociais mercantis capitalistas, originam-se a forma jurídica e a forma política estatal. Ambas remontam a uma mesma e própria lógica de reprodução econômica capitalista. Ao mesmo tempo, são pilares estruturais desse todo social que atuam em mútua implicação. As formas política e jurídica não são dois monumentos que agem separadamente. Elas se implicam. Na especificidade de cada qual, constituem, ao mesmo tempo, termos conjuntos." (MASCARO, 2017. p. 58-59).*

7 "O caráter abstrato do trabalho, assim, não pode ser confundido com a mera 'abstração mental' do conteúdo de diversos trabalhos concretos, mas está ligado a uma particular organização do processo de trabalho que se verifica sob relações de produção específicas [...] Com a utilização do sistema de máquinas, o processo de trabalho se converte em um conjunto de operações que não mais exige dos operários as condições intelectuais e a habilidade de antes; ao contrário, o trabalhador se torna um mero fornecedor de energia laborativa indiferenciada, sem qualquer 'qualidade' específica [...] ele se vê reduzido à condição de 'apêndice de máquina', como diz Marx. Assim, o trabalho de um operário não se distingue do trabalho de um outro operário, e as forças de trabalho dos trabalhadores diretos, consequentemente, se tornam igualizadas entre si, de modo que somente neste momento o trabalho abstrato se realiza praticamente" (NAVES, 2014, p. 42-44).

8 Michel Foucault, em uma metodologia e referencial teórico distinto, também demostra a especificidade das práticas jurídicas da modernidade, em especial em suas obras A verdade e as formas jurídicas (1973) e Vigiar e Punir (1975).

Em sua manifestação mais imediata, a conformação jurídica-política se materializa nas instituições políticas, desdobrando-se entre órgãos governamentais e administrativos[9]. Entretanto, apesar da ter sua concretude nos aparelhos institucionais, é a forma estatal que cria, extingue ou reforma "as instituições sociais, muitas já existentes e outras novas, aglutinando-as à forma necessária de reprodução da vida social que vai se instalando" (MASCARO, 2017, p. 44).

Esse complexo fragmentado de instituições políticas, em razão das particularidades do funcionamento interno de cada aparelho, só podem ser compreendidas "num sistema geral de instituições que se atravessam e convivem numa relação dinâmica, na reprodução social conflituosa do capitalismo" (MASCARO, 2017, p. 52), interagindo de maneiras variáveis e permeados de contradições. Os Aparelhos de Estado, em sua atuação relativamente autônoma, são perpassados pelos conflitos entre as classes e grupos sociais no processo de reprodução social. Sendo assim:

> *"A burocracia estatal não se levanta acima das classes, grupos e indivíduos de tal modo que seja um sujeito onisciente tampouco é totalmente poderoso e independente em relação a estes. É por isso que seu papel agente e reagente no quadro da dinâmica da reprodução das relações sociais capitalistas não pode ser pensado como necessariamente salvador das condições gerais da sociabilidade. O Estado não é o garantidor totalmente funcional do equilíbrio capitalista ideal. Ele está atravessado pelas próprias contradições que são oriundas das estruturas da exploração da força de trabalho pelo capital, numa sociedade fundada em antagonismos. A revolta das massas exploradas e despossuídas, a disfuncionalidade da regulação média da economia, a inflação, a superprodução, o desemprego, a crise de mudança tecnológica e de despreparo de meios produtivos e a tendência de diminuição na taxa de lucros são sintomas de que a reprodução geral não é totalmente controlada a partir da ação da burocracia estatal, justamente porque o Estado não se forma como capitalista geral nem como poder materialmente soberano em relação às contradições das relações capitalistas" (MASCARO, 2017, p. 129)*

A ordem normativa estatal, materializada em seus aparatos repressivos-constitutivos, aparece duplamente fetichizado na forma de Estado de direito. Assim, há o entendimento de que o poder político deve ser exercido por representantes da "vontade geral do povo" e, contraditoriamente, garantir a autonomia dos sujeitos de direito isolados (que, em última instância, significa assegurar a situação de mercadoria da força de trabalho, o direito à propriedade privada e a reprodução da acumulação capitalista). Ao interpelar indivíduos e grupos distintos como sujeitos cidadãos, pode

9 "Por órgãos de governo e por respectivas atividades políticas de governo identificam-se as estruturas e a ações diretamente investidas de poder, de grau decisório maior. Por órgãos administrativos e por respectivas atividades políticas de administração identificam-se as estruturas e as ações contingentes, típicas da burocracia, com menores graus de poder discricionário e limitadas à legalidade [...] Os órgãos de governo, nos Estados das sociedades capitalistas contemporâneas, encontram-se quase sempre divididos a partir de poderes seccionados, como o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Já os órgãos administrativos são todos aqueles que se desdobram como atividades de exercício da administração pública. Juridicamente, os órgãos administrativos são considerados hierarquicamente subordinados aos órgãos de governo" (MASCARO, 2017, p. 53-54).

representar formalmente uma igualdade legal e política para pessoas em posições sociais estruturalmente desiguais.

Partindo da análise da forma jurídica em suas determinações mais simples e elementares, para então situar o fenômeno em sua interação com o complexo de formas sociais, fica em evidência sua relevância para a reprodução das relações de produção. Nesse sentido, no momento de encontro entre forma jurídica e forma política, a ideologia opera não apenas na subjetividade jurídica (interpelando sujeitos de direitos), mas também, em um momento secundário e recíproco, no discurso de legalidade da democracia burguesa (THÉVENIN, 2010, p. 71). Logo, mesmo em períodos de expropriação de direitos sociais e quebra de legalidade, isto é, onde a violência jurídica-estatal se apresenta sem o fetichismo da relação de equivalência, a dominação de classe aparece sob o véu da ordem normativa imposta como medida necessária para o bem comum.

Regime de acumulação, crises e modo de regulação

Imperioso ressaltar que a reprodução do modo de produção capitalista tende a crises periódicas cada vez mais acentuadas, em que a expansão e a valorização do valor não completam seus ciclos, momento em que a intervenção estatal é utilizada como meio para garantir a estabilidade social. Conforme salienta Alysson Mascaro:

> *"O padrão de análise da dinâmica do capitalismo deve ser pautado na crise como seu corolário necessário, compreendendo as eventuais estabilidades como excepcionais. A valorização do valor se desenvolve num processo submetido à lei da queda tendencial da taxa de lucro. As respostas políticas sustentam estabilizações parciais, mas que não logram a manutenção indefinida dos regimes de acumulação" (MASCARO, 2017, p. 198).*

Em razão das contradições inerentes ao modo de produção capitalista, para além da análise das formas de relações sociais, as quais constituem os níveis de determinações conceituais mais abstratos, também se faz necessário acompanhar as fases de estabilidade e rupturas da acumulação capitalista no percurso do processo histórico, bem como suas interconexões com as especificidades de cada formação social concreta. Nesse sentido, nas décadas finais do século XX, as teorias da regulação põem como problemática as variações político-econômicas que comportam períodos internos do capitalismo. Em suma:

> *"Buscando ser acopladas às ferramentas gerais da leitura marxista, categorias de abrangência intermediária propostas pelas escolas da regulação apresentam duas delas como de maior relevo teórico: regime de acumulação e modo de regulação. A primeira categoria dá conta das próprias dinâmicas econômicas constituintes de cada uma das fases internas do capitalismo. A segunda categoria busca compreender as específicas articulações do econômico com o político e o social nessas mesmas fases. Regime de acumulação e modo de regulação não são ferramentas que trabalham com objetos sociais distintos, mas ênfases em determinadas relações constituídas nesses mesmos objetos sociais" (MASCARO, 2017, p. 172-173)*

As ferramentas conceituais articuladas (regime de acumulação e modo de regulação) visavam compreender e dar respostas diante da crise do modelo fordista, comumente denominado de "Estado de bem-estar social", período em que era hegemônico a concepção que a participação ativa Estado poderia garantir uma coesão social, mitigando as tendências de crises e desigualdade social que são intrínsecas ao modo de produção capitalista. O fordismo, enquanto uma fase específica do capitalismo, costuma ser delimitado entre o período pós-Segunda Guerra Mundial e as crises de 1970, tendo por

características gerais a formulação de políticas intervencionistas, a expansão do mercado de trabalho e o incentivo de novos padrões de consumo, além de mecanismos públicos de assistência e seguridade social (MASCARO, 2017, p. 185).

Nesse contexto, a Administração Pública assume traços do modelo denominado "burocrático", sob a aparência de um aparato impositivo e neutro em relação à divisão de classes sociais, como se desvinculado dos movimentos da reprodução das relações de produção capitalista. John Holloway, em sua obra Fundamentos Teóricos para una Crítica Marxista de la Administración Pública (1982), estabelece um vínculo entre o processo de luta de classes econômica-política[10] e o aumento das funções estatais no contexto histórico do desenvolvimento capitalista:

> *"El periodo de transición sentó las bases para el establecimiento del capitalismo industrial, en un principio basado en la plusvalía absoluta y en la subordinación formal de los obreros. Esto llevó a una expansión mayor de las funciones del estado, sobre todo en relación a la reproducción de la fuerza de trabajo. Como muestra Marx en la discusión de las actas fabriles en 'El Capital', la expansión incontrolable del capital amenazaba con destruir sus propias bases mediante la destrucción física, mediante el exceso de trabajo de los obreros. Como resultado de la lucha de los obreros mismos, el estado interviene — según el interés general del capital — para 'proteger' a los obreros de la anarquía de la explotación capitalista excesiva. De aquí surge el papel cada vez mayor del estado de asegurar la reproducción de la fuerza de trabajo mediante la legislación fabril, las medidas con respecto a la salud, la educación y la asistencia social, etcétera. Esto implica una nueva expansión territorial de la administración del estado, a la vez que crea la base material para la imagen 'neutra' de un estado que interviene en defensa de los intereses de la clase obrera" (HOLLOWAY, 1982, p. 47)*

Todavia, uma nova configuração passa a ser delineada a partir dos anos 1970, dando início a fase do capitalismo financeiro. Em linhas gerais, a passagem do fordismo ao pós-fordismo conjugou alterações no regime de acumulação e no modo de regulação, buscando estratégias para superar as múltiplas crises econômicas e sociais advindas do esgotamento do modelo fordista[11]. Esse novo padrão de acumulação foi estabelecido a partir da ampliação da circulação internacional de capitais, introdução de inovações tecnológicas e informacionais aplicadas no processo produtivo, além da reorganização da divisão internacional do trabalho a partir da atuação de empresas multinacionais. Em resumo:

10 "O capitalista faz valer seus direitos como comprador quando tenta prolongar o máximo possível a jornada de trabalho e transformar, onde for possível, uma jornada de trabalho em duas. Por outro lado, a natureza específica da mercadoria vendida implica um limite de seu consumo pelo comprador, e o trabalhador faz valer seu direito como vendedor quando quer limitar a jornada de trabalho a uma duração normal determinada. Tem-se aqui, portanto, uma antinomia, um direito contra outro direito, ambos igualmente apoiados na lei da troca de mercadorias. Entre direitos iguais, quem decide é a força. E assim a regulamentação da jornada de trabalho se apresenta, na história da produção capitalista, como uma luta em torno dos limites da jornada de trabalho – uma luta entre o conjunto dos capitalistas, i.e., a classe capitalista, e o conjunto dos trabalhadores, i.e., a classe trabalhadora" (MARX, 2013, p. 393-394).

11 "A vitória na Guerra Fria no fim dos anos 1980 e a fraqueza do movimento operário diante da pressão da concorrência global levaram as classes dominantes nas sociedades capitalistas a pospor na sua agenda política a integração das massas no Estado de Bem-estar Social, para reduzir os custos sociais da produção. Na sua corrida por rendimentos elevados, as elites neoliberais [...] estão cada vez menos dispostas a assumir os custos dos benefícios do Estado de Bem-estar social. O desmonte desses benefícios depois do fim do socialismo real existente e sob a pressão da concorrência global resultou em uma perda da força associativa não apenas política, mas também econômica" (ALTVATER, 2010, p. 107).

> *"No plano das estruturas econômicas, a década de 1970 verificou uma tendência múltipla de diminuição da taxa de lucros nas atividades capitalistas [...] O papel dos Estados Unidos é crucial na desestabilização do regime fordista [...] A nova dinâmica do dólar desestabiliza o sistema financeiro internacional, gerando especulação nas taxas de câmbio, dinâmica desenfreada do crédito monetário, inflação e estagnação produtiva ("estagflação"). A inversão produtiva cede lugar à lucratividade financeira. O papel cada vez mais proeminente de empresas multinacionais submete a lógica da produção à máxima exploração de possibilidades de lucro, desatrelando a produção e o investimento de padrões regulatórios que fossem promotores do crescimento econômico ou mantenedores das condições salariais e de consumo suficientes. A regulação fordista entra, pois, em crise estrutural. (MASCARO, 2017, p. 190-191)*

Uma das tendências mais significativas foi a desregulamentação estatal diante das exigências do capital internacional. Todavia, a agenda neoliberal pautada na diminuição do aparato estatal, em verdade, representa uma nova forma de intervenção estatal baseada em um conjunto de práticas que viabilizam a reprodução das relações de produção capitalista sob o regime de acumulação financeira. Altvater, em análise sobre a transição do fordismo ao pós-fordismo, destaca que:

> *"A produção de mais-valia relativa na indústria fordista não basta para realizar os rendimentos exigidos nos mercados financeiros globais. Por isso a terceira forma de apropriação [mais-valia relativa] agora é complementada pela desapropriação da substância econômica de outras pessoas [...] A continuação da acumulação capitalista exige a apropriação - e não apenas a partir do processo de produção em curso enquanto apropriação de mais-valia (relativa) produzida, mas a apropriação mediante a desapropriação, a expansão da produção de mais-valia absoluta e da sua transferência para os centros da economia mundial capitalista [...] A esfera financeiro ou a acumulação monetária são desacopladas da economia real. Em última instância, as exigências financeiras devem ser atendidas a partir da produção real, o que conduz periodicamente a exigências tão excessivas que crises financeiras se tornam inevitáveis, mesmo com a pressão política mais brutal" (ALTVATER, 2010, p. 108 e 113)*

Modelo gerencial da Administração Pública: sobre as tendências do pós-fordismo

Em que pese as especificidades da formação social brasileira em relação ao desenvolvimento industrial dos países centrais do capitalismo, a agenda imperialista neoliberal fora importada para os debates nacionais a partir da redemocratização iniciada nos anos de 1980, sobretudo no que se refere à atuação da Administração Pública. Conforme aponta Maria Di Pietro:

> *"De modo geral, as transformações do Direito Administrativo apontadas pelos autores europeus são praticamente as mesmas proclamadas pela doutrina brasileira, como a constitucionalização, a privatização (ou fuga do direito público), a consensualidade, a democratização. No Direito Administrativo brasileiro, as principais inovações foram introduzidas após a Constituição de 1988 e reforçadas pelas sucessivas Emendas, seja com a adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito, seja sob a inspiração do neoliberalismo e da globalização, do sistema do common law e do direito comunitário europeu, que levaram à chamada Reforma do Estado, na qual se insere a Reforma da Administração Pública e, em consequência, a*

> *introdução de novidades no âmbito do Direito Administrativo" (DI PIETRO, 2022, p. 117-118)*

Nas doutrinas majoritárias do ramo do Direito Administrativo, a principal problemática posta foi a transformação da Administração Pública a partir de crítica ao "modelo burocrático", por meio de discursos políticos-ideológicos que visavam diminuir a atuação estatal na prestação de serviços públicos. Assim, as reforma administrativas, cujo resultado foi a progressiva extinção de empresas públicas e a redução do quadro de servidores públicos efetivos, teve por base dois ideais diretivos:

> *"[...] de um lado, a de que o Estado deve respeitar os direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada, seja através dos indivíduos, seja através das associações, tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, o princípio implica uma limitação à intervenção estatal. De outro lado, a ideia de que o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. Em consonância com esse princípio, várias medidas vêm sendo adotadas, como a privatização de empresas estatais, a volta ao instituto da concessão de serviço público para delegar a execução de serviços públicos comerciais e industriais do Estado a particulares" (DI PIETRO, 2006, p. 21)*

Por trás dessas medidas que buscavam implementar o modelo da Administração Pública gerencial, amparada na defesa da economia pura de mercado, opera um mecanismo discursivo de funções ideológicas que ocultam as reais determinações das relações sociais. Isto pois, em situações de crise, pode atribuir a culpa "aos erros da regulação existente e clamar por ondas de desregulamentação, que são necessariamente movimentos de regulamentação em outros termos" (GONÇALVES, 2020, p. 22).

Na dinâmica do regime atual de acumulação financeira, a tendência de "fuga ao direito privado" efetivada na Administração Pública foi possível em virtude da intervenção estatal, mediante processos de privatização e outros instrumentos jurídicos como as parcerias público-privado, as concessões patrocinadas, além de empresas públicas "técnicas e eficientes" que passam a ser geridas diretamente conforme a lógica de valorização do valor. Por consequência, a prestação de serviços essenciais (saneamento básico, acesso à saúde, moradia, educação, etc.), sensíveis sobretudo às parcelas mais vulneráveis da classe trabalhadora, tendem a perder seu caráter social e passam a operar através da busca incessante por lucro, agravando a precarização das condições básicos para reprodução da vida dos que não dispõem de recursos financeiros para comprar o que antes eram garantias sociais e agora são ofertados como mercadorias.

Esse processo de desestatização corresponde às necessidades da reprodução das relações capitalistas, comandado pelo imperativo de valorização do valor, visto que "a acumulação do capital sempre encontra barreiras temporal-espaciais que precisam ser superadas para sua continuidade" (GONÇALVES, 2020, p. 22). Logo, o novo modelo de regulação estatal viabiliza a expropriação privada de bens e serviços desenvolvidos com recursos públicos[12], ao passo que, em caso de danos ou insuficiências na prestação desses serviços básicos, cabe ao Estado agir subsidiariamente. Em outros termos, os lucros são apropriados individualmente, enquanto os prejuízos são socializados.

Sobre a transição do fordismo ao pós-fordismo, em especial ao que se refere ao

12 "Os órgãos da administração pública de implantação da infraestrutura física para a produção e a locomoção da mercadoria no território – transportes, energia etc. – tiveram primazia histórica em face dos órgãos de bem-estar social aos trabalhadores e despossuídos" (MASCARO, 2017, p. 47).

processo de privatização que afetou o modelo da Administração Pública, Guilherme Gonçalves assinala essa dinâmica de acumulação por expropriação:

> *"(...) o fordismo construiu, por meio de investimentos em infraestrutura, em qualificação da força de trabalho e também em fábricas e máquinas, condições para a exploração econômica em um determinado espaço (...) Os investimentos do Estado na produção de bens públicos como a formação de um 'fora' que, apesar de contribuir para o desempenho das atividades econômicas, é, num primeiro momento, inacessível à acumulação privada. Com isso, são construídas as condições para uma nova expropriação capitalista. Isto é, depois que os investimentos públicos - estradas, rede de energia, aeroportos, etc. - são amortizados, tornando-se um obstáculo para a valorização do capital, a produção desses bens e serviços vai passando, paulatinamente, a mãos de atores privados do mercado. Desse modo, quando o controle de bens e serviços que antes eram produzidos pelo Estado migram para empresas privadas, abrem-se novos campos para o investimento de capitais excedentes que podem então ser convertidos em meios para produzir valor. Isso só é possível, no entanto, porque as relações de propriedade mudaram e, consequentemente, os então produtores de serviços públicos, quais sejam, os atores e agências estatais, foram separados dos meios de produção que passaram, via privatização, às mãos de empresas privadas" (GONÇALVES, 2020, p. 23-24)*

O regime de acumulação pós-fordismo se reproduz a partir de fluxos mais intensos de produção e consumo, visto que os investimentos orientados pela especulação financeira extrapolam a demanda efetiva, necessitando da constante abertura de espaços (físicos ou símbolos) para o processo de valorização do valor. Dentre outras formas de espaços "não mercantilizados", isto é, que em princípio não se encontram à disposição para a acumulação capitalista, as empresas estatais representam fronteiras para a expansão do capital. A ausência do Estado na prestação de serviços públicos e garantias sociais, na proporção em que intensifica seu aparato repressivo-penal, corresponde ao modo de regulação específico da agenda neoliberal[13].

As reformas no desenho institucional da Administração Pública foram conduzidas através do fomento ideológico acerca da ineficiência estatal, bem como de pressupostos idealistas sobre técnicas de governança que seriam desvinculadas dos interesses políticos de classes antagônicas, além da primazia da iniciativa privada em detrimento da gestão pública, refletindo em doutrinas jurídicas cada vez mais abertas ao paradigma do direito privado. Porém, para além dessas práticas discursivas, as transformações no ramo do Direito Administrativo, em consonâncias com as transformações do próprio modelo da Administração Pública, estão intimamente entrelaçadas com as mudanças e variações vistas no transcurso do capitalismo, diante do "concerto das formas sociais" (MELO, 2023, p. 131) específicas da fase pós-fordista de acumulação. Nesse sentido, esse processo se relaciona à expansão do capital financeiro internacional, haja vista que:

> *"No imperialismo dos nossos dias a exploração 'normal' da mão de obra não basta para satisfazer as expectativas de rendimentos dos investidores que operam em nível global. O jogo de soma positiva da produção fordista da mais-valia*

13 "Nesse processo, que não é apenas de compra de empresas públicas por privadas, mas, sim, de espoliação – modo de acumulação primitiva –, integram-se novos ambientes de valorização do valor, mediante uma presença ativa do Estado, que financia, subsidia e prepara institucional e economicamente a própria majoração dos espaços privados de acumulação" (MASCARO, 2017, p. 192-193).

> *relativa deixa um lucro demasiado reduzido para satisfazer as elevadas pretensões de rendimentos do universo financeiro [...] Aqui andam de mãos dadas a privatização de bens e serviços públicos, com manobras corruptas e criminosas, o acesso político e militar aos recursos naturais, sobretudo ao petróleo, o roubo de obras do patrimônio artístico [...] e a retirada de direitos sociais e democráticos de cogestão" (ALTVATER, 2010, p. 111-112)*

Conclusão

Umas das dificuldades encontradas no âmbito da teoria crítica é conjugar uma análise das determinações mais elementares dos processos constitutivos das formas de relações capitalistas com a apreensão das tendências mais concretas da realidade social. O presente artigo, o qual não tem por pretensão esgotar a complexidade das problemáticas apresentadas, tem por finalidade avançar em um campo que ainda carece de um acúmulo teórico de ampla difusão.

Nesse sentido, em oposição às visões idealistas sobre o Estado e a Administração Pública, predominantes no ramo do Direito Administrativo, o percurso teve por intenção demostrar as contradições inerentes à estrutura social do capitalismo, de modo que a "governança técnica estatal" atendem às necessidades da reprodução das relações de produção. Por conseguinte, ao visar garantir a coesão social, o aparelho jurídico-estatal coopera para a manutenção da exploração entre classes, sendo perpassado por interesses antagônicos que, em última instância, não podem ser agrupados em uma noção de bem comum.

Por fim, no que pese os breves apontamentos tratados no presente artigo, tais questões põem problemáticas que não podem ser reduzidas ou desprezadas em uma análise no campo do Direito Administrativo (e no Direito Público, em geral), sob o risco de incorrer em imprecisões acerca da lógica por qual opera as mudanças no fenômeno objeto de estudo. Isso se torna decisivo, especialmente, em temas relativos à organização estatal; soberania nacional; expropriação e mercantilização de recursos naturais em contexto de intensificação das crises climáticas; precarização e informalidade das relações de trabalho; e ao acesso desigual em serviços essenciais para a manutenção das condições básicas para a reprodução da vida. Análises essas que devem ser aprofundadas, tanto em termos teóricos, mas também fomentadas nos debates públicos e nas práticas políticas.

Referências

ALTVATER, Elmar. O fim do capitalismo como conhecemos: uma crítica radical do capitalismo. 1 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/maria-sylvia-zanella-di-pietro/500-anos-de-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 22 de outubro de 2024.

_____. Direito administrativo. 35ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

EDELMAN, Bernard. O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito. 1ª ed. Coimbra: Centelha, 1976.

GONÇALVES, G. L; COSTA, S. Um porto no capitalismo global: desvendando a acumulação entrelaçada no Rio de Janeiro. 1ª ed. São Paulo:

Boitempo, 2020. Recurso digital (Mundo do trabalho).

HOLLOWAY, John. Fundamentos Teóricos para una Crítica Marxista de la Administración Pública. 1ª ed. México, D.F.: Instituto Nacional de Administración Pública, 1982.

MARX, Karl. O Capital - Livro I – crítica da economia política: O processo de produção do capital. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2013. E-book.

MASCARO, Alysson Leandro. Estado e forma política. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

MELO, Romulo Cassi Soares de. Dinheiro e formas sociais. 1ª ed. São Paulo: LavraPalavra, 2023.

NAVES, Márcio Bilharinho. A questão do Direito em Marx. 1ª ed. São Paulo: Outras expressões; Dobra Universitária, 2014.

_____. Ciência e revolução. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de Campinas, 2000.

PACHUKANIS, Evguiéni. Teoria geral do direito e marxismo. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

KASHIURA JR., Celso Naoto. Sujeito de direito e interpelação ideológica: considerações sobre a ideologia jurídica a partir de Pachukanis e Althusser. In: Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, vol. 06, N. 10, 2015, p. 49-70.

THÉVENIN, Nicole-Edith. Ideologia jurídica e ideologia burguesa (ideologia e práticas artísticas). In: NAVES, Márcio Bilharinho (org). Presença de Althusser. Campinas, SP: Unicamp/IFCH, 2010.

36 Anos de Constituição: Desafios de Ontem, Hoje e Sempre

36 Years of the Constitution: Challenges of Yesterday, Today, and Always

---

Ana Paula Justino
Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada.

Alessandro Soares
Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Professor Universitário.

Carina Lopes de Souza
Doutoranda em Direitos Humanos pela Unijuí. Mestre em Direito. Professora Universitária.

Cláudio Rennó Villela
Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de são Paulo. Professor Universitário.

José Arthur Sedrez
Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (Argentina). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Professor Universitário.

Vicente Bogo
Vice-Governador do Estado do Rio Grande do Sul (1995-1998). Deputado Federal Constituinte. Especialista em Filosofia Política e em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professor Universitário.

Introdução
Ana Paula Justino

Bom dia a todos e a todas que estão presentes hoje, antes de iniciarmos eu vou me apresentar: Eu me chamo Ana Paula, sou advogada especialista em direito ambiental e hoje eu tenho o prazer e a honra de fazer parte deste evento, fazendo a mediação.

Hoje a nossa Constituição ela está completando 36 anos. É um dia muito especial que marca a vitória da democracia e em nome da Escola Gaúcha de Direito agradecemos a participação de todos que acompanham esse evento que contará com grandes nomes do direito brasileiro.

Esperamos que todos possam aproveitar esse momento enriquecedor para refletir e discutir os avanços e desafios que cercam esse aniversário da Constituição. (...)

Nosso primeiro palestrante será o Professor Vicente Bogo, que é com uma grande honra que apresento: o Professor Vicente Bogo foi vice-governador do estado do R Grande do Sul entre os anos de 1995 e 1998, foi deputado federal constituinte, especialista em em filosofia política em sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É também professor universitário. Professor Vicente, passo a palavra ao senhor.

Parte I

Vicente Bogo

Muito bom dia a todos a todas aqueles que vão compartilhar comigo esta manhã, que é de reflexão e de debate. Dr. Alessandro Soares, Dra. Carina Lopes, Dr. Cláudio Rennó, o nosso Dr. José Arthur, e a Ana Paula que vai fazer a mediação. Enfim, abraçar cada um a cada uma na véspera desse pleito Municipal que acontece amanhã[14] e hoje nós celebramos os 36 anos da nossa Constituição Brasileira. Eu tive a a a honra e a responsabilidade de ser um dos membros desta Assembleia Nacional Constituinte, eleita em 1986 e que trabalhou durante os anos de 1987 e 1988 para elaborar o novo pacto político do Brasil.

Eu era um dos cinco mais jovens, então lamentavelmente, havia alguns que tinham o dobro da minha idade e já não estão mais. Mas ainda existe um bom contingente de constituintes da época vivos, vários deles escreveram memórias ou biografias ou comentaram pela área de interesse de cada um a sua própria experiência, então é possível encontrar muito material para quem queira pesquisar sobre a constituinte e a Constituição de 1988.

14 Nota do Editor: O evento ocorreu em 05 de Outubro de 2024, véspera do segundo turno das eleições municipais.

Aos 29 anos quando eu fui eleito deputado federal Constituinte pelo Rio Grande do Sul, lá pela costa do Uruguai, da região de Santa Rosa, eu não tinha experiência maior que participar de três, duas, sessões numa câmara de vereadores. Então chegar em Brasília ter que ser se inteirar de regimento interno da Câmara, do Senado, do Congresso Nacional e depois o regimento interno da própria constituinte, com alguns constituintes que antes a gente criticava, e que a gente encontrando lá.

Foi um momento de grande aprendizagem para mim e de outro lado foi um momento de grande trabalho. Resumindo, mas não traduzindo toda a realidade, oficialmente consta nos registros como eu tendo apresentado 111 projetos na constituinte e tendo conseguido incluir, compartilhadamente ou não, na Constituição, 32. Para se colocar hoje uma palavra na Constituição não é fácil, e contribuir com pelo menos 32 artigos ou 32 remissões foi muito além daquilo que eu pudesse ter imaginado.

O meu foco na época estava muito mais voltado pela minha relação com agricultura familiar, com os trabalhadores e Trabalhadores Rurais. É uma uma relação de muito de trabalho também com a periferia, com populações mais carentes, então naturalmente que eu acabei fazendo um trabalho mais nesta área e talvez a conquista maior que eu liderei foi o direito da aposentadoria ao trabalhador e a trabalhadora rural, além do reconhecimento da mulher como trabalhadora rural, já que até então era doméstica e era desprovida de qualquer amparo social, sem direito a benefício de previdência assistência e à saúde.

Havia uma pauta de cinco temas que a gente conseguiu avançar: um era este, alcanlar um benefício mínimo de um salário-mínimo que isso então começou a fazer uma melhoria na qualidade de vida de milhões de brasileiros. Talvez tenha sido o maior programa de distribuição de renda do país, antes do Bolsa Família. Também começou ali uma valorização da mulher que no meio Rural. O segundo ponto era saúde: o agricultor às vezes tinha que vender sua última sua última junta de bois sua vaca de leite para pagar um atendimento médico hospitalar. Criamos o SUS, que tá aí até hoje atendendo por igual em princípio todos os brasileiros, independentemente de qualquer condição.

A gente avançou também nos temas de reconhecimento, na área de política agrícola e dentre outros. A reforma agrária sempre foi um tema polêmico, delicado, que afinal, eu de algum modo tive maior protagonismo do que eu mesmo desejava ou esperava. Durante os trabalhos da constituinte havia muita mobilização social e um dos setores mais organizados e ativos era o Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. Naquele tempo haviam muitas invasões e em Brasília era corriqueiro que houvessem ocupações no Ministério da Agricultura, Ministério da Fazenda, ou ao redor do congresso nacional. Normalmente, o governo do Distrito Federal mobilizava a tropa de choque para fazer o impedimento ou retirar os manifestantes. Com frequência éramos chamado eu e alguns poucos se encorajavam de ir aos locais para evitar confronto que gerasse algum tipo de indicativa para alguma aventura de intervenção que interrompesse o processo constituinte.

A gente tinha que trabalhar tanto dentro quanto fora na construção política. Quando falamos sobre a Constituição, é claro que já estamos tratando de um capítulo que exige um bom tempo de conversa. Eu sempre gosto de fazer alguma fundamentação e apresentar um pouco do histórico, porque, sem a memória da história, fica difícil compreender o caminho que estamos percorrendo. A

construção da Constituição de 1988, como qualquer outra anterior, precisaria de muito mais tempo para ser abordada em detalhes, mas eu tentarei resumir.

Para quem nos assiste, agradeço pela confiança e pela oportunidade de compartilhar um pouco dessa história. Particularmente, creio que podemos dividir a nossa história em três grandes partes: Brasil Colônia, Brasil Império e Brasil Republicano. O Brasil Republicano, por sua vez, pode ser subdividido em diversas fases. Muitos historiadores falam sobre as várias repúblicas, e hoje estaríamos na sexta República. Esse período começa com a Proclamação da República e vai até a Revolução de 1930, passando pelo Estado Novo de 1937, pela democratização com a Constituição de 1946, pela constituição de 1967 e pela emenda de 1969, que marcaram o período militar.

O golpe militar de 1964, por exemplo, iniciou uma nova República, que é considerada a "velha República", se estendendo até 1985. A partir de 1985, começa a Nova República, embora tudo isso seja passível de debate. A história e a cultura não têm um corte rígido, e os processos acontecem de forma contínua. Por exemplo, a própria Constituinte, mesmo depois de 36 anos da promulgação da Constituição de 1988, ainda não está completa. Muitos artigos e dispositivos constitucionais ainda não foram regulamentados, conforme prevê a própria Constituição.

A Constituinte de 1987-1988 surgiu após muito enfrentamento e luta pela redemocratização, um processo que teve início ainda durante o governo militar. Um ponto importante desse período foi a campanha das Diretas Já, que gerou uma pressão pela abertura política, mas a Emenda Dante de Oliveira, que visava as eleições diretas, não foi aprovada. A pressão social, no entanto, continuou, e o processo de abertura política prosseguiu.

Gosto de mencionar duas falas curtas de dois presidentes militares para dar uma ideia de como a situação se desenrolou. Durante o governo militar, havia uma divisão interna entre a linha dura e uma linha mais branda. O governo Geisel, por exemplo, representava uma linha mais branda, enquanto Médici, antes dele, era mais ligado à linha dura. Geisel assumiu a presidência e, em seu discurso, anunciou que o país seguiria uma abertura "lenta, gradual e segura", sem uma data definida para esse processo. Geisel era nacionalista, e muitas pessoas o elogiam por várias de suas ações. Contudo, também fez algo muito prejudicial à nossa democracia, que poucas vezes é lembrado.

Em 1975, Geisel fechou o Congresso Nacional por cerca de 30 dias, porque o MDB e a oposição estavam crescendo em representação parlamentar. Durante esse período, ele fez uma reforma política que aumentou o número de deputados federais de quatro para oito nos territórios e estados, ampliando a representação, especialmente nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. Além disso, foi criado o sistema de senadores biônicos, o que significava que, em vez de eleger apenas dois senadores por estado, passou-se a eleger três, sendo um deles nomeado, o chamado senador biônico. Esse terceiro senador garantia ao governo uma ampla maioria no Senado e a manutenção da maioria também na Câmara Federal.

Essas medidas mostraram como o governo militar controlava a política brasileira, incluindo a eleição indireta para a presidência. Durante o período da transição política, a escolha do candidato à presidência era feita entre os militares, que, através de um processo de indicação e aprovação no Congresso, escolhiam o nome a ser homologado. Geisel, com sua linha mais branda, amenizou a

repressão, mas após ele veio seu sucessor, Figueiredo, que era de uma linha mais dura, e teve que enfrentar um general, seu Ministro do Exército, com uma postura ainda mais rígida. Figueiredo, em última instância, promoveu o general e acabou sendo o último presidente militar.

Após ser eleito, Figueiredo fez uma declaração semelhante à de Geisel, dizendo que iria fazer do país uma democracia, mas que quem fosse contra ele seria preso. Essa declaração ficou marcada na memória de muitos. Embora fosse da oposição, sendo ligado ao MDB, eu sempre critiquei o regime, mas também reconheço que Figueiredo, em comparação aos outros, foi mais flexível na abertura. Ele foi responsável pela Lei da Anistia, que permitiu o retorno dos exilados, e pelo pluripartidarismo, instaurado em 1979. Ele também flexibilizou os atos constitucionais, permitindo a manifestação popular e, com isso, gerou uma grande mobilização que, embora tenha sido frustrada com a não aprovação das eleições diretas, forçou mudanças dentro do Congresso.

Na transição para a democracia, os militares ficaram em dúvida entre dois nomes para a presidência, ambos com fama de corrupção: o Ministro dos Transportes, Mário Andreazza, e o ex-governador de São Paulo, Paulo Maluf. Acabou sendo escolhido o Maluf, mas houve uma rebelião no Congresso, com José Sarney, ligado à Arena, se filiando ao PMDB e compondo chapa com Tancredo Neves, que foi eleito. Contudo, Tancredo faleceu antes de tomar posse devido a complicações de saúde, e Sarney assumiu a presidência.

Sarney, embora rejeitado por Figueiredo e desconfiado pelos militares, assumiu o compromisso de levar adiante certos programas, como a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que de fato foi encaminhada por ele ao Congresso e aprovada. Nesse período, Sarney nomeou uma comissão de "notáveis" para preparar um projeto para os futuros constituintes. Com as eleições de 1986, os constituintes tomaram posse em 2 de fevereiro de 1987 e, com grande idealismo, decidiram começar do zero e criar uma Constituição real e verdadeira.

A maioria dos constituintes não tinha grande formação acadêmica ou experiência jurídica, mas havia figuras como Fernando Henrique Cardoso, Mário Covas e José Serra, que trouxeram expertise para o processo. Fernando Henrique foi designado para liderar a construção do regimento interno, que definiu a estrutura do trabalho: a Constituição seria elaborada por oito comissões, cada uma com suas subcomissões. O trabalho começaria nas comissões, e o que fosse aprovado seria encaminhado para a comissão de sistematização, que organizaria as proposições antes de levar tudo ao plenário.

O processo foi longo e difícil. As decisões eram tomadas por meio de dois turnos nas subcomissões e nas comissões, e a comissão de sistematização organizava os textos para serem apresentados ao plenário. No plenário, cada artigo e inciso precisavam ser aprovados por maioria. Essa fase final foi extremamente difícil, pois quem havia chegado até ali enfrentava o grande desafio de obter apoio para manter as propostas.

Além disso, Brasília estava constantemente lotada de pessoas, com uma pressão constante de grupos de interesse que lotavam os gabinetes dos constituintes. Ao longo do processo, fui arquivando todos os materiais que recebi e, ao final, doei todo o acervo para o arquivo histórico em Porto Alegre, tornando-se, talvez, o único material de um constituinte disponível para pesquisa, sempre na esperança de que as enchentes não o tivessem danificado.

Durante a elaboração da Constituição, algumas regiões do Brasil buscaram se tornar estados, como o Noroeste do Pará, que queria criar o estado de Taipu, e o Triângulo Mineiro, que pleiteava a criação de um novo estado. Além disso, outras regiões tinham ambições semelhantes. Em um exemplo de divisão, foi criado o estado do Tocantins, a partir da divisão de Goiás. A Constituinte também converteu os territórios existentes em estados, como Fernando de Noronha, que antes era território e passou a ser um distrito de Pernambuco, conforme a nova legislação.

Falando numericamente, a Constituição de 1988 foi promulgada com 245 artigos na parte principal e 70 artigos nas disposições transitórias, que tratam das transições e como os problemas seriam resolvidos ao longo do tempo. Porém, após 36 anos, a Constituição, que inicialmente tinha 245 artigos, cresceu para 250, e as disposições transitórias, que eram 70, aumentaram para 125. Isso reflete um aumento de 45% no volume do texto. Hoje, a Constituição conta com cerca de 10.000 dispositivos. Um ponto importante é que nem tudo foi deixado alinhado de forma precisa, e, em alguns casos, a Constituição remeteu a legislação complementar ou ordinária para tratar de detalhes. Assim, foram feitas 197 remissões a leis complementares ou ordinárias.

Além disso, a nova Constituição não anulou completamente a legislação anterior, mas estabeleceu que leis que não se contrapunham a ela continuavam em vigor. Isso significou que muitos dispositivos adquiriram o status de lei complementar, que exige uma aprovação maior no Congresso (maioria absoluta), ao contrário das leis ordinárias, que são aprovadas pela maioria simples. As emendas constitucionais também exigem 3/5 dos membros do Congresso para serem aprovadas.

Desde sua promulgação em 1988, a Constituição já recebeu muitas emendas. Em média, foram feitas quase cinco emendas por ano, totalizando 134 emendas constitucionais. Além disso, houve seis tratados internacionais que foram incorporados à Constituição, resultando em um total de 146 mudanças. É importante destacar que mais da metade dessas emendas (54%) foram aditivas, ou seja, trouxeram novas disposições à Constituição, enquanto 19,6% foram modificativas, alterando o texto original. Essas mudanças refletem o crescimento das políticas públicas constitucionais. A nossa Constituição assegura mais de 30% de políticas públicas e direitos sociais, o que é consideravelmente mais do que em outros países, como Alemanha, Portugal, Venezuela e México.

A Constituição de 1988 é, sem dúvida, mais avançada do que a maioria das constituições, não só do Brasil, mas de vários países, principalmente pela forma como foi convocada e pelos princípios fundamentais que estabelece. Ela começa tratando de temas essenciais como soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O primeiro artigo já deixa claro o tipo de sociedade que o Brasil deseja construir e estabelece mecanismos políticos para garantir a liberdade de expressão, organização e manifestação.

Um dos aspectos centrais da Constituição de 1988, e uma mudança importante em relação às constituições anteriores, está na forma como o poder é exercido. A Constituição de 1946, por exemplo, falava que "todo o poder emana do povo", mas na prática, esse princípio era muitas vezes ignorado por regimes autoritários. A Constituição de 1988, no entanto, especifica que o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, de acordo com as disposições da Constituição. Isso significa que, ao contrário de regimes autoritários, onde alguém pode se autoatribuir

o poder, a Constituição de 1988 garante que o poder é realmente exercido pelo povo, por meio do processo democrático.

Esse princípio, expresso no artigo 1º, parágrafo único, estabelece as bases da nossa democracia, diferenciando a Constituição de 1988 das anteriores e deixando claro que a soberania popular deve ser respeitada. Quem dá poder a alguém é o povo, não é alguém que se atribui em nome de algum interesse, seja de nacionalismo, autoritarismo, religião ou qualquer outra suposição de "bem geral". Se o poder é do povo, é o povo que o exerce, e isso é claramente expresso na Constituição, que diz que o poder é exercido por representantes eleitos. A eleição, portanto, é uma etapa do processo de organização do poder. Além disso, a Constituição introduziu a inovação de o poder ser exercido diretamente pelo povo, o que significa que ele pode ser exercido de três formas: plebiscito, referendo e iniciativa legislativa popular. Ou seja, os cidadãos podem, na forma da lei, apresentar projetos de lei para a Câmara Municipal, Assembleia Legislativa, Câmara dos Deputados ou Senado, e não apenas para seus representantes.

Em outras palavras, ao designar um representante, como um advogado, por exemplo, não se transfere a autonomia para ele. O poder de propor e decidir continua com o povo, que pode dar instruções ao seu representante, ainda que na Constituinte não tenha sido aprovado um mecanismo para a "desconstituição" do mandato de um representante que não cumpra sua função ou compromissos, o que seria uma possibilidade de revogação do mandato.

Esse parágrafo da Constituição é, de certa forma, belo e humanista, já que se constrói sobre valores humanos, o resgate da solidariedade e o compromisso de um país democrático e justo. A Constituição também expressa o compromisso do Brasil com a criação de uma comunidade latino-americana de nações, o que representa uma enorme responsabilidade.

No entanto, ao analisar os dias atuais, percebe-se que esse modelo de democracia participativa e transparente está em crise e passa por sérios problemas, especialmente no sistema político-eleitoral. O que se observa é que os partidos mudam de acordo com conveniências eleitorais, e o cidadão não controla mais quem manda e decide nos partidos. Hoje, quem controla os partidos são os próprios líderes desses partidos. Isso gerou um ambiente em que o poder se tornou um objeto de consumo, e o sistema eleitoral tem distorções que favorecem os grandes grupos econômicos, que podem financiar candidatos. Para combater essa distorção, foi criado o fundo partidário, mas a realidade é que os partidos, ao obterem recursos, usam isso para garantir sua permanência e influência.

Isso nos leva à situação atual, onde vemos uma deterioração contínua da qualidade da representação política, que se degrada ano após ano, com a falta de capacidade operativa e racionalidade política. Em vez de aperfeiçoamento contínuo, o que se observa é uma cultura de dependência, com um sistema fragmentado em causas justas, mas cada vez mais individualizadas, sem uma ação conjunta. Isso tem afetado a política, tornando-a muito casuística e particularizada, o que resulta na perda de visão do todo e na perda de um projeto nacional coeso.

Lembro que, na época da Constituinte, não havia telefonia celular, internet ou computadores no Congresso. Para trabalhar, fizemos um consórcio para comprar computadores e pagamos do nosso bolso, algo em torno de 12 mil reais da época. Estávamos ali com o idealismo de construir uma

democracia, um país justo, soberano e com uma identidade de tolerância. E acredito que fizemos nossa contribuição. Claro, há espaço para críticas, mas, olhando o cenário atual, fico com a impressão de que perdemos a capacidade de convergência e que talvez tenhamos perdido a noção de um projeto nacional coeso.

Parte II

Alessandro Soares

Bom dia a todos. Primeiramente, gostaria de expressar minha imensa gratidão pelo convite para participar deste evento. Agradeço ao Professor José Arthur pelo convite e, de maneira especial, ao Professor Vicente Bogo, cuja exposição foi uma oportunidade enriquecedora de aprendizado. Durante a primeira parte de sua fala, fui anotando alguns pontos importantes que me ajudaram a organizar minhas reflexões sobre o tema proposto.

Como bem destacou o Professor Vicente Bogo, é impossível, dentro do tempo disponível, abordar de maneira completa e estabelecer um debate aprofundado sobre o assunto. No entanto, aproveito a oportunidade para saudar também a Professora Carina Lopes, o Professor Cláudio Rennó e todos os presentes que tornam este evento possível.

Gostaria de iniciar minha fala com uma observação que se relaciona diretamente ao que mencionei no início. Ontem, enquanto estava na Universidade, onde leciono Direito Constitucional, na Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, percebi uma ausência significativa de discussão sobre a Constituição de 1988. Mesmo em uma instituição de grande porte, não houve menção ao aniversário de sua promulgação ou ao aniversário da Assembleia Constituinte. A ausência desse debate, em um ambiente acadêmico, foi um sinal importante. Lembro-me que foi somente por causa deste convite que me lembrei da data e da importância do evento.

Essa constatação pode ser interpretada como um sintoma, algo fundamental na psicanálise e também relevante para nossa análise política e constitucional. A Constituição de 1988, que tem vigor há 36 anos e é a mais duradoura da história brasileira, merece uma reflexão sobre o momento atual. Como podemos compreender que, após tanto tempo, ela não seja mais lembrada ou comemorada, nem mesmo em contextos formais, como o meio acadêmico? A falta de lembrança de um marco tão importante pode ser vista como um sintoma de crise no processo de construção e preservação da memória constitucional.

Esse distanciamento é reflexo de uma análise errada do contexto político, especialmente por parte dos cientistas políticos, que muitas vezes não compreenderam corretamente o papel da Constituição e sua relação com a democracia no Brasil. Nós, juristas, também temos nossa parcela de responsabilidade nesse equívoco. Um exemplo claro disso é o texto que discute os novos movimentos extremistas e a crise democrática. O autor afirma que, ao revisitar seus próprios escritos, não encontra

qualquer previsão para o surgimento desses movimentos, o que aponta para um erro de análise nas teorias políticas que adotamos ao longo do tempo.

Esse é o primeiro ponto que gostaria de destacar: estamos diante de uma falha na análise científica que, em sua arrogância, ignorou possibilidades óbvias que, por mais que tenham sido camufladas por algumas teorias, acabam se tornando cada vez mais evidentes. Uma segunda observação sintomática, que também é parte da minha exposição, diz respeito a uma proposta legislativa recente. Véspera das eleições municipais de 2024, foi apresentada no Senado Federal uma ideia legislativa do movimento "e-cidadania", que propõe a convocação de um plebiscito em 2026 para instaurar a monarquia parlamentarista no Brasil. Esta proposta, respaldada por mais de 20 mil assinaturas, reflete uma tentativa de retomar um debate que remonta ao plebiscito de 1993. A ideia de reviver esse questionamento, sob a justificativa de que foi possível no passado, parece indicar um desejo de revisar o formato republicano adotado pela Constituição de 1988.

É importante notar que essa proposta de retorno à monarquia, embora apresente argumentos relativos a modelos constitucionais de outros países, como Dinamarca, Inglaterra e Espanha, não se encaixa no contexto democrático brasileiro. A simples proposição de uma mudança tão significativa, ainda que amparada por um movimento de apoio, pode ser interpretada como um sintoma de crise institucional, onde a solução para os problemas do sistema político seria uma drástica reviravolta no modelo republicano.

Essas duas observações - a falta de memória da Constituição de 1988 e a proposta de uma monarquia parlamentarista - são manifestações de um cenário mais amplo, que nos desafia a refletir sobre a atual crise institucional e a compreensão da Constituição no Brasil.

Não vou entrar na análise caricata do sujeito, mas gostaria de apontar que talvez esse seja mais um sintoma, conforme mencionou o Professor Vicente Bogo, ao tratar da questão democrática. De fato, a Constituição de 1988 aborda a participação popular no artigo 61, incluindo a iniciativa popular legislativa, entre outras formas de engajamento. No entanto, ao compararmos as iniciativas populares no Brasil com o que é previsto na Constituição, observamos que, embora tenha havido algumas tentativas de iniciativa popular, na prática, poucas delas foram efetivamente aceitas como tal. Grande parte das iniciativas populares foram subscritas por parlamentares, devido às dificuldades na validação das assinaturas e no cumprimento dos requisitos legais. Isso significa que, embora as iniciativas populares funcionem como tentativas de forçar a tramitação de um projeto de lei, o destino desses projetos é incerto. Não há garantia de que sejam discutidos ou aprovados, nem prazo para que o Parlamento os analise, o que compromete o processo de participação democrática previsto na Constituição.

Esse fenômeno é, na minha visão, um reflexo de uma aposta institucional da Constituição de 1988, que se baseia na regulação interna e no controle político institucional da sociedade. Contudo, essa aposta encontrou seus limites. A Constituição optou por um modelo que centraliza as decisões no Congresso Nacional, tornando difícil para a população exercer um papel efetivo em debates cruciais, como a privatização de empresas públicas ou questões sociais como o acesso a moradia. No caso das iniciativas populares, por exemplo, a única que teve impacto significativo foi a criação do Fundo Nacional de Moradia, que demorou mais de uma década para se concretizar. A maior parte das

iniciativas populares, no entanto, parece ter se concentrado em questões de segurança pública, como o endurecimento das leis penais, ao invés de temas relacionados a direitos sociais.

Além disso, é importante observar que as propostas de referendo ou plebiscito, que poderiam ser uma ferramenta importante de participação direta, estão nas mãos do Congresso Nacional, conforme o artigo 49 da Constituição. Isso significa que, mesmo quando há uma demanda popular para discutir temas como privatizações ou políticas públicas, o processo de referendo ou plebiscito depende da autorização do Congresso, que, naturalmente, tende a não abrir mão desse poder. Isso configura uma limitação institucional, uma vez que a população não tem a possibilidade de coletar assinaturas e forçar a convocação de plebiscitos sobre assuntos relevantes.

Uma das maiores contradições dentro da Constituição de 1988 é a concentração de poder no Congresso Nacional, enquanto o Executivo fica em uma posição intermediária, tentando equilibrar as demandas do Legislativo e do Judiciário. Isso pode ser interpretado como uma espécie de poder moderador, no sentido de manter os ânimos entre os poderes controlados. Essa dinâmica tem gerado uma série de tensões, especialmente quando se observa a crescente judicialização da política, com o Supremo Tribunal Federal assumindo um papel cada vez mais central nas decisões políticas e jurídicas do país.

Outro ponto que merece destaque é a questão das emendas constitucionais. Ao longo dos 36 anos de vigência da Constituição de 1988, foram aprovadas mais de 130 emendas, mas nenhuma delas foi fruto de um plebiscito popular, que teria permitido um debate público sobre as mudanças. Isso revela uma limitação no processo democrático, uma vez que o povo não tem a oportunidade de se manifestar diretamente sobre as alterações constitucionais.

Uma questão fundamental no debate sobre a Constituição de 1988 é o papel do Supremo Tribunal Federal (STF). O artigo 102 da Constituição estabelece que cabe ao STF a guarda da Constituição, conferindo-lhe um poder central no sistema político brasileiro. No entanto, essa concentração de poder no Judiciário não foi suficientemente considerada durante a elaboração da Constituição, especialmente considerando a memória da ditadura e o papel submisso que o Judiciário desempenhou durante esse período. A ausência de um sistema de contrapesos eficaz entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário gerou um desequilíbrio institucional, que tem se manifestado nas últimas décadas, especialmente com a crescente interferência do STF nas questões políticas.

Por fim, gostaria de ressaltar três aspectos importantes que, na minha opinião, precisam ser considerados ao avaliarmos os 36 anos da Constituição de 1988.

Primeiro, a transição democrática no Brasil, com as reformas feitas sob o regime militar, foi um processo gradual, que envolveu concessões e limitações. A forma como essa transição foi conduzida acabou moldando as características da Constituição, que, embora avance em termos de direitos e garantias, também apresenta limitações estruturais.

Segundo, os fatores históricos de longo prazo, como o legado do escravismo e a persistente desigualdade social no Brasil, influenciam diretamente a eficácia da Constituição e o destino do processo democrático no país.

Por fim, a profundidade da crise econômica e social, especialmente nos anos 1990, quando o neoliberalismo começou a dominar a agenda política, entrou em conflito com o caráter social-democrático da Constituição de 1988, gerando uma disfunção entre o que a Constituição propunha e o que a conjuntura exigia.

Em relação a esse cenário, é possível observar que, enquanto a Constituição de 1988 advogava por um modelo de proteção social e direitos trabalhistas, a realidade neoliberal foi corroendo essas conquistas, criando um contraste entre o que estava previsto na Constituição e a forma como a sociedade brasileira se desenvolveu nas últimas décadas. A constituição de 1988, com suas limitações e contradições, reflete os desafios que enfrentamos hoje, e as reformas que buscamos não podem se limitar a um processo superficial, mas devem ser voltadas para um aprofundamento democrático.

Agradeço a todos pela atenção e pela oportunidade de compartilhar essas reflexões sobre os 36 anos da Constituição de 1988.

Parte III

Cláudio Rennó

Bom dia a todos. Primeiramente, gostaria de agradecer ao José Arthur e à equipe da Escola Gaúcha de Direito pelo convite, além de parabenizá-los pela realização deste grande evento. Saúdo também os colegas Vicente Bogo e Alessandro Soares, que já fizeram apresentações brilhantes, e as colegas Ana Paula e Carina Lopes, aqui presentes.

Gostei muito das intervenções anteriores, pois elas se encaixam bem com o que eu preparei para discutir. Apesar de não termos nos conhecido previamente, parece que nossas falas foram alinhadas. Tenho 55 anos e fui adolescente durante a década de 80. Enquanto o professor Vicente Bogo já era constituinte e vice-governador, eu era um jovem engajado nas Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica, na zona leste de São Paulo, onde havia uma grande mobilização popular que deu origem a vários núcleos do PT na região. Esse foi um período marcante, com a queda da ditadura, as greves do ABC, e o movimento das Diretas Já.

Participei ativamente dessa mobilização, com 15 para 16 anos em 1984, e aos 18, em 1986, mesmo não podendo votar, estava envolvido na escolha de candidatos e nos debates locais. A participação popular foi um fator chave naquele momento, como foi bem destacado pelos professores Vicente e Alessandro. As Diretas Já, embora derrotadas, mudaram profundamente a correlação de forças no país, como exemplifico com uma experiência pessoal.

Em 1984, tive a oportunidade de testemunhar um julgamento de alguns colegas em Belém do Pará, sob a Lei de Segurança Nacional. A acusação era de aliciamento de menores, e o tribunal militar da época era muito fechado, com juízes militares de carreira. Na semana do julgamento, Lula, que estava na cidade, entrou no tribunal, cumprimentou os juízes e desejou boa sorte aos réus, um gesto simbólico de como a correlação de forças já havia mudado, apesar da norma formal. Esse episódio

ilustra bem o que muitos movimentos sociais e populares dizem: "a luta faz a lei". Ou seja, a norma não é apenas uma imposição de cima para baixo, mas também algo que é moldado pelas contradições e lutas de base.

Agora, gostaria de propor uma reflexão mais crítica sobre a Constituição de 1988. Minha vertente de análise é marxista, mas reconheço que outras vertentes críticas também são válidas, como as existenciais ou niilistas. De acordo com a visão marxista, a Constituição deve ser entendida não apenas como uma norma formal, mas como um acordo, pacto ou contrato, fruto da luta de classes e da correlação de forças naquele período histórico.

A Constituição de 1988, embora tenha sido vista por muitos como um marco de redemocratização, reflete as contradições sociais, políticas e econômicas da época em que foi criada. Com o tempo, essa Constituição foi se alterando conforme as mudanças na correlação de forças da sociedade brasileira. As emendas constitucionais, que se acumulam ao longo dos anos, evidenciam essas transformações e o impacto das pressões políticas e econômicas sobre o texto constitucional.

Do ponto de vista teórico, a Constituição pode ser vista como uma derivação das formas jurídicas e políticas, que por sua vez são determinadas pelas condições econômicas e materiais da sociedade. Em outras palavras, a norma constitucional não é independente da realidade material em que se insere; ela é uma expressão das forças sociais e econômicas dominantes.

Nos últimos 36 anos, temos assistido a uma corrosão dessa Constituição, um processo de enfraquecimento das suas disposições, especialmente no que diz respeito às suas promessas de direitos sociais e participação popular. O que precisa ser feito agora é uma reflexão crítica sobre como revigorar essa Constituição, limpando a ferrugem e lubrificando as engrenagens que fazem com que ela continue a ser um instrumento válido para a transformação social no Brasil.

Em síntese, a Constituição de 1988 é um produto das lutas e das tensões daquele momento, mas como qualquer norma, ela é dinâmica e está sujeita a mudanças à medida que a correlação de forças também se altera. O grande desafio hoje é revitalizar e tornar essa Constituição mais efetiva, especialmente em tempos de crescente desigualdade social e concentração de poder. O debate sobre a revigoração da Constituição, portanto, é um debate sobre a própria continuidade da democracia no Brasil.

Antes de entrar no conteúdo mais histórico, é importante lembrar de um contexto pessoal. Durante a Constituinte de 1986-88, eu era bancário e estudante secundarista, trabalhando no Banco Nacional, que já não existe mais. Fui demitido em uma greve em 29 de setembro de 1988, apenas cinco dias antes da promulgação da Constituição. Esse episódio gerou um processo de anistia para mim, devido à minha demissão durante o movimento. Naquele período, havia uma campanha forte dos sindicatos bancários em São Paulo, com um grande apelo por uma Constituição mais progressista, com maior participação popular.

O movimento queria que os conselhos populares, como o que surgiu com o orçamento participativo em Porto Alegre sob a prefeitura de Tarso Genro, fossem mais representativos e tivessem mais elementos de democracia direta, como o professor Alessandro mencionou. Nossa posição, na época, foi radical, especialmente em relação ao Partido dos Trabalhadores (PT), que acabou não

assinando a Constituição de 1988. O PT se opôs por considerá-la uma proposta mais moderada, mas, com o tempo, a correlação de forças mudou, e hoje defendemos as conquistas democráticas da Constituição contra os avanços autoritários que surgem não só no Brasil, mas também em outros países.

A Constituição de 1988 já tem 36 anos e é a segunda mais longeva da história do Brasil, mas isso é apenas um dado superficial. O Brasil teve várias constituições ao longo de sua história, como a de 1824, outorgada por Dom Pedro I durante o Império, que refletia uma sociedade baseada na escravidão e na produção de açúcar e café, com grande dependência da mão de obra escrava. Esse contexto social foi a base para a norma daquela constituição.

A primeira Constituição republicana de 1891 durou 39 anos e foi seguida pela de 1934, após a Revolução de 1930, e pela de 1937, durante o Estado Novo. Após a queda de Getúlio Vargas, a Constituição de 1946 foi promulgada, mas o Brasil passou por várias tensões políticas nas décadas seguintes, influenciadas por acontecimentos globais, como a Primeira Guerra Mundial, a Revolução Russa e a ascensão do fascismo na Europa.

No século XX, o Brasil vivenciou transformações profundas. A Primeira Guerra Mundial, que matou milhões de pessoas, trouxe também uma série de revoluções na Europa, como a Revolução Russa e a revolução na Alemanha, além de uma pandemia global, a gripe espanhola. O Brasil, por sua vez, entrou em um novo ciclo econômico, com o início do ciclo do café, mas também teve uma grande crise de 1929, que influenciou diretamente a Revolução de 1930.

Durante a década de 1930, o Brasil viveu a ascensão do fascismo, com a implementação da CLT em 1943, que, de certa forma, começou a encerrar a era da escravidão legal, mas sem uma verdadeira reforma agrária ou transformação nas estruturas sociais do país. A escravidão legal foi extinta, mas as relações de trabalho continuaram precárias para muitos trabalhadores. De fato, os efeitos da escravidão só começaram a ser amenizados com a CLT, que garantiu direitos trabalhistas mínimos.

A Constituição de 1946, que surgiu após a Segunda Guerra Mundial, refletiu uma nova correlação de forças, tanto internas quanto externas. A pressão internacional, especialmente dos Estados Unidos, foi decisiva para que a Constituição de 1946 fosse promulgada e para que o Brasil adotasse uma postura mais alinhada com o modelo democrático liberal. Porém, a década de 1950 foi marcada por tensões políticas internas, com o crescimento do populismo de direita e os primeiros sinais de golpes militares que culminariam no golpe de 1964.

Entre 1964 e 1969, o Brasil viveu um regime militar, com uma série de emendas constitucionais que alteraram profundamente a estrutura política e social do país. Durante esse período, houve uma repressão crescente à oposição, e a Constituição de 1967 foi adaptada em 1969 para consolidar ainda mais o poder militar, com medidas como a proibição de certos candidatos à eleição e a centralização do poder nas mãos do regime.

A década de 1970 foi marcada por uma série de mudanças internacionais. O milagre econômico brasileiro de 1969 a 1973, com um crescimento de até 15% ao ano, foi interrompido pela crise do petróleo de 1973, que abalou a economia global. Nesse período, o Brasil também vivenciou tensões

internas, com protestos e manifestações que tiveram influência internacional, como as manifestações de 1968 na França e os Estados Unidos.

Com a renúncia de Richard Nixon e a crise interna nos Estados Unidos, houve uma mudança nas políticas internacionais, especialmente em relação à América Latina, onde os Estados Unidos passaram a adotar uma abordagem mais conciliatória, visando reduzir as tensões com os governos latino-americanos, ao invés de incentivar golpes militares. Essa reflexão histórica mostra como o processo normativo brasileiro não é isolado, mas é influenciado por uma correlação de forças, tanto internas quanto internacionais, que moldam as mudanças constitucionais. A Constituição de 1988, embora tenha sido um marco de redemocratização, reflete as tensões do seu tempo e as lutas sociais que ocorreram em momentos históricos de grande transformação, como a queda de regimes autoritários, a ascensão de movimentos populares e as mudanças econômicas e sociais no Brasil e no mundo.

Hoje, a Constituição de 1988 continua sendo uma ferramenta importante na defesa da democracia e dos direitos sociais, mas deve ser constantemente defendida contra as ameaças autoritárias que ainda persistem no Brasil e em outros países.

Mais ou menos na mesma época, começa a abertura no Brasil, mas há contradições. Em 1975, ocorre o assassinato do jornalista Vladimir Herzog no DOI-CODI em São Paulo. Em 1976, é o assassinato do sindicalista Manuel Fiel Filho também em São Paulo. Então, temos contradições internas no regime. Em 1977, houve uma tentativa de golpe do General Sílvio Frota, que era o chefe do Exército, contra o general Figueiredo, que era candidato à presidência. O general Frota não aceitou a ideia de um general de três estrelas ser o candidato a presidente, por ser submisso a um general de quatro estrelas. Apenas para lembrar, o atual general Augusto Heleno foi ajudante de ordens do general Sílvio Frota. Frota também era tio-avô do ator Alexandre Frota.

Essas contradições internas foram resolvidas. Geisel demitiu Sílvio Frota, conversou com outros chefes do Exército e manteve o processo de abertura. Em 1979, houve a Lei de Anistia, que foi um novo rearranjo constitucional, permitindo a legalidade democrática, a volta dos exilados e dos banidos. Até Brizola, que estava no exílio, voltou nesse processo. Não havia, até aquele momento, um partido diretamente ligado aos sindicatos, e era proibido que um partido tivesse essa ligação. As greves econômicas de 1978 e 1979 se transformaram em greves políticas. Em 1980, com a posse de João Figueiredo, o regime parecia se abrir mais. A fundação do PT também ocorreu naquele ano, num colégio católico da elite paulistana, por coincidência. Em 1983, foi fundada a CUT, e em 1984 o MST.

As Diretas Já ocorreram em 1984, mas a emenda foi derrotada. Em 1985, nas eleições indiretas, Tancredo Neves foi eleito, mas faleceu antes de tomar posse. Seu vice, Sarney, assumiu e em 1986, foi eleita a Assembleia Constituinte, que, para muitos, foi um processo de organização e mobilização imenso. Havia discussões sobre quem seria o candidato a deputado estadual e federal, tanto em missas, quanto em festas, escolas e locais de trabalho. Essa mobilização qualitativa e quantitativa foi gigantesca, algo comparado até à criação do PT. Florestan Fernandes, por exemplo, foi eleito para a Constituinte a partir de debates no movimento estudantil universitário.

A Constituinte não foi algo isolado, mas um processo que envolveu a participação ativa de movimentos sociais. A cada semana, cartazes do PT e da CUT circulavam informando quais deputados eram contra determinadas emendas. Essas campanhas eram feitas em todo São Paulo. Lembro-me de ser adolescente e sair colando esses cartazes na cidade, em uma campanha permanente. Não era só sobre as normas jurídicas, mas sobre a luta de classe. Hoje, a memória desse processo se perdeu, e os estudantes nem sabem mais quando é o aniversário da Constituição de 1988. No entanto, a Constituinte de 1986 foi um marco fundamental de participação social e política.

Havia uma esperança de que a Constituição de 1988 fosse um passo rumo a um modelo social-democrata e até socialista. Mas isso não aconteceu. A eleição de 1989, entre Lula e Collor, foi um reflexo da crise que já se desenhava, com a ascensão do neoliberalismo. O modelo pós-fordista começou a se instaurar no Brasil, com o Consenso de Washington em 1995, mas a crise se intensificou com a quebra do México e a recessão mundial. O Brasil também enfrentou suas crises, especialmente após 1998, quando houve uma grande crise econômica. Fernando Henrique Cardoso foi eleito em 1994, e o Brasil seguiu com a agenda neoliberal.

A Constituição de 1988, apesar de suas contradições e problemas, como o reflexo dos interesses de políticos e uma certa "casta" corporativa, conseguiu suportar as crises políticas. Ela é mais que uma norma jurídica; ela reflete uma correlação de forças da luta de classes e é uma espécie de contrato que viabiliza a circulação do capital. O regime político, com a Constituição de 1988, buscou assegurar o funcionamento da economia capitalista, além de manter um equilíbrio nas instituições.

É importante destacar que a Constituição de 1988 passou por processos de rearranjo e se manteve relevante, apesar das dificuldades e das contradições do período. Mas a verdade é que ela, enquanto marco jurídico, é um elo de várias forças que se articulam em um Estado que tenta manter sua estabilidade, apesar das crises. As forças armadas, a mídia e outras instituições também têm um papel central nesse processo. Para o futuro, é essencial defender as conquistas democráticas, mas também reconhecer que existem muitos desafios, como as ameaças autoritárias e neofascistas que estão presentes em vários lugares do mundo.

Em relação à atualidade, a crise econômica global, as guerras em várias regiões e o fenômeno do neofascismo têm se intensificado. No Brasil, as manifestações de 2013 e o golpe parlamentar de 2016 marcaram um momento crítico da política nacional. A prisão de Lula em 2018, sua proibição de concorrer e sua eleição em 2022 são exemplos claros desse contexto de instabilidade política. Além disso, a tentativa de golpe militar e civil em 8 de janeiro de 2023 e as eleições municipais revelam um momento político tenso e fragmentado.

Finalizo destacando que, apesar das contradições da Constituição de 1988, ela representa um marco importante de conquista das liberdades democráticas no Brasil, e devemos lutar para preservar essas conquistas e refletir sobre as formas de superação das limitações do sistema capitalista, buscando um mundo mais justo e sem exploração.

Parte IV

Carina Lopes

Bom dia a todos e todas que nos acompanham nesta manhã de sábado, um lindo sábado aqui no Rio Grande do Sul. Agradeço imensamente, de início, ao Professor José Arthur pelo convite para participar do evento. É realmente uma satisfação estar aqui, celebrando os 36 anos da nossa Constituição.

Gostaria também de cumprimentar os colegas presentes: o Professor Vicente Bogo, o Professor Alessandro Soares, o Professor Cláudio Rennó e a nossa mediadora Ana Paula, que nos auxilia hoje. Sinto-me muito honrada e grata por compartilhar este espaço com todos vocês.

Celebrar os 36 anos da nossa Constituição é extremamente relevante por diversas razões. Em especial, porque a nossa Constituição representa um marco, como já foi salientado pelos colegas, na história democrática e jurídica do Brasil. Ela consolida conquistas essenciais para todos nós, e essa comemoração deve ser uma verdadeira oportunidade para refletirmos sobre os avanços, os desafios e a importância contínua de nossa Constituição, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos e das garantias fundamentais.

É importante lembrar que a nossa Constituição, comumente conhecida como a Constituição Cidadã, foi promulgada em um contexto de transição política. Ela foi resultado de um processo constituinte amplamente participativo e plural, com a presença de diversos setores da sociedade: trabalhadores, movimentos sociais e representantes de diversas perspectivas ideológicas. Esse processo garantiu que a Constituição fosse democrática e representativa dos anseios da população. A Constituição de 88 trouxe uma nova perspectiva para o nosso cenário político e jurídico.

Além disso, os esforços internacionais também favoreceram esse processo de promulgação da Constituição, uma vez que o fim da Guerra Fria e o colapso das ditaduras militares na América Latina criaram um ambiente mais propício para a redemocratização. Portanto, é evidente que a nossa Constituição foi fundamental para esse processo de redemocratização. Ela consolidou o retorno das liberdades civis e políticas no país e garantiu maior participação popular, organizando o processo político através de eleições diretas e permitindo o exercício pleno da soberania popular.

O texto constitucional de 88 instituiu, de fato, um Estado democrático de direito, com a separação de poderes e o respeito aos direitos fundamentais, que são pilares essenciais para todas as instituições. A Constituição de 88 foi resultado de um amplo debate democrático, e se tornou um símbolo da transição do autoritarismo para a democracia.

Entre os avanços que ela trouxe, é importante destacar a ampliação do rol de direitos fundamentais. A Constituição de 88 inovou ao reconhecer um vasto conjunto de direitos, incluindo direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, como o direito à saúde, à educação, à Previdência Social e à Assistência Social, criando uma rede de proteção mais ampla. Além disso, a Constituição

conferiu especial proteção aos direitos dos trabalhadores, com a redução da jornada de trabalho, a criação do 13º salário e a licença maternidade, entre outras medidas que trouxeram maior proteção para os trabalhadores.

A Constituição também garantiu a proteção ao meio ambiente, reconhecendo-o como um direito de todos e estabelecendo a responsabilidade do poder público e da coletividade na preservação ambiental. Em um cenário de emergência climática, isso se tornou ainda mais relevante, pois a Constituição criou um arcabouço jurídico para a proteção dos recursos naturais e a preservação das futuras gerações.

Outro ponto importante foi o fortalecimento do Ministério Público, que passou a ter maior independência e autonomia, ampliando seu papel como defensor dos direitos fundamentais e fiscalizador de abusos por parte do Estado. A Constituição também deu destaque à Defensoria Pública, reconhecendo-a como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, voltada para os segmentos mais vulneráveis da população.

A Constituição de 88 estruturou ainda o sistema eleitoral, estabelecendo o pluripartidarismo e garantindo a realização de eleições diretas, o que reforçou a pluralidade partidária e a representação da diversidade política no Brasil.

Nos 36 anos que se seguiram, o texto constitucional sofreu algumas modificações, como a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (Reforma do Judiciário), a Emenda Constitucional nº 95 de 2016 (Teto de Gastos) e a Emenda Constitucional nº 103 de 2019 (Reforma da Previdência), que geraram intensos debates sobre suas consequências.

Embora tenhamos conquistado muitas coisas com a Constituição de 88, o Brasil ainda enfrenta grandes desafios para a concretização plena dos direitos estabelecidos nesse texto. O artigo 3º da Constituição, que estabelece os objetivos fundamentais, fala em construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e reduzir desigualdades sociais e regionais, mas esses objetivos ainda não foram plenamente alcançados.

Um dos maiores obstáculos para a concretização desses objetivos é, sem dúvida, a desigualdade social e econômica, que afeta o acesso igualitário aos direitos fundamentais, como saúde, educação, moradia e alimentação. A desigualdade no Brasil é um tema central, e apesar dos avanços econômicos e da inclusão social observados nas últimas décadas, o Brasil ainda enfrenta altos índices de desigualdade, tanto no acesso a serviços básicos quanto na distribuição de renda.

O índice Gini, que mede a desigualdade de renda, estava em 0,51 em 2022, um dos mais altos do mundo. Além disso, os 10% mais ricos da população detêm cerca de 50% da renda, enquanto os 50% mais pobres ficam com apenas 10%. Isso demonstra a disparidade econômica presente no país.

A desigualdade também tem uma forte dimensão regional, com o Norte e o Nordeste apresentando índices de pobreza e menor acesso a serviços públicos de qualidade em comparação com as regiões Sudeste e Sul. A desigualdade entre homens e mulheres e a desigualdade racial também são questões críticas, com pessoas negras e pardas recebendo, em média, 50% a menos do que os brancos.

Além disso, a desigualdade no acesso à educação e à saúde é uma preocupação crescente, com discrepâncias entre a educação pública e privada, e uma taxa de analfabetismo que ainda afeta de forma desproporcional a população negra e parda. Embora o SUS seja uma estrutura robusta, ainda há dificuldades no acesso e na qualidade dos serviços de saúde.

A insegurança alimentar também é um problema alarmante, com 33,1 milhões de brasileiros enfrentando fome em 2023, o que mostra a persistência da pobreza no país. Apesar de diversos programas sociais, como o Bolsa Família, a desigualdade continua sendo um desafio estrutural no Brasil.

Em resumo, a desigualdade no Brasil é uma questão multidimensional, que envolve a distribuição de renda e o acesso desigual a serviços públicos e oportunidades. Embora tenhamos feito progressos nas últimas décadas, os desafios são ainda grandes, e a crise fiscal e a falta de implementação de políticas públicas adequadas dificultam a redução dessas desigualdades.

A celebração dos 36 anos da Constituição de 88 deve ser mais do que um ato simbólico. Deve ser uma reafirmação do nosso compromisso com a democracia, com a justiça social e com a proteção dos direitos conquistados. A Constituição de 88 continua sendo a base para a construção de um Brasil mais justo e igualitário, e, ao celebrá-la, devemos renovar nosso compromisso com as liberdades civis, a promoção dos direitos sociais e a luta por um Brasil cada vez mais democrático.

A promulgação da Constituição de 88 foi um grande passo, mas ainda estamos em uma longa caminhada para a concretização desses direitos que são tão caros para nós. Agradeço mais uma vez pelo convite e me sinto muito honrada em participar deste evento. Fico à disposição e envio um forte abraço a todos.

Parte V

José Arthur Sedrez

Bom dia a todos. Quero iniciar cumprimentando o professor Bogo, que nos trouxe uma brilhante reflexão sobre sua experiência durante a nossa Constituinte. A sua exposição nos proporcionou um valioso ponto de partida para as observações que fizemos ao longo desta manhã, e que com certeza se tornarão um registro histórico, especialmente porque muitos dos temas abordados têm relevância para a posteridade. Embora o tom de algumas de nossas falas possa parecer pessimista, dada a atual situação política do nosso país, não há dúvidas de que o que foi discutido aqui tem grande valor.

Cumprimento também os professores Alessandro, Cláudio e Carina, e destaco o desafio de encerrar este evento após tantas falas significativas. Primeiro, porque é preciso evitar a redundância, e segundo, porque estamos diante de intervenções extremamente assertivas, que sem dúvida enriqueceram o nosso público.

Quero começar, então, destacando uma reflexão que a professora Carina me trouxe, a qual me fez lembrar do renomado doutrinador Gustavo Zagrebelsky, presidente da Suprema Corte italiana. Zagrebelsky tem se tornado cada vez mais uma referência dentro da teoria dos direitos fundamentais, especialmente ao abordar a dificuldade de efetivar esses direitos em uma realidade marcada por profundas desigualdades sociais.

Antes de seguir, gostaria de compartilhar uma observação. Recebi mensagens de alunos que estavam acompanhando o evento, e muitos expressaram a importância de momentos como este para refletirmos sobre a Constituição de 1988. Isso, de fato, se tornou algo raro, e talvez seja fruto dos tempos difíceis que estamos vivendo. Parece que, cada vez mais, há uma necessidade urgente de reafirmar o óbvio, pois a Constituição de 1988 representa, sem dúvida, o auge da civilidade em nosso país. A própria continuidade dos ataques à Constituição, e não a celebração de suas virtudes, já evidencia o tamanho desse desafio.

Falando sobre os desafios de ontem, hoje e sempre, começo destacando o caráter diferenciado da Constituinte de 1988. Foi quase profético que ela tenha ocorrido exatamente 100 anos após a abolição da escravidão no Brasil. Embora o Brasil Império pareça algo distante, em termos históricos, 100 anos representam um intervalo muito curto — apenas duas gerações. Isso nos permite ter acesso direto a pessoas que vivenciaram essa realidade e, ao observarmos os eventos do passado, é possível perceber que muitas das mazelas ainda fazem parte da nossa realidade.

Ao refletir sobre os desafios de hoje, percebo que um episódio recente, como o de 8 de janeiro, revela uma mensagem que ainda não foi completamente compreendida. Estamos diante de um problema profundo, com raízes históricas muito mais fortes do que parece à primeira vista. Há uma parcela significativa da população que, de maneira preocupante, se sente mais confortável em viver sob um regime autoritário do que em um sistema democrático, apesar de todas as virtudes que a Constituição de 1988 nos apresenta.

A história brasileira nos mostrou que, muitas vezes, momentos de prosperidade econômica coincidiam com regimes autoritários. Há sempre um discurso que defende a ideia de que o retorno a um governo autoritário traria, ao menos moralmente, um benefício para o país, especialmente em tempos de crise. Isso é algo que ainda persiste na psique brasileira.

É interessante observar que, durante a elaboração da Constituição de 1988, os constituintes enfrentaram pressões muito intensas, não apenas de militares, mas também de uma população empobrecida e profundamente desigual. A Constituinte teve que equilibrar dois mundos distintos, como vemos no artigo 1º, inciso IV, que trata dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Essa foi uma tentativa de conciliar interesses de trabalhadores e empregadores em um contexto de tensões políticas e sociais.

Ao abordar os desafios de hoje, vemos que estamos vivendo um momento crítico para a democracia. A falta de credibilidade no sistema democrático, especialmente entre as novas gerações, é uma das maiores ameaças. E isso é acentuado pela polarização política exacerbada e pela forma como os debates políticos têm sido conduzidos. A comunicação se tornou, muitas vezes, um espetáculo

sensacionalista, no qual o objetivo principal parece ser o clique e a audiência, e não a construção de um debate construtivo.

Além disso, os recentes episódios envolvendo candidatos à presidência, especialmente no contexto eleitoral, mostram como a polarização se intensifica, dificultando uma discussão política séria e baseada em propostas. As redes sociais desempenham um papel central nesse processo, muitas vezes distorcendo o debate democrático, com efeitos negativos sobre a nossa capacidade de avançar de forma mais unificada.

Não podemos deixar de mencionar a falta de oxigenação na esquerda, que tem sido uma das características mais marcantes da política brasileira. A esquerda se encontra sem novas lideranças e acaba assumindo um papel conservador, defendendo a ordem vigente, enquanto a direita ocupa um papel mais revolucionário, propondo mudanças mais drásticas na ordem vigente. Essa situação reflete uma carência de novas perspectivas e soluções para os problemas estruturais do país.

Além disso, enfrentamos grandes desafios ambientais, especialmente no que diz respeito à poluição e ao aquecimento global. Se o Brasil tivesse adotado uma liderança mais firme em questões ambientais, poderíamos estar mais avançados no desenvolvimento de fontes energéticas sustentáveis e na promoção de uma economia verde, com políticas de redução de emissões de carbono, por exemplo. Infelizmente, parece que estamos deixando essas oportunidades de lado.

Finalmente, ao olhar para o futuro, é preciso reconhecer que muitas das conquistas que foram alcançadas após a Constituição de 1988, como as universidades federais, o Bolsa Família, o SAMU e outras políticas públicas, sofreram um grande enfraquecimento nos últimos anos. A falta de novas políticas públicas nas áreas de educação, saúde e habitação tem agravado ainda mais a situação social do país.

Enfim, é fundamental que, como sociedade, façamos um diagnóstico realista do momento que vivemos e dos desafios que ainda enfrentamos. O diagnóstico do passado pode, muitas vezes, nos fornecer respostas para o futuro, e é preciso que enfrentemos esses desafios com coragem e determinação. A participação dos mais jovens no processo democrático é essencial para que possamos trilhar um caminho mais justo e equitativo.

Parte Final

Vicente Bogo

Gostaria de pedir um pouco mais da paciência de todos para fazer um breve complemento a partir do que já foi discutido. Em primeiro lugar, é importante lembrar que a Constituinte de 1988 foi composta por 559 membros, sendo 487 deputados federais e 82 senadores. Desses, 23 não foram eleitos na eleição de 1986, mas haviam sido escolhidos quatro anos antes, sendo conhecidos como “biônicos”. No entanto, vale destacar que esses biônicos não eram os mesmos indicados pela ditadura, pois já haviam sido eleitos no período anterior.

Outro ponto relevante foi a formação de diferentes agrupamentos de interesse dentro da Constituinte, com destaque para três blocos principais. Um deles foi o "Centrão", que representava a ala mais à direita e era liderado, na época, pelo PFL. Além disso, o ex-governador do Paraná, Richa, formou o bloco denominado "Centro Democrático", composto por 32 constituintes. O restante dos membros do processo, por sua vez, se alinhava ao campo democrático e à esquerda. No entanto, dentro desse grupo também havia uma boa parte de liberais e sociais-democratas.

É importante ressaltar que havia 13 partidos representados na Constituinte, sendo o MDB o partido com o maior número de constituintes — 302 no total. Se fosse um partido único, o MDB teria a capacidade de aprovar ou rejeitar qualquer proposta. Porém, a composição interna do partido não era homogênea, com a maioria dos seus membros sendo mais conservadores.

Outro dado interessante é que havia apenas 22 mulheres na Constituinte. Elas foram fundamentais e realizaram um trabalho extraordinário, com destaque para figuras como Luísa Erundina, de São Paulo, e Benedita da Silva, que representava a luta negra. Além disso, havia 11 representantes negros, um número muito pequeno se comparado à nossa realidade, e nenhum indígena. No entanto, o tema indígena estava presente no processo, principalmente através da figura de Juruna, que, apesar de ser alvo de gozações, ajudava a manter a questão indígena em pauta.

A participação popular na elaboração da Constituição também foi bastante expressiva, com o recebimento e exame de 122 emendas populares. Muitas dessas propostas foram aproveitadas, enquanto outras foram convertidas em propostas pessoais pelos próprios constituintes.

Em relação aos desafios que surgiram durante a Constituinte, houve momentos de grande tensão. Um episódio curioso foi quando, em determinado ponto do processo, houve uma resistência considerável ao modelo da nova Constituição, com a ideia de que ela seria muito à esquerda e permissiva. Nesse contexto, o presidente Sarney fez uma manifestação pública, com o apoio de dois militares, alertando que o que estava sendo feito poderia tornar o país ingovernável. Isso gerou um clima de tensão, e foi necessário que Ulisses Guimarães, um dos líderes da Constituinte, fizesse uma resposta firme, reafirmando que o que estava em jogo era a fome e a miséria do país. Sua intervenção sepultou aquele confronto e reafirmou a determinação dos constituintes.

Além disso, um dos desafios persistentes desde a Constituinte é a questão da representação no Congresso Nacional. A distribuição de deputados e senadores não reflete de maneira justa a proporção da população, especialmente com a concentração de representantes de regiões como o Centro-Oeste, Norte e Nordeste, que, apesar de terem uma parte menor do eleitorado, possuem mais constituintes. Essa desigualdade, que foi instaurada desde a Constituição de 1988, ainda persiste, e é um tema que precisa ser revisto. O fato de um voto de um eleitor do Acre valer muito mais do que o de um paulista, por exemplo, é um problema que não pode ser ignorado.

Outro ponto que merece atenção é a necessidade de um aperfeiçoamento do sistema político e eleitoral. Sem mudanças significativas nesse sentido, o sistema continuará viciado, dificultando uma representação mais justa e equitativa da população.

Por fim, acredito que o maior desafio que enfrentamos atualmente, além da luta contra a pobreza, a miséria e a exclusão social, é recuperar o valor humano. O resgate da dignidade humana, a

reafirmação dos princípios do humanismo e a compreensão da importância da solidariedade são essenciais para o nosso futuro. Estamos vivendo uma época em que há uma crescente alienação, onde as pessoas não se reconhecem mais como seres humanos e transferem toda a culpa para os outros. A política, muitas vezes, alimenta essa dependência, o que resulta no enfraquecimento da dignidade do ser humano. Precisamos refletir sobre isso e provocar essa reflexão na sociedade.